

L'IMPRESA DI TELECOMUNICAZIONI NELLA DISCIPLINA COMUNITARIA

Schema di lavoro

PREMESSA. LE POSSIBILI ATTIVITA' DELL'IMPRESA DI TELECOMUNICAZIONI EUROPEA

1. LE TELECOMUNICAZIONI: GENESI ED EVOLUZIONE.

1.2 SERVIZI DI TELECOMUNICAZIONE E SERVIZI DI TELEVISIONE: DIFFERENZE FUNZIONALI. L'APPROCCIO NORMATIVO TRADIZIONALE.

2. IL PRIMO OGGETTO DELL'ATTIVITA' DELL'IMPRESA DI TELECOMUNICAZIONI: I SERVIZI DI TELECOMUNICAZIONI (IN SENSO STRETTO).

2.1 L'EVOLUZIONE DELLA POLITICA COMUNITARIA NEL SETTORE DELLE TELECOMUNICAZIONI: DALLA COMPETENZA STATALE A QUELLA COMUNITARIA.

2.2 LE NORME DEL TRATTATO APPLICABILI.

2.3 LE DIRETTIVE DI LIBERALIZZAZIONE.

- dir. 88/301 sulla liberalizzazione del commercio, installazione e allaccio dei terminali di telecomunicazioni;
- dir. 90/388 sulla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni c.d. "a valore aggiunto";
- dir. 94/46 sulla liberalizzazione dei servizi e delle apparecchiature per le comunicazioni via satellite;
- dir. 95/51 sulla liberalizzazione dell'accesso alle infrastrutture di televisione via cavo, per la fornitura dei servizi c.d. "a valore aggiunto";
- dir. 2/96 sulla liberalizzazione delle comunicazioni mobili e dell'interconnessione diretta delle reti degli operatori mobili con reti fisse o mobili straniere;
- dir. 96/19 sulla liberalizzazione, per i servizi "a valore aggiunto", della costruzione e utilizzo di infrastrutture private e dell'accesso alle infrastrutture alternative e sulla liberalizzazione della telefonia vocale e della realizzazione di nuove reti pubbliche di telecomunicazione.

2.4 LE DIRETTIVE DI ARMONIZZAZIONE

- dir. 90/387 sull'istituzione del mercato interno per i servizi di telecomunicazione mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (ONP);
- dir. 92/44 sull'applicazione del principio di fornitura di una rete aperta (ONP) alle linee affittate;
- dir. 95/62 sulle condizioni di accesso dei fornitori di servizi all'infrastruttura di rete pubblica e sulla definizione dei diritti degli utenti del servizio di telefonia vocale;
- dir. 97/13 su una normativa comune per le autorizzazioni generali e le licenze individuali nel campo dei servizi di telecomunicazione
- dir. 97/33 sull'interconnessione, sul servizio universale e sull'interoperabilità.

3. IL SECONDO OGGETTO DELL'ATTIVITA' DELL'IMPRESA DI TELECOMUNICAZIONI: I SERVIZI TELEVISIVI.

3.1 LE NORME DEL TRATTATO APPLICABILI.

3.2 L'ARMONIZZAZIONE DELLE NORMATIVE NAZIONALI: LA DIRETTIVA "TELEVISIONE SENZA FRONTIERE".

3.3 I NUOVI SERVIZI IBRIDI TRA TELEVISIONE E TELECOMUNICAZIONE; IL VIDEO ON DEMAND.

4. LA CONVERGENZA TRA I DUE SETTORI.

4.1 IL LIBRO VERDE DEL 1997 SULLA CONVERGENZA: NECESSITA' DI RIFORMULARE LE DEFINIZIONI E LA REGOLAMENTAZIONE DELLE TELECOMUNICAZIONI.

INTRODUZIONE

In passato il solo tipo di impresa di telecomunicazioni era quella telefonica, la quale offriva un solo servizio: la telefonia vocale, per l'appunto. L'impresa di telecomunicazioni è andata incontro, negli ultimi anni, a una evoluzione del suo modo di operare, dei servizi messi a disposizione, della tecnologia adottata per offrirli. L'era dell'informatizzazione e della convergenza ha introdotto, infatti, una serie di tecnologie che hanno rivoluzionato il settore delle telecomunicazioni e che hanno messo rapidamente in crisi l'apparato normativo in passato predisposto, ideato per operare in un contesto nazionale, analogico e monomediale. Il nuovo contesto delle telecomunicazioni, al contrario, tende a una sempre più marcata globalizzazione, si avvale di tecnologie digitali e permette di offrire servizi sofisticati e multimediali.

La convergenza tra telecomunicazioni, media e tecnologie dell'informazione ha permesso l'introduzione di nuovi prodotti e nuove piattaforme su cui offrirli. A titolo di esempio, si pensi:

- al servizio di telefonia mobile, la cui attuale diffusione sarebbe stata impossibile senza le tecnologie digitali
- alla c.d. "telebanca" (banca via telefono) e all'"e-commerce" (acquisti fatti da casa tramite Internet)
- al servizio di telefonia vocale via Internet
- ai servizi di e-mail e di accesso al WWW (tradizionalmente forniti dagli Internet Provider) ora offerti dagli operatori di telefonia mobile e fissa
- ai servizi di informazione recapitati direttamente sul cellulare, offerti dagli operatori di telefonia mobile (meteo, notizie economiche o sportive, orari di aerei e treni ecc.)
- ai servizi ibridi di televisione-telecomunicazione, come la WebTv e i servizi di video on demand
- ai servizi di informazione diffusi via Internet, sempre più multimediali e audiovisivi.

La rivoluzione digitale, pertanto, ha messo in discussione la normativa tradizionale e ha richiesto (e richiede tuttora, dato l'incessante e rapidissimo tasso di innovazione tecnologica) un intervento di riforma legislativa coordinato tra i vari paesi interessati dalla globalizzazione del mercato dei servizi di telecomunicazioni.

In tale contesto la Comunità Europea, avendo da tempo intuito l'importanza di una normativa comunitaria coordinata (considerata essenziale per la stessa costituzione del mercato unico), ha svolto un ruolo primario nel rinnovamento normativo ed economico del settore delle telecomunicazioni.

Prima di procedere all'esame della politica e degli interventi comunitari in materia si ritiene opportuno tentare di inquadrare l'esatta estensione della categoria "impresa di telecomunicazioni" e, quindi, di definire l'attività che le è propria.

1. LE TELECOMUNICAZIONI: DEFINIZIONE, GENESI ED EVOLUZIONE.

Il termine "telecomunicazioni", dal punto di vista tecnico, sta a significare ogni trasmissione, emissione o ricezione di segni, di segnali, di scritti, di immagini, di suoni o di informazioni di qualsiasi natura per filo, radioelettrica, ottica od a mezzo di altri sistemi elettromagnetici¹. E' questa una definizione onnicomprensiva, che non sempre corrisponde all'impiego comune del termine in campo economico e legislativo.

Solitamente, infatti, si suole contrapporre le "telecomunicazioni" (come attività destinate alla comunicazione a distanza tra singoli soggetti) alle "radiodiffusioni" (come attività destinate alla diffusione di una messaggio audio/video al pubblico indeterminato) che pure, in base alla definizione tecnica richiamata, sarebbero incluse nelle "telecomunicazioni".

Tali attività, pur se unite da una comune radice tecnologica (entrambe sono nate dall'impiego di sistemi elettromagnetici ed entrambe sono *in astratto* idonee alla comunicazione a distanza), si sono presto differenziate e sono state impiegate *in concreto* per la funzione più consona alle loro caratteristiche tecniche.

Secondo l'impostazione tradizionale, i servizi di radiodiffusione (c.d. «broadcasting») vengono effettuati da un singolo punto di trasmissione a molteplici punti di ricezione (*point to multipoint*); i servizi di telecomunicazioni, invece, vengono realizzati da un singolo punto di trasmissione ad un singolo punto di ricezione (*point to point*).

Così, le telecomunicazioni (che in origine fornivano un numero assai limitato di servizi: telegrafo e telefono), sono state tradizionalmente impiegate per la comunicazione tra due soggetti; le radiodiffusioni, invece, come mezzo di diffusione da una soggetto trasmittente ad una pluralità di soggetti riceventi.

Questa differenziazione si è riflessa nella configurazione economica dei rispettivi mercati (è indubbio che, fino al giorno d'oggi, il settore delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni sono stati ben distinti, oltre a denotare strategie di mercato e target di utenza assai diversi), nella loro funzione sociale, nonché nella regolamentazione data dal legislatore.

Si ritiene infatti che le attività televisive, per ragioni svariate ma generalmente riconducibili alla scarsità del mezzo utilizzato ed alla pervasività del messaggio, abbisognano di una disciplina particolare, fondata su previsioni di livello costituzionale e caratterizzata da un più stringente intervento della pubblica autorità rispetto a tutti gli altri servizi di comunicazione.

Il frenetico e incessante progresso tecnologico avvenuto nelle tecnologie di telecomunicazioni, tuttavia, potrebbe rendere in breve tempo obsoleta questa tradizionale separazione dei settori normativi della tv e delle telecomunicazioni.

¹ Convenzione internazionale delle tlc, Nairobi, 1982, ratificata con l. 9 maggio 1986 n.149.

Il recente fenomeno della «convergenza» (si rimanda al par. 4 per una sua trattazione più approfondita), infatti, consente di fornire servizi televisivi e di telecomunicazione sullo stesso mezzo fisico e stravolge la tradizionale linea di demarcazione tra servizi televisivi e di telecomunicazioni, portando alla fusione di servizi (televisione e telecomunicazioni) prima ben separati.

1.2 SERVIZI DI TELECOMUNICAZIONE E SERVIZI DI TELEVISIONE: DIFFERENZE FUNZIONALI NELL' APPROCCIO NORMATIVO TRADIZIONALE.

1.2.1 a) FINALITA' DELLA DISCIPLINA DELLE TELECOMUNICAZIONI

Le leggi che si sono succedute a disciplinare i due settori sono finalizzate al raggiungimento di obiettivi per lo più differenti.

La funzione delle telecomunicazioni è quella di permettere agli utenti di scambiare il più possibile i propri messaggi, sulla parte il più estesa possibile del territorio sul quale essi operano. La rete di telecomunicazioni, se resa efficiente e capillarmente diffusa, diventa così un prezioso strumento di sviluppo economico per la società, svolgendo funzione analoga al servizio di trasporto della rete ferroviaria o stradale, o al servizio di distribuzione dell'energia elettrica.

Alla luce di questo ruolo delle telecomunicazioni, strumentale per l'economia e lo sviluppo delle relazioni umane, l'intento del legislatore è stato, prevalentemente, quello di garantirne la libertà, compatibilmente, del resto, alla disposizione ex art. 15² Cost.

I recenti interventi comunitari nel settore vogliono garantire attraverso la liberalizzazione del mercato lo sviluppo economico e sociale a livello paneuropeo, attraverso una maggiore possibilità di accesso ai servizi di telecomunicazione (vecchi e nuovi), anche grazie a una riduzione del costo finale della comunicazione, naturale conseguenza dell'apertura del mercato alla concorrenza (da qui la preoccupazione del legislatore comunitario a garantire il servizio universale).

Occorre sottolineare, in ogni caso, che un tratto della regolamentazione del settore, peculiare rispetto alle radiodiffusioni, è l'assenza di norme che disciplinano il *contenuto* della comunicazione. Il valore della comunicazione individualizzata sta, anzi, proprio nella riservatezza e segretezza ad essa garantita, che impedisce qualsiasi controllo da parte dei poteri pubblici³ in merito.

1.2.2 b) FINALITA' DELLA DISCIPLINA DELLE RADIODIFFUSIONI

² Che recita al primo comma: "la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili".

³ Salvo i casi previsti dalle leggi penali, con le garanzie stabilite dallo stesso art. 15 Cost.

Il *contenuto*, invece, è l'oggetto principale della regolamentazione dell'attività di radiodiffusione.

La radio e la TV, infatti, sono stati da subito individuati come potenti strumenti di persuasione, sia ideologica che commerciale⁴, di un vasto pubblico. Si è posto subito il problema, perciò, di divulgare un messaggio adeguato alla media dei destinatari, idoneo a non offendere il buon costume, il sentimento religioso, l'ideologia politica di alcuno. Attenzione particolare, inoltre, è stata riservata alla limitazione, sia qualitativa che quantitativa, del contenuto pubblicitario dei programmi televisivi, nonché all'esigenza di garantire la pluralità e l'obiettività dell'informazione⁵.

La ricerca del pluralismo, (che la televisione via etere comunque non è idonea a perseguire pienamente, dato il numero limitato delle frequenze trasmissive⁶ ha contraddistinto fino ad oggi gli interventi del legislatore e della giurisprudenza nel settore. E' stata proprio questa inclinazione costante al principio pluralistico a far prevedere dal giudice costituzionale, prima, e dal legislatore, poi, degli spazi trasmissivi di "tribuna politica" e "tribuna elettorale" per tutte le forze politiche, a introdurre la libertà di antenna per le emittenti locali nel 1976, e a realizzare il sistema "misto" pubblico-privato dei giorni nostri.

Il controllo statale sul contenuto delle attività di radiodiffusione, quindi, è stato sempre molto penetrante, e ha inciso profondamente sulla disciplina normativa delle attività di radiodiffusione⁷.

2. IL PRIMO OGGETTO DELL'ATTIVITA' DELL'IMPRESA DI TELECOMUNICAZIONI: I SERVIZI DI TELECOMUNICAZIONI (IN SENSO STRETTO).

2.1 L'EVOLUZIONE DELLA POLITICA COMUNITARIA NEL SETTORE DELLE TELECOMUNICAZIONI: DALLA COMPETENZA STATALE A QUELLA COMUNITARIA

La politica comunitaria nel settore delle telecomunicazioni ha subito di recente una notevole cambiamento.

⁴ Zeno-Zencovich, Il sistema integrato delle telecomunicazioni: spunti sistematici e critici sulla legge 31/7/97 n. 249, Dir. Inf., 1997, p. 745.

⁵ Cfr. art. 1, comma 2, legge n.223/90: "Il pluralismo, l'obiettività, la completezza e l'imparzialità dell'informazione, l'apertura alle diverse opinioni, tendenze politiche, sociali, culturali e religiose(...) rappresentano principi fondamentali del sistema radiotelevisivo".

⁶ Il sistema televisivo italiano, infatti, prevede solo 8 concessioni nazionali, che, tra l'altro, appartengono a 3 soli gruppi (RAI, Mediaset, Cecchigori).

⁷ Anche il legislatore comunitario ha dimostrato di preoccuparsi per la necessità di controllare il contenuto del messaggio televisivo: basti pensare, a titolo di esempio, alla previsione di "quote europee" di programmazione televisiva (contenuta nella direttiva 89/552 c.d. "Televisione senza frontiere"), per salvaguardare l'identità culturale dell'Europa.

Le telecomunicazioni, infatti, sono in passato state considerate facenti parte dei c.d. "settori esclusi" alla concorrenza, cioè quei settori che, non trovandosi in una situazione concorrenziale ed integrando la figura di servizi di interesse generale, non erano soggetti alle norme del Trattato sulla libera concorrenza, in quanto l'applicazione di tali disposizioni avrebbe impedito l'espletamento della loro funzione⁸. Le imprese private che fossero entrate nel mercato delle telecomunicazioni non avrebbero potuto realizzare un servizio di telecomunicazioni efficiente di portata nazionale né, tantomeno, realizzare una attività economicamente remunerativa. Le telecomunicazioni, infatti, sono state tradizionalmente considerate, dal punto di vista economico, un monopolio naturale, a causa degli alti costi di investimento necessari per la realizzazione delle infrastrutture nonché in relazione alla notevole incidenza delle economie di scala⁹. In tale contesto la riserva a favore di un unico soggetto è apparsa addirittura necessaria, essendo considerata l'unico strumento che permettesse all'organismo incaricato della gestione di raggiungere quelle dimensioni strutturali che garantissero l'espletamento del servizio in modo uniforme su tutto il territorio. Questa concezione delle telecomunicazioni ha creato una forte ingerenza delle istituzioni dei singoli Stati membri nel settore e, conseguentemente, la sottrazione del mercato delle telecomunicazioni al libero gioco della concorrenza.

Oltre a questo motivo economico, altri fattori politico-sociali sono stati addotti a giustificazione del mantenimento di una riserva statale delle infrastrutture e dei servizi di telecomunicazioni.

Innanzitutto, lo Stato è stato ritenuto, tradizionalmente, come il principale e più importante utente dei servizi di telecomunicazioni. L'intera amministrazione dello Stato, infatti, fa affidamento su un sistema efficace di telecomunicazioni per il suo funzionamento.

La gestione monopolistica del mercato, inoltre, esigeva un controllo statale alquanto penetrante sull'attività degli operatori di telecomunicazioni al fine di evitare possibili abusi nella gestione del servizio; era necessario, da un lato, limitare la libertà del monopolista nel fissare le tariffe per i servizi, in quanto queste tendono, in regime monopolistico, a superare le tariffe che sarebbero fissate in regime di concorrenza, così escludendo dal mercato una fascia di consumi; dall'altro la mancanza di una molteplicità di imprese operanti nel mercato poteva comportare una sorta di inerzia da parte del monopolista, che può sempre realizzare abbondanti margini di profitto agendo sul prezzo di vendita, e non sui costi di produzione (trascurando, così, innovazioni nelle tecniche produttive) e che non si sente incentivato a migliorare la qualità e la varietà dei servizi offerti.

Una gestione di monopolio, pertanto, appariva necessaria per le dimensioni del servizio da effettuare; essa doveva essere assoggettata, tuttavia, a meccanismi di controllo e programmazione¹⁰, realizzabili in modo equo e

⁸ Balestreri, 1993, p.482 ss.

⁹ E. Picozza - F. Cardarelli, La politica delle telecomunicazioni: profili amministrativi, Dir. Inf., 1997, p. 91.

¹⁰ Per esempio la definizione della politica tariffaria, la realizzazione di attività di ricerca e sviluppo, la verifica e l'adeguamento degli impianti.

trasparente solo da organismi che non agissero sul piano esclusivamente privatistico. Lo Stato, inoltre, considerata la natura di servizio di pubblica necessità delle telecomunicazioni e riconosciuto il carattere essenziale dei servizi di telecomunicazioni, si è fatto carico della necessità di renderli accessibili a tutti i cittadini, assicurando la loro erogazione anche in quelle località decentrate in cui le imprese private non avrebbero interesse economico a svolgere il servizio (c.d. "servizio universale").

Le telecomunicazioni, pertanto, sono state, in passato, demandate alla competenza statale. Ancora all'inizio degli anni '80, infatti, il settore, nella maggior parte degli Stati membri, era caratterizzato fortemente dall'eredità del passato: negli Stati membri i servizi di telecomunicazioni erano erogati in regime monopolistico, in cui l'erogazione dei servizi era concessa, tramite diritti speciali od esclusivi, ad un'unica o ad una minoranza di imprese pubbliche o private, che potevano fornire soltanto pochissimi servizi standardizzati, in area nazionale¹¹

Lo sviluppo delle nuove tecnologie, tuttavia, ha profondamente modificato il panorama descritto. In particolare, i mezzi di trattamento e di elaborazione dell'informazione congiunti alle nuove tecnologie della comunicazione possono garantire la possibilità di utilizzazioni multiple e in contemporanea delle stesse risorse hardware, la prestazione di servizi di tipo innovativo e, soprattutto, un drastico abbattimento dei costi di gestione e installazione delle infrastrutture.

E' sullo sfondo di questo quadro globale che la Comunità europea ha elaborato, a partire dal 1984, la propria politica nel settore.

Le innovazioni tecnologiche e di mercato che hanno interessato le telecomunicazioni, infatti, hanno indotto le istituzioni comunitarie a riconsiderare il ruolo della Comunità europea nel settore. Appariva irragionevole e improduttivo per lo sviluppo futuro della Comunità continuare ad esonerare i servizi di telecomunicazioni dalle regole di mercato, soprattutto nel quadro più ampio dell'azione comunitaria rivolta alla costituzione del mercato unico¹².

Si rendeva necessario, pertanto, realizzare un mercato unico delle telecomunicazioni, in modo tale che le imprese di telecomunicazioni potessero offrire i propri servizi in ogni Stato membro della Comunità e che gli utenti dei servizi potessero liberamente scegliere il proprio fornitore, indipendentemente dalla sua nazionalità ed ubicazione.

La Comunità europea diventa, così, un vero e proprio elemento trainante della progressiva trasformazione del settore, indirizzando in modo conforme ai principi di libertà economica (libertà di impresa e libertà di concorrenza) ispiratori delle norme fondamentali del Trattato gli interventi mirati alla liberalizzazione dei servizi e delle infrastrutture nonché alla armonizzazione delle condizioni di erogazione alla utenza dei servizi medesimi¹³.

¹¹ Si veda, a tal proposito, la tabella riassuntiva della situazione normativa negli Stati membri nel 1987, in Ungerer - Costello, *Le tlc in europa*, p. 83.

¹² Debora Caldirola, *Economia pubblica*, 1996, p. 127 ss.

¹³ E. Picozza - F. Cardarelli, *La politica delle telecomunicazioni: profili amministrativi*, *Dir. Inf.*, 1997, p. 93.

Uno degli ostacoli maggiori alla creazione di questo mercato unico delle telecomunicazioni era costituito dal regime monopolistico e dall'esistenza di diritti speciali ed esclusivi per l'erogazione dei servizi di telecomunicazioni e la correlata questione dell'ammissibilità, o del grado di ammissibilità, dell'accesso di imprese private ad attività di telecomunicazioni come prestatori di servizi anche in concorrenza con quelli erogati in regime di monopolio.

Altro grave ostacolo consisteva nella grande varietà degli standard tecnologici usati dai vari operatori di telecomunicazioni nazionali. Spesso gli impianti non erano compatibili tra di loro e quindi rendevano impossibile la creazione di un'unica rete paneuropea e, di conseguenza, di un unico mercato delle telecomunicazioni.

Una volta riconosciuta la necessità di creare il mercato unico, le istituzioni comunitarie si sono concentrate, pertanto, su un'evoluzione della politica delle telecomunicazioni finalizzata al superamento di questi due ostacoli.

La prima fase della politica comunitaria della liberalizzazione si ha nel 1984, data in cui la Commissione ha reso noto un programma di azione¹⁴ nel settore delle Telecomunicazioni, in cui definisce il quadro globale della politica comunitaria¹⁵. In questo documento la Commissione si è indirizzata verso la creazione delle condizioni tecniche per la realizzazione del mercato unico e verso l'applicazione dei principi della libera concorrenza al mercato delle telecomunicazioni attraverso una serie di iniziative:

- lo sviluppo di un sistema di standards comuni, per risolvere il problema della frammentazione nazionale creata da differenti specifiche tecniche nazionali;

- attività di ricerca in comune, sotto forma di programmi condivisi tra operatori e industria a livello Europeo. Nel 1984 fu avviata la fase preparatoria del programma di ricerca RACE (Research and development in Advanced Communications Technologies in Europe). Nel 1994 il programma RACE è stato sostituito dal programma ACTS (Advanced Communications Technology and Services);

- programmi speciali di sviluppo per le regioni meno sviluppate della Comunità Europea. In tale contesto nel 1986 è stato ideato il programma STAR (Special Telecommunications Action of Regional Development);

- primi tentativi volti ad individuare posizioni comuni a livello europeo nel mercato mondiale delle telecomunicazioni.

La seconda fase della politica comunitaria prende inizio nel 1987 con la pubblicazione del Libro Verde della Commissione sullo «Sviluppo di un mercato comune dei servizi ed apparati di telecomunicazione»¹⁶. Con la pubblicazione del Libro Verde, la Commissione cominciò un dibattito europeo sulla regolamentazione delle telecomunicazioni, con l'obiettivo

¹⁴ «Progressi raggiunti nel processo di riflessione e nei lavori svolti in questo settore e prime proposte per un programma d'azione», COM (84) 277 del 18.5.1984

¹⁵ Tale programma costituisce, insieme al successivo Libro verde del 1987, la fonte più importante della politica comunitaria nel settore.

¹⁶ COM/87/290.

principale di adattarla alle esigenze di un unico mercato comunitario. Nel documento la Commissione preannuncia l'applicazione delle regole di concorrenza al settore delle telecomunicazioni, associata alla armonizzazione della regolamentazione, in modo da poter sfruttare appieno le possibilità offerte da un mercato unico europeo, in particolare per i benefici derivanti dalle economie di scala.

2.1 *SEGUE*: LE LINEE GUIDA DELLA U.E. NELLE TELECOMUNICAZIONI: IL LIBRO VERDE DEL 1987

Il Libro Verde della Commissione del 30 giugno 1987 sullo sviluppo del mercato comune dei servizi e delle apparecchiature di telecomunicazione costituisce la seconda tappa del cammino di liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni della Comunità: esso contiene l'enunciazione dei principi ai quali si è ispirata la liberalizzazione compiuta negli anni novanta.

Il documento delinea da subito le due principali linee d'azione del programma: liberalizzazione e armonizzazione¹⁷.

La Commissione propone nel documento in questione un mercato delle telecomunicazioni in regime di concorrenza, libero e dinamico, da realizzarsi attraverso il raggiungimento di tre obiettivi fondamentali:

- 1) un mercato comune dei terminali di telecomunicazioni, per assicurare un'ampia scelta all'utente;
- 2) un mercato comune dei servizi di telecomunicazioni, per permettere alle telecomunicazioni di trasformarsi in un'infrastruttura generale per il mercato comune dei servizi e della tecnologia;
- 3) un mercato comune delle apparecchiature di rete per assicurare la futura posizione comunitaria nel settore della tecnologia dell'informazione su vasta scala.

Questi obiettivi hanno richiesto un rinnovamento radicale (tuttora in corso) del settore; i servizi di telecomunicazioni, infatti, sono stati storicamente svolti, in gran parte degli Stati membri, da enti pubblici o imprese in tutto o in parte possedute dallo Stato e che fornivano servizi ed infrastrutture sulla base di diritti speciali ed esclusivi.

Consapevole di questa situazione, la Commissione invoca nel Libro Verde una più marcata separazione degli incarichi di regolamentazione dagli incarichi "operativi" (cioè riguardanti la fornitura dei servizi), la cui attribuzione ad un unico organo conferiva ad esso innegabili privilegi.

2.1 *SEGUE*: le dieci "posizioni" prese dalla Commissione nel Libro Verde.

¹⁷ Le direttive adottate fino ad oggi per attuare il programma enunciato nel Libro Verde si dividono, infatti, in direttive di liberalizzazione e direttive di armonizzazione.

Alla luce di questi obiettivi di fondo, la Commissione enuncia dieci “posizioni”, che appare opportuno esaminare singolarmente, in quanto base di discussione per le riforme radicali intraprese dalla U.E. nel settore delle telecomunicazioni.

Prima posizione: accettazione e mantenimento di diritti esclusivi o speciali in favore dei gestori pubblici di telecomunicazioni solo per un numero limitato di servizi essenziali, laddove l’esclusiva è considerata necessaria ai fini di preservare le finalità del servizio pubblico.

Obiettivo della Commissione è quello di interpretare restrittivamente la formula “servizi essenziali”, in modo che non contrasti con le regole della concorrenza, in ottemperanza all’articolo 90 del Trattato istitutivo della CEE. La Commissione, inoltre, sostiene che i diritti esclusivi devono essere soggetti a un riesame periodico, per valutare i progressi tecnologici e l’opportunità di togliere l’esclusiva agli enti pubblici. Già all’epoca dell’emanazione del Libro Verde la telefonia vocale sembrava essere l’unico servizio che potesse giustificare l’esclusiva dei gestori pubblici.

Seconda posizione: perseguimento di un regime di libera concorrenza per tutti gli altri servizi, in particolare per i servizi “a valore aggiunto”, con l’obbligo di conformarsi agli standard tecnici dell’infrastruttura di base, sulla quale i servizi venivano svolti.

Terza posizione: previsione puntuale degli standard tecnici dell’infrastruttura e dei servizi, al fine di conservare o creare l’interoperabilità a livello comunitario.

Quarta posizione : i requisiti e le condizioni di accesso richieste dai gestori pubblici ai fornitori di servizi concorrenziali per l’utilizzo delle infrastrutture devono essere definiti chiaramente, in particolare riguardo l’interconnessione e l’accesso alla rete.

Quinta posizione: conseguimento dell’obiettivo del libero mercato per la fornitura di apparecchiature terminali negli e fra gli Stati membri, soggette unicamente al giudizio di conformità tecnica. Secondo il Libro Verde solo la fornitura del primo apparecchio telefonico può essere riservata ai gestori pubblici, e solo per un periodo di tempo limitato.

Sesta posizione: le stazioni satellitari di terra riceventi devono essere considerate come terminali a tutti gli effetti e condizionate solo a procedure di omologazione. In tal modo si vuole dare una spinta decisiva alla diffusione delle antenne paraboliche che, con il progresso della tecnologia satellitare, sempre più si prestano a fornire servizi di telecomunicazione avanzati¹⁸.

Settima posizione: marcata separazione tra attività di regolamentazione e attività operative dei gestori. Le attività di regolamentazione comprendono, tra l’altro, la concessione delle licenze, i controlli di omologazione delle apparecchiature e delle specifiche dell’interfaccia, la distribuzione delle frequenze, il controllo generale delle condizioni di utilizzo della rete.

Ottava posizione: stretto e costante controllo delle attività operative dei gestori pubblici rientranti negli art. 85, 86 e 90 del Trattato CEE.

¹⁸ Si pensi, a titolo di esempio, alla possibilità di collegarsi ad Internet a velocità 10-20 volte superiori a quelle oggi disponibili.

Nona posizione: stretto e costante controllo di tutti i gestori di telecomunicazioni privati, in tutti i nuovi settori, in base agli artt. 85, 86, per evitare l'abuso di posizioni dominanti.

Decima posizione: piena applicazione della politica commerciale comunitaria, di cui agli articoli 110 ss. del Trattato, al settore delle telecomunicazioni.

L'ampio consenso fatto registrare dal Libro Verde, induce la Commissione a definire nella comunicazione del 9 febbraio 1988 un piano di attuazione delle proposte del Libro Verde entro il 1992. Poco dopo, con una risoluzione¹⁹ del 30 giugno 1988, il Consiglio approvava definitivamente gli obiettivi di tale programma, invitando la Commissione a proporre le misure necessarie per il loro raggiungimento, con particolare riferimento all'instaurazione del mercato dei servizi e delle apparecchiature di telecomunicazioni.

2.2 LE NORME DEL TRATTATO APPLICABILI.

Prima di passare ad esaminare le disposizioni legislative comunitarie ispirate ai principi del Libro Verde e finalizzate alla liberalizzazione del mercato occorre osservare che tali disposizioni, provenienti sia dal Consiglio che dalla Commissione dal 1986 ad oggi, sono state giustificate e basate sull'applicazione di norme direttamente derivanti dal Trattato istitutivo della Comunità europea. Le norme del Trattato, infatti, già tracciano un quadro generale per una politica comunitaria delle telecomunicazioni.

In particolare, l'art. 90 del Trattato prevede che, per quanto riguarda le imprese pubbliche e le imprese alle quali sono concessi diritti speciali od esclusivi, gli Stati membri non introducano o mantengano in vigore alcuna misura contraria alle disposizioni del Trattato, ed in particolare quelle previste dagli artt. dall'85 al 94 (che disciplinano la concorrenza).

Lo stesso articolo, al comma 2, prevede che le imprese responsabili della gestione di servizi di interesse economico generale o che hanno carattere di monopolio fiscale sono soggette alle disposizioni del Trattato, in particolare a quelle sulla concorrenza, nei limiti in cui tali disposizioni non ostacolano di diritto o di fatto lo svolgimento del compito particolare loro affidato.

Infine il comma terzo prevede che la Commissione vigili sull'applicazione delle disposizioni dell'art. 90 e indirizzi agli Stati membri direttive o decisioni appropriate.

Tale norma, inoltre, deve essere letta tenendo conto della sentenza 41/85 della Corte di Giustizia²⁰, che considera (aderendo alla posizione sostenuta dalla Commissione nella trattazione della causa che ha dato luogo alla

¹⁹ Risoluzione del Consiglio del 30 giugno 1988 sullo sviluppo del mercato comune dei servizi e delle apparecchiature di telecomunicazioni entro il 1992, G.U.C.E. n. C 257/1 del 4 ottobre 1988.

²⁰ Sent. 41/85, Commissione/Italia, del 20.3.1985 («British Telecom»).

sentenza in questione) le autorità degli Stati membri competenti in materia di poste e telecomunicazioni come imprese commerciali, in quanto forniscono beni e servizi contro pagamento, e come tali soggette all'applicazione della legge comunitaria della concorrenza. Anche nel Libro Verde è chiara la portata che la Commissione intende attribuire all'articolo 90 del Trattato:

«Perseguendo l'attuazione di queste proposte e adoperandosi per eliminare le restrizioni esistenti, la Comunità terrà pienamente conto del fatto che le norme di concorrenza del Trattato si applicano alle amministrazioni delle telecomunicazioni, e in particolare nella misura in cui esse esercitano attività commerciali. Essa utilizzerà, quando sarà il caso, il mandato affidatole dall'art. 90 § 3 del Trattato per promuovere, sincronizzare ed accelerare la trasformazione in corso»²¹.

Altra norma del Trattato che getta le basi per la liberalizzazione delle telecomunicazioni è l'art. 86, che prevede che ogni abuso di potere, compiuto nel mercato comune o in parte di esso da una o più imprese, è vietato ed incompatibile col mercato comune stesso, nella misura in cui può incidere in modo pregiudizievole sugli scambi fra gli Stati Membri. Le pratiche abusive, in particolare, possono consistere nel fatto di:

a) imporre in modo diretto o indiretto prezzi non equi di acquisto o di vendita,

b) limitare la produzione, i mercati e le tecniche di sviluppo a pregiudizio dei consumatori,

c) applicare nei confronti di partner commerciali condizioni diverse per prestazioni equivalenti, mettendoli così in una posizione di svantaggio sul piano della competitività,

d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione, da parte di partner, di prestazioni supplementari che, per la loro natura o secondo gli usi commerciali, non hanno alcuna attinenza con l'oggetto dei contratti stessi.

L'articolo 37 è un'altra disposizione importante per la liberalizzazione delle telecomunicazioni: gli Stati membri devono, statuisce l'art. 37, progressivamente modificare tutti i monopoli di Stato aventi carattere commerciale, in modo da assicurare che quando sarà trascorso il periodo di transizione, non esista alcuna discriminazione fra i cittadini degli Stati membri, per quanto riguarda le condizioni di acquisto e di vendita. Queste disposizioni si applicano a ogni organismo attraverso il quale un Stato membro, de jure o de facto, controlli, diriga o influenzi sensibilmente, direttamente o indirettamente, le importazioni o le esportazioni fra gli Stati membri.

Si ricordano, ancora, le disposizioni contenute nell'art. 59:

«Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono gradatamente soppresse durante il periodo transitorio nei confronti dei cittadini degli Stati membri in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione.

²¹ Libro Verde, p.168.

Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno della Comunità».

Si accennano, infine, le rimanenti disposizioni riguardanti la creazione di un mercato unico liberalizzato delle telecomunicazioni:

- tutti gli articoli sulla concorrenza (85- 94), che disciplinano l'introduzione del regime di concorrenza e la progressiva liberalizzazione dei settori monopolizzati;

- le disposizioni concernenti la libera fornitura di servizi e la libertà di stabilimento, in particolare gli articoli da 52 a 66;

- le disposizioni concernenti la libera circolazione delle merci (artt. da 30 a 37);

- le disposizioni concernenti la politica commerciale comune (artt. da 110 a 116);

- le disposizioni generali per il riavvicinamento delle norme legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che incidono direttamente sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune, in particolare l'art. 100 e, dopo l'entrata in vigore dell'Atto unico, l'articolo 100A.

2.3 LE DIRETTIVE DI LIBERALIZZAZIONE.

L'obiettivo della politica comunitaria, come si è visto, consiste nel raggiungimento della completa liberalizzazione di tutto il settore delle telecomunicazioni nell'ambito dell'Unione europea²² e si è sviluppata, a partire dal 1988, secondo due linee parallele, con diverso fondamento giuridico: da un lato viene perseguito l'intento della liberalizzazione del mercato (dei terminali, dei servizi ed infine delle infrastrutture) sulla base dell'art. 90 n. 3 del Trattato (direttive della Commissione); dall'altro sono create delle condizioni armonizzate, funzionali alla politica di apertura del mercato, comuni a tutti gli operatori di telecomunicazioni in ambito comunitario, sulla base dell'art. 100A del Trattato (direttive del Consiglio e del Parlamento).

Le direttive attuative dei principi contenuti nel Libro Verde seguono lo schema ora schematicamente delineato e si possono suddividere in direttive di liberalizzazione (della Commissione) e direttive di armonizzazione (del Consiglio e del Parlamento).

Le direttive di liberalizzazione sono emanate, come si è accennato, sulla base dell'art. 90 par. 3 del Trattato: "la Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri opportune direttive o decisioni". Esse sono, pertanto, di competenza

²² Cfr. risoluzione del Consiglio del 22 luglio 1993, 93/C213/01, concernente la relazione sulla situazione nel settore dei servizi di telecomunicazioni e sulla necessità di ulteriori sviluppi in tale mercato.

esclusiva della Commissione, e riguardano *esclusivamente* l'applicazione dell'articolo 90 del Trattato.

Attraverso le direttive di liberalizzazione la Commissione ha introdotto misure volte a ridurre gradualmente, relativamente ai servizi e alle infrastrutture di telecomunicazione, l'ambito di applicabilità dell'art. 90 paragrafo 2 del Trattato²³, determinando così l'illegittimità delle posizioni di monopolio legale riconosciute, in molti Stati membri, ai c.d. organismi di telecomunicazione, cioè a "enti pubblici o privati, ivi comprese le consociate da essi controllate, ai quali uno Stato membro concede diritti speciali o esclusivi per l'installazione di reti pubbliche di telecomunicazione ed, eventualmente, per la fornitura di servizi di telecomunicazione"²⁴.

Le direttive di liberalizzazione, diversamente da quelle di armonizzazione, non instaurano nuovi obblighi per gli Stati membri ma si limitano a riflettere obblighi già esistenti nel Trattato; perciò non prevedono un termine per il recepimento, ma solo un termine entro cui lo Stato deve comunicare le misure adottate per il recepimento nell'ordinamento nazionale²⁵.

Le direttive di armonizzazione, invece, hanno base giuridica negli art. 54 e 100A del Trattato²⁶, e la loro approvazione è soggetta a una procedura di codecisione, introdotta dall'articolo 189B, che richiede, appunto, la volontà concorde di Consiglio e Parlamento, previa proposta della Commissione.

Le direttive di armonizzazione perseguono il fine di rendere omogeneo all'interno della Comunità e, ove possibile, a livello mondiale le condizioni giuridiche e tecniche di fornitura dei servizi e di accesso alle reti, in modo da consentire agli operatori dei diversi Stati membri di entrare direttamente in competizione tra loro.

Le principali direttive di liberalizzazione sono:

- dir. 88/301 sulla liberalizzazione del commercio, installazione e allaccio dei terminali di telecomunicazioni;
- dir. 90/388 sulla liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni c.d. "a valore aggiunto"²⁷;

Queste direttive sono state oggetto di modifiche e ampliamenti da parte di direttive successive, che hanno esteso via via la portata della liberalizzazione comunitaria:

- la dir. 94/46 sulla liberalizzazione dei servizi e delle apparecchiature per le comunicazioni via satellite;

²³ Che recita: "Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, *nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata*. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità".

²⁴La definizione è contenuta nell'art. 1 direttiva 90/387.

²⁵ Cfr. Relazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 3/9/96 sulla riforma del settore delle comunicazioni.

²⁶ Si veda P. Cassinisi, Liberalizzazione dei servizi e delle infrastrutture di telecomunicazioni in ambito comunitario: prime considerazioni sulla direttiva full competition, Dir. Inf., 1997, p. 251.

²⁷ I servizi, cioè, diversi dalla telefonia vocale e che offrono un valore ulteriore rispetto al mero trasporto della comunicazione. Solitamente il "valore aggiunto" è costituito dal trattamento informatico del servizio, come ad esempio nei servizi di informazione automatizzati "audiotext", nei servizi accesso a banche dati informatiche ecc.

- la dir. 95/51 relativa all'eliminazione delle restrizioni riguardanti l'accesso alle reti di televisione via cavo, per la fornitura dei servizi già liberalizzati;
- la dir. 96/2 sulla liberalizzazione delle comunicazioni mobili e dell'interconnessione diretta delle reti degli operatori mobili con reti fisse o mobili straniere;
- la dir. 96/19 sulla liberalizzazione della telefonia vocale e della realizzazione di nuove reti pubbliche di telecomunicazioni.

Le principali direttive di armonizzazione sono:

- la dir. 90/387 sull'istituzione del mercato interno per i servizi di telecomunicazione mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (ONP);
- la dir. 92/44 sull'applicazione del principio di fornitura di una rete aperta (ONP) alle linee affittate;
- la dir. 95/62 sulle condizioni di accesso dei fornitori di servizi all'infrastruttura di rete pubblica e sulla definizione dei diritti degli utenti del servizio di telefonia vocale.
- la dir. 97/13 su una normativa comune per le autorizzazioni generali e le licenze individuali nel campo dei servizi di telecomunicazione
- la dir. 97/33 sull'interconnessione, sul servizio universale e sull'interoperabilità.
- la dir. 97/51 che modifica la dir. 90/387 e la 92/44 al fine di adattare al nuovo contesto concorrenziale delle telecomunicazioni.
- la dir. 97/66 riguardante l'elaborazione dei dati personali e la protezione della privacy nel settore delle telecomunicazioni
- la dir. 98/10 sull'applicazione del regime di fornitura di una rete aperta (ONP) alla telefonia vocale e sul servizio universale delle telecomunicazioni in un ambiente concorrenziale
- direttiva 98/13 relativa alle apparecchiature terminali di telecomunicazione e alle apparecchiature di stazioni terrestri di comunicazione via satellite, incluso il reciproco riconoscimento della loro conformità
- la dir. 98/61 che modifica la direttiva 97/33 per quanto concerne la portabilità del numero di operatore e la preselezione del vettore alla telefonia vocale e sul servizio universale delle telecomunicazioni in un ambiente concorrenziale

Si procede ora alla disamina delle direttive, sia di liberalizzazione che di armonizzazione, che hanno introdotto le innovazioni più importanti nel processo di liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni, con una attenzione particolare alla direttiva 96/19, considerata²⁸ l'atto finale di tale processo.

2 LE DIRETTIVE DI LIBERALIZZAZIONE

²⁸Cfr. P. Cassinisi, cit., p. 249.

2.1 LA DIRETTIVA 88/301 SULLE APPARECCHIATURE TERMINALI

In base alla definizione contenuta nella direttiva, le "apparecchiature terminali" sono le apparecchiature connesse, mediante un sistema cablato, ottico o elettromagnetico, direttamente o indirettamente a un punto terminale della rete pubblica di telecomunicazioni per la trasmissione, il trattamento o la ricezione di informazioni.

In parole povere il terminale è quel componente della rete di telecomunicazioni sotto il controllo dell'utente finale dei servizi, che consente a quest'ultimo di usufruire dei servizi offerti dal gestore di telecomunicazioni. Ad esempio il comune telefono di casa o il telefono cellulare sono dei terminali. Altri esempi di terminali sono contenuti nella stessa direttiva nell'allegato I : modem, centralini PABX, telex, stazioni satellitari di terra riceventi.

Il Libro Verde prevede la possibilità per gli utenti di una libera scelta tra i terminali esistenti, in modo da poter beneficiare dei miglioramenti tecnologici consentiti dalla concorrenza. La Commissione ha ritenuto, infatti, che non c'era motivo di riservare la fornitura dei terminali ai gestori pubblici: altrimenti, si sarebbe ingiustificatamente ampliato l'ambito dei monopoli nazionali, contrariamente alle disposizioni del Trattato. Ciononostante, era necessario poter contare su un controllo generale sul tipo di apparecchiature da connettere alla rete pubblica per assicurare l'integrità e il funzionamento della rete.

Gli Stati membri, in effetti, già prima della pubblicazione del Libro Verde, avevano sviluppato autonome "omologazioni" nazionali per i terminali. Di fronte a tali regolamentazioni autonome e differenti, sorgeva la necessità di una predisposizione di regole di approvazione omogenee, che garantissero un riconoscimento reciproco fra gli Stati membri e la creazione di un unico mercato europeo.

Il 16 maggio 1988 la Commissione, sulla base dei poteri conferiti dall'art. 90 comma 3 del Trattato, emana la direttiva 88/301 sulla liberalizzazione del mercato dei terminali. Essa prevede la soppressione, all'art.2, di tutti i diritti speciali o esclusivi concessi dagli Stati membri in favore di enti pubblici o privati per le importazioni, commercializzazioni, allacciamento, installazione e/o manutenzione di apparecchi terminali di telecomunicazioni, nonché la definizione e pubblicazione delle specifiche tecniche delle reti pubbliche a cura di un ente indipendente dalle amministrazioni delle telecomunicazioni, che curi anche l'omologazione delle apparecchiature terminali stesse.

2.2 LA DIRETTIVA 90/388 SUI SERVIZI

Nel Libro Verde del 1987 la Commissione osserva che, poiché l'art. 59 del Trattato prevede, come norma generale, la libera fornitura di servizi all'interno della Comunità, le eccezioni a tale regola dovevano essere interpretate restrittivamente.

La Commissione riconosce, peraltro, la necessità di riservare alcuni servizi a un unico gestore, in vista del raggiungimento di particolari obiettivi di interesse generale di alcuni servizi, come la fornitura di un servizio universale nel campo della telefonia vocale.

In ottemperanza a queste osservazioni contenute nel Libro Verde del 1987 la Commissione emana il 28 giugno 1990 la direttiva 90/388 (c.d. "direttiva servizi"), relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazione.

I servizi di telecomunicazioni tradizionali sono la telefonia a voce e il telex. Tuttavia negli ultimi anni è stata introdotta dalle imprese di telecomunicazione una serie di nuovi servizi: fax, servizi di trasmissione dati a commutazione di pacchetto (su cui si basa Internet), teletext, posta elettronica, videotex, nonché i c.d. "servizi a valore aggiunto" (come i servizi "audiotel" 144 e 166 e i servizi di segreteria telefonica digitale).

La direttiva 90/388 dispone l'abolizione di tutti i diritti esclusivi per la fornitura di servizi di telecomunicazione, ad eccezione della telefonia vocale²⁹.

Occorre osservare che tale direttiva non attiene alla gestione delle infrastrutture, consentendo così il mantenimento di diritti di esclusiva per la loro gestione³⁰.

L'articolo 2 prevede condizioni obiettive e trasparenti per la concessione di licenze (in quei Paesi dove si fosse instaurato un sistema di licenze), nonché, per gli Stati in cui le reti di telecomunicazioni pubbliche sono fornite in via esclusiva, condizioni di accesso alla rete oggettive e non discriminatorie (articolo 4).

Al considerando n. 29 la Commissione reputa indispensabile la separazione funzionale delle attività di regolamentazione e delle attività commerciali, del gestore pubblico. Laddove entrambi tali attività fossero svolte dal gestore pubblico, infatti, questo disporrebbe della possibilità di influenzare l'attività di fornitura di servizi da parte dei concorrenti, e dell'occasione per consolidare e sfruttare la sua posizione dominante. La combinazione di tali due attività costituisce pertanto, in base alle argomentazioni della Commissione, abuso di posizione dominante secondo il disposto dell'articolo 86 del Trattato. Se poi tali poteri sono stati conferiti al gestore da disposizioni dello Stato, allora anche tali disposizioni saranno considerate violazione dell'articolo 90³¹.

L'articolo 3 prevede, inoltre, relativamente al servizio di trasmissione dati a commutazione di pacchetto o di circuito, la possibilità per gli Stati membri di limitare agli operatori la "semplice rivendita di capacità"³² delle linee

²⁹ L'apertura alla concorrenza del mercato della telefonia vocale, argomenta la Commissione, comprometterebbe lo stesso sviluppo e funzionamento della rete di telecomunicazioni, dal momento che le risorse economiche per il suo mantenimento e sviluppo derivano ancora, in gran parte, dalla gestione del servizio di telefonia. Cfr. considerando n. 18, direttiva 90/388.

³⁰ La liberalizzazione del mercato delle infrastrutture sarà attuata solo nel 1996, con l'emanazione della direttiva 96/19 c.d. "full competition".

³¹ L'articolo in questione dispone che "gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali od esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 7 e da 85 a 94 inclusi".

³² La "semplice rivendita di capacità" consiste nel fornire la capacità di una linea affittata per la trasmissione di segnali senza elaborazione. Si legga, al riguardo, la definizione contenuta nell'art.1 della direttiva in oggetto.

affittate fino al 31/12/92, per consentire un riallineamento delle tariffe per la trasmissione dati su reti a commutazione di pacchetto pubbliche ai prezzi della trasmissione dati su reti affittate, laddove ci fosse disparità³³. In altri termini gli operatori privati possono offrire servizi sulle linee affittate, ma non possono rivenderne la semplice capacità; ciò al fine di consentire al gestore pubblico il riallineamento delle sue tariffe a quelle dei fornitori di servizi concorrenziali.

2.3 LA DIRETTIVA 96/19 C.D. "FULL COMPETITION"

Il testo originario della direttiva servizi del 1990 prevedeva tre principali categorie di servizi escluse dalla liberalizzazione:

1) la telefonia vocale, esclusa sulla base della necessità di evitare ripercussioni sulla stabilità finanziaria degli organismi di telecomunicazioni operanti negli Stati membri³⁴;

2) servizi espressamente esclusi (telex, radiotelefonia, paging, satellite) e servizi non rientranti nella definizione "servizi di telecomunicazioni" (radiodiffusione e televisione);

3) installazione e gestione delle infrastrutture³⁵.

Queste "esclusioni" sono state gradualmente eliminate con le direttive di liberalizzazione.

In questo paragrafo si intende esaminare l'ultima di tali direttive, la 96/19 c.d. "full competition". Essa è considerata il completamento dell'opera di apertura alla concorrenza dei servizi e delle infrastrutture di telecomunicazioni.

Tale direttiva, infatti, dà una spinta decisiva al processo di liberalizzazione proprio con l'abbattimento dei limiti all'apertura del mercato delle infrastrutture³⁶.

³³ Al considerando n. 19 si legge infatti che, posto che in quasi tutti gli Stati membri esiste una differenza sostanziale tra le due tariffe, un riequilibrio improvviso, non prolungato nel tempo, potrebbe compromettere la stessa possibilità, da parte del gestore pubblico, di fornire il servizio di trasmissione dati. Al fine di consentire un riallineamento delle tariffe dilazionato occorre, pertanto obbligare temporaneamente gli operatori privati a non procedere alla semplice rivendita di capacità di linee affittate.

³⁴ Cfr. Considerando n. 18 della direttiva 90/388, laddove si legge che "l'articolo 90 (2) del Trattato consente di derogare all'applicazione articoli 59 e 86 del Trattato laddove tale applicazione ostacolerebbe il compimento, in legge o in fatto, della particolare funzione assegnata alle organizzazioni di telecomunicazione. Tale funzione consiste nella fornitura e nello sfruttamento della rete universale, cioè della rete avente generale copertura geografica, e nella fornitura a ogni fornitore di servizio o utilizzatore su richiesta entro un intervallo di tempo ragionevole. Le risorse finanziarie per lo sviluppo della rete sono ancora ricavate prevalentemente dalla gestione del servizio di telefonia. Conseguentemente, l'apertura della telefonia vocale alla competizione potrebbe compromettere la stabilità finanziaria delle organizzazioni di telecomunicazione. Il servizio di telefonia vocale, sia esso fornito dalla attuale rete telefonica o sia esso parte del servizio ISDN, è al momento il mezzo più importante per effettuare servizi di emergenza a tutela della sicurezza pubblica".

³⁵ Benché questa categoria non fosse esclusa espressamente, non esisteva alcuna disposizione che ne prevedesse la liberalizzazione. Del resto, in un primo momento, diffusa era l'opinione di quanti ritenevano che un'unica infrastruttura aperta a una pluralità di servizi fosse la condizione ideale dal punto di vista economico, consentendo tale situazione il conseguimento di economie di scala (cfr. Relazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 3/9/96 sulla riforma del settore delle comunicazioni, paragrafo 10 dell'allegato). La Commissione ha ritenuto invece che la concorrenza tra i fornitori di servizi (inclusi la telefonia vocale) potrà realizzarsi solo se ai nuovi concorrenti verrà garantita la possibilità di scegliere tra più infrastrutture di base.

³⁶ L'infrastruttura è l'insieme hardware e software degli apparati tecnici necessari a gestire una rete di telecomunicazioni e i servizi forniti su di essa.

La Commissione ha osservato in tale direttiva, infatti, che le direttive di armonizzazione e liberalizzazione già emanate hanno raggiunto il loro scopo solo in parte: gli organismi di telecomunicazioni, anche negli Stati membri che hanno prontamente recepito le direttive, continuano a godere della loro posizione di monopolio. "Il fatto di riservare - ritiene la Commissione - a un'impresa che commercializza servizi di telecomunicazioni il compito di fornire la materia prima indispensabile, ossia la capacità di trasmissione, a tutti i suoi concorrenti, equivarrebbe a conferirle la capacità di determinare a suo piacimento dove e quando i servizi possono essere offerti dai suoi concorrenti, a quali costi, nonché controllare i clienti e il traffico prodotto dai concorrenti stessi, ponendo detta impresa in posizione tale da essere indotta ad abusare della propria posizione dominante"³⁷.

La telefonia vocale, ritiene quindi la Commissione, non avrebbe potuto beneficiare in pieno del nuovo regime di liberalizzazione, in quanto il gestore dell'infrastruttura pubblica avrebbe inevitabilmente gestito la sua esclusiva in modo da danneggiare i concorrenti nel mercato dei servizi, costretti a rivolgersi ad esso in quanto unico fornitore di capacità di linee.

E' interessante osservare il cambiamento di prospettiva, riguardo alla concorrenza nel mercato delle infrastrutture, avvenuto rispetto alla direttiva 90/388. Al riguardo, infatti, in tale direttiva si legge che l'introduzione di un sistema concorrenziale "ostacolerebbe il compimento, in legge o in fatto, della particolare funzione assegnata alle organizzazioni di telecomunicazione, e cioè la fornitura e lo sfruttamento della rete universale"³⁸.

La Commissione intende, inoltre, risolvere il problema del conflitto di interessi che sorge quando il gestore delle infrastrutture assolve anche il ruolo di gestore di servizi. I tali casi infatti, il gestore tende ad impiegare il controllo sulle condizioni di accesso alla rete, di cui dispone, a scapito dei suoi concorrenti nel mercato dei servizi. Anche in un mercato concorrenziale dei servizi, infatti, il gestore delle infrastrutture dispone di un innegabile privilegio: il possesso della preziosa mole di informazioni riguardanti gli utenti della rete, la loro dislocazione territoriale, le loro abitudini di utilizzo del servizio ecc. Il rimedio più opportuno per questo conflitto di interessi, ritiene la Commissione, consiste proprio nel consentire ai fornitori di servizi l'utilizzo di infrastrutture proprie o di terzi, per fornire il servizio all'utente finale senza appoggiarsi all'infrastruttura del gestore di servizi concorrente³⁹.

La Commissione ritiene, in conclusione, che una effettiva liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni potrà realizzarsi solo se verrà data la possibilità, ai fornitori di servizi, di scegliere fra più infrastrutture.

La necessità di accompagnare alla liberalizzazione della telefonia vocale anche la liberalizzazione delle infrastrutture fu sottolineata per la prima volta dalla Commissione nel Libro Verde sulle infrastrutture di telecomunicazione del 1994 e ufficialmente riconosciuta dal Consiglio nella risoluzione del 22 dicembre 1994.

³⁷ Cfr. 7° considerando direttiva 96/19. Anche l'Autorità Garante ha espresso sostanzialmente la stessa opinione nelle conclusioni dell'indagine conoscitiva sui servizi di trasmissione dati. Cfr., a tal proposito, Chiusura dell'indagine conoscitiva sulla trasmissione dati, Prov. n. 3145, del 13 luglio 1995, in Bollettino dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, n. 26-1995.

³⁸Cfr. Considerando n. 18, direttiva 90/388.

³⁹Cfr. Considerando n. 7, direttiva 96/19.

Sulla base di tali motivazioni viene emanata, il 13 marzo 1996, la direttiva “full competition” che, modificando la 90/388, dispone la liberalizzazione di tutti i servizi di telecomunicazioni e dell’installazione e gestione delle infrastrutture.

Il cuore normativo della direttiva full competition risiede nell’art. 1 2° paragrafo, che abolisce i diritti speciali ed esclusivi per la prestazione dei servizi di telecomunicazioni e per l’installazione e la gestione delle reti, e in particolare l’esclusiva relativa alla telefonia vocale.

Nel 1990, infatti, come sopra evidenziato, la Commissione aveva operato una deroga temporanea all’articolo 90 (2) del Trattato, riguardo al mantenimento di diritti speciali od esclusivi per la fornitura del servizio di telefonia sulla base della motivazione che le risorse economiche per lo sviluppo della rete derivavano ancora prevalentemente dalla fornitura del servizio di telefonia e che pertanto una liberalizzazione del servizio avrebbe potuto compromettere la stabilità economica delle imprese di telecomunicazione e ostacolare il perseguimento dell’obiettivo di interesse generale loro assegnato, e consistente nella gestione di una infrastruttura pubblica⁴⁰.

2.3.1 IL REGIME AUTORIZZATORIO

Degna di attenzione è l’innovazione introdotta dalla direttiva 96/19 riguardo ai principi sulla natura giuridica dei provvedimenti amministrativi al cui rilascio gli Stati membri possono condizionare l’ingresso delle imprese nel mercato delle telecomunicazioni. Tali principi sono delineati dal 3° par. dell’art. 2 del nuovo testo della direttiva servizi, così come modificato dall’art. 2 della direttiva 96/19.

In base ad esso l’attività delle imprese nel mercato delle telecomunicazioni può essere condizionata a tre categorie di atti: “autorizzazione generale”, “licenza individuale” o semplice “dichiarazione” unilaterale. A regime di licenza possono essere sottoposti solo i servizi di telefonia vocale, di installazione di reti pubbliche fisse di telecomunicazioni, e di altre reti di telecomunicazioni basate sulle radio frequenze⁴¹. La fornitura di ogni altro servizio di telecomunicazione, invece, può essere soggetta solo ad autorizzazione generale o dichiarazione unilaterale.

Il 6 marzo 1997 è stata approvata dal Consiglio la direttiva di armonizzazione 97/13 il cui oggetto è proprio il raggiungimento di una disciplina comune⁴² in materia di autorizzazione generale e licenze

⁴⁰Cfr. considerando n.4, direttiva 96/19 e considerando n. 18, direttiva 90/388.

⁴¹La creazione o il mantenimento di un sistema di licenza individuali per la fornitura di tali servizi sarebbe giustificato dalla particolare natura di tali attività e dall’interesse pubblico ad esse sotteso (cfr. considerando n.10).

⁴²L’esigenza per una normativa comune, a livello comunitario, per assicurare un sistema di autorizzazioni e licenze aperto, trasparente e non discriminatorio, che fosse basato sul principio di proporzionalità, fu espressa nella comunicazione della Commissione del 25 gennaio 1995 sulla consultazione del Libro Verde del 1995 sulla liberalizzazione delle infrastrutture.

individuali nel campo delle telecomunicazioni, in applicazione dei principi generali enunciati nella direttiva 96/19.

In base a tale direttiva, l'autorizzazione generale dovrà essere rilasciata dall'autorità amministrativa in seguito a una mera verifica del possesso dei requisiti richiesti, che dovranno essere puntualmente determinati e pubblicati e dovranno soltanto assicurare il rispetto delle esigenze fondamentali⁴³.

Il rilascio di autorizzazioni e licenze potrà essere subordinato, allo scopo di garantire la fornitura del servizio universale, ad obblighi volti ad assicurare agli utenti determinate condizioni di permanenza, disponibilità e qualità dei servizi.

Il numero di autorizzazioni e licenze, inoltre, potrà essere limitato solo "al fine di assicurare un uso efficiente delle frequenze radio, nel rispetto delle regole comunitarie sulla concorrenza"⁴⁴.

2.3.2 L'INTERCONNESSIONE

Per una definizione di interconnessione, si veda quella contenuta nella direttiva 97/33, all'articolo 1, lettera (a): "il collegamento fisico e logico tra reti di telecomunicazione di un solo o di diversi gestori diretto a consentire agli utenti di un gestore di comunicare con gli utenti e di accedere a servizi dello stesso o di altro gestore". Tale definizione ricalca sostanzialmente quella contenuta all'art. 1 direttiva 96/19.

In altri termini, l'interconnessione consiste nel collegamento tra diverse reti di telecomunicazioni, realizzato in modo da consentire il trasferimento dei segnali di comunicazione da una rete all'altra.

Si comprende, pertanto, che l'interconnessione entra in gioco solo in presenza dell'apertura alla concorrenza del mercato delle infrastrutture. Solo in questo caso, infatti, si rende necessario consentire il collegamento tra le molteplici reti presenti, altrimenti incapaci di accedere ai terminali (e quindi agli utenti) di ogni rete. La concorrenza nel mercato dei soli servizi, invece, non richiede il collegamento tra reti di telecomunicazioni separate, ma semplicemente il libero accesso all'unica infrastruttura esistente. Si comprende, così, come, in un primo tempo, la politica comunitaria delle telecomunicazioni si fosse concentrata sulle condizioni di accesso alle reti pubbliche da parte delle imprese fornitrici dei servizi liberalizzati. L'unico tipo di interconnessione prevista dalle direttive comunitarie, prima della fondamentale apertura del mercato delle infrastrutture operata dalla direttiva "full competition", era quella relativa al collegamento delle linee affittate tra loro e con la rete pubblica (cfr. dir. 92/44 CEE, art. 6, par. 1), al collegamento tra le reti pubbliche fisse di gestori di diversi Stati membri (onde garantire la possibilità di effettuare telefonate all'interno della Comunità) e al collegamento tra le reti pubbliche fisse e le reti di telefonia mobile (dello

⁴³ Cfr. art. 5, paragrafi 1 e 2, direttiva 97/13.

⁴⁴ Cfr. art. 10, direttiva 97/13.

stesso o di altri Stati membri), per consentire le telefonate da/per i cellulari nazionali ed esteri (dir. 95/62, art. 11, par. 1).⁴⁵

L'aspetto della interconnessione delle reti è uno dei punti più delicati della liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni.

I nuovi concorrenti, infatti, per poter offrire un servizio competitivo, sono obbligati a collegare la loro nuova infrastruttura, necessariamente limitata e circoscritta geograficamente, a quella pubblica preesistente, in modo da poter offrire servizi non limitati, ma estesi a tutti gli abbonati esistenti. La costruzione di nuove infrastrutture alternative, d'altro canto, presenta costi elevatissimi, specie a livello locale⁴⁶, quando non sia del tutto vietata per legge.

Il gestore pubblico, tuttavia, ha interesse ad ostacolare o ritardare l'interconnessione, in quanto questa comporta l'ingresso nel mercato di nuovi concorrenti. Questi ultimi, all'opposto, hanno molto di più da guadagnare dall'interconnessione rispetto al gestore pubblico; essi, infatti, essendo dotati di una rete limitata geograficamente sono fortemente interessati ad accedere ("interconnettersi") alla rete (capillarmente diffusa in tutta la nazione) e agli utenti raggiunti dal gestore principale onde ampliare le loro fonti di profitto.

In previsione di questo inevitabile conflitto, che può agevolmente riflettersi in pratiche anticoncorrenziali e in abuso di posizione dominante, la direttiva 96/19 prevede una serie di strumenti che garantiscono l'interconnessione tra le nuove reti e l'infrastruttura del gestore pubblico a condizioni eque, e che sono volte ad impedire comportamenti ostruzionistici o discriminatori da parte di quest'ultimo.

Appare opportuno osservare che la regolamentazione normativa dell'obbligo e delle modalità di interconnessione è determinante soprattutto nel momento iniziale dell'apertura alla concorrenza del mercato delle reti; in tale momento, infatti, è più forte l'esigenza di rendere disponibili a tutti le poche infrastrutture esistenti. La corretta applicazione dell'obbligo di interconnessione consente infatti di evitare inutili duplicazioni di strutture, e di ridurre i costi iniziali per i nuovi concorrenti, che possono utilizzare le infrastrutture esistenti a condizioni eque e non discriminatorie, nonché acquistare e rivendere i servizi offerti dall'operatore in posizione dominante⁴⁷.

Il ruolo della regolamentazione dell'interconnessione diventa invece più sfumato in un momento successivo quando, creato un numero sufficiente di reti tra loro in concorrenza, potrà affidarsi al mercato il compito di determinare le condizioni per il loro utilizzo.

La direttiva in questione prevede l'obbligo, per gli operatori, di pubblicare le condizioni di interconnessione con i componenti funzionali di base "ivi

⁴⁵ Anche il trattato di Maastricht fissa l'obiettivo della creazione di reti transeuropee. A tal proposito si legga l'art. 129B: "nel quadro di un sistema di mercati aperti alla concorrenza, l'azione della comunità mira a favorire l'interconnessione e l'interoperabilità delle reti nazionali, nonché l'accesso a tali reti".

⁴⁶ Si pensi alle difficoltà tecniche, economiche e burocratiche, legate all'allaccio delle case degli utenti di un'area ad elevata urbanizzazione, come quella di una grande città.

⁴⁷ F. Bassan, *La concorrenza nelle tlc: riflessioni a margine della recente riforma statunitense*, *Diritto del commercio internazionale*, 1996, p. 493.

compresi i punti di interconnessione, le interfacce ed i relativi prezzi" (articolo 4bis, paragrafo 2, testo consolidato direttiva 90/388). E' prevista (articolo 4bis, paragrafo 3), inoltre, la possibilità che gli operatori, su richiesta, possano negoziare liberamente accordi di interconnessione per accessi speciali alla loro rete commutata o per rispondere alle esigenze specifiche di altri operatori⁴⁸. Nel caso in cui le parti non riescano ad accordarsi, la direttiva prevede (articolo 4bis, paragrafo 3) un intervento sostitutivo di autorità statali che emanino provvedimenti per stabilire in modo vincolante le condizioni tecniche ed economiche di interconnessione, al fine di non ritardare la concreta possibilità di accesso al mercato degli operatori che chiedono l'interconnessione⁴⁹.

La direttiva introduce, inoltre, sistemi di contabilità analitici e trasparenti che consentano di identificare i costi associati ai singoli elementi dell'interconnessione, tra cui eventualmente anche gli oneri aggiuntivi dovuti per il finanziamento del servizio universale (articolo 4bis, paragrafo 4).

Occorre osservare, relativamente alla disciplina comunitaria sull'interconnessione, che l'11/6/97 è stata approvata la direttiva 97/33 sull'interconnessione, per il cui esame si rimanda al paragrafo 3.3.

A tal proposito è stato opportunamente precisato che la direttiva 96/19 afferma il diritto all'interconnessione solo nei confronti degli ex-gestori pubblici⁵⁰, pur non essendo presente nella direttiva alcuna specificazione al riguardo. L'art. 90, paragrafo 3 del Trattato, base giuridica delle direttive emanate dalla Commissione, recita, infatti: "la Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del *presente* articolo, rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive e decisioni". L'articolo 90, invero, sottopone alla disciplina della concorrenza del Trattato, solo le "imprese incaricate" (dallo Stato) "della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale". Resterebbero pertanto escluse dalla competenza della Commissione direttive riguardanti le imprese di telecomunicazione prive di incarichi statali.

Più ampia portata deve attribuirsi, al contrario, alla direttiva 97/33 che, essendo emanata in seguito alla procedura di codecisione di Parlamento e Consiglio, prevista dagli articoli 100A e 189B, non soffre dei limiti intrinseci delle direttive emanate sulla base dell'art. 90 paragrafo 3.

⁴⁸ L'art. 3 paragrafo 1 della direttiva 11 giugno 1997 n. 33 sull'interconnessione nelle telecomunicazioni obbliga gli Stati Membri a rimuovere ogni restrizione sulla possibilità, da parte delle imprese di telecomunicazione, di negoziare liberamente tra di loro accordi relativi alle condizioni tecniche e commerciali di interconnessione nel rispetto, oltretutto delle disposizioni di armonizzazione contenute nella direttiva, delle norme del Trattato sulla concorrenza.

⁴⁹ Una procedura simile è stata prevista dal Telecommunications Act del 1996, che ha riformato recentemente la normativa statunitense delle tlc. Esso prevede l'obbligo per gli operatori di servizi di tlc, di consentire l'interconnessione con la propria rete a condizioni "eque, ragionevoli e non discriminatorie" (sect. 251, c. 2, D) con una qualità "almeno uguale a quella che l'operatore assicura a se stesso e a qualunque altra parte cui fornisca l'interconnessione" (sect. 251, c. 2, B). La riforma impone a carico degli operatori in posizione dominante l'obbligo di condurre, nella fase di negoziazione dei termini e delle condizioni di interconnessione alla propria rete, negoziati in buona fede e di raggiungere un accordo con i concorrenti (sec 252, c. 1). Nel caso di rifiuto a negoziare o di mancato accordo, la procedura prevede un arbitrato obbligatorio. L'accordo così raggiunto è sottoposto all'approvazione di una commissione statale, che può respingerlo se discriminatorio o incompatibile con l'interesse pubblico. Se nemmeno l'intervento della commissione statale serve a giungere ad un accordo, la competenza passa alla FCC (Federal Communication Commission, l'ente federale che regola il settore delle comunicazioni in tutti gli Stati Uniti).

⁵⁰ P. Cassinisis, op. cit., nota n. 82.

2.3.3 IL SERVIZIO UNIVERSALE

La liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni promossa dalla Comunità Europea, include il servizio universale tra gli obiettivi che gli Stati membri devono rispettare nell'adozione di misure di apertura del mercato delle telecomunicazioni.

L'allegato I al Libro Verde sulle infrastrutture di telecomunicazione del 1995, II parte, definisce il servizio universale come "un insieme minimo definito di servizi di determinata qualità disponibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali, ad un prezzo abbordabile"⁵¹.

Quanto al contenuto specifico del "servizio universale", una sua prima specificazione normativa è stata attuata dalla direttiva 95/62 (sull'applicazione del principio ONP alla telefonia vocale) che include nel servizio universale la telefonia vocale. Tale servizio, si legge nella direttiva, "deve essere garantito a chiunque ne faccia richiesta all'interno della Comunità, nel rispetto del principio di non discriminazione, anche relativamente alla disponibilità dell'accesso tecnico, alle tariffe, alla qualità del servizio, al tempo di consegna, alla equa distribuzione di capacità nel caso di scarsità di risorse, ai tempi di intervento e riparazione, alla fornitura dei servizi di informazione e assistenza al cliente"⁵².

In base a tale direttiva rientrerebbero, inoltre, nel servizio universale, la fornitura di servizi di assistenza tramite operatore, servizi di emergenza e informazioni, l'installazione di telefoni pubblici; resterebbe esclusa (art. 1 direttiva 95/62), invece, la telefonia mobile, che viene configurata come un servizio supplementare.⁵³ Tale servizio è stato ricompreso, invece, nella successiva elaborazione del concetto di servizio universale ad opera della dir. 97/33⁵⁴.

Il servizio universale, occorre osservare, è una nozione dinamica e in continua evoluzione, per il modificarsi delle esigenze sociali e dello sviluppo tecnologico. Così, se in passato nel "servizio universale", poteva ritenersi inclusa la mera fornitura del servizio di telefonia vocale, con il progresso tecnologico e l'incidenza raggiunta nella vita quotidiana dai servizi di

⁵¹ Tale definizione è stata mantenuta invariata dall'articolo 2 (g), direttiva 97/33.

⁵² Considerando n. 8 direttiva 95/62.

⁵³ L'esclusione della telefonia mobile, tuttavia, appariva temporanea già poco dopo l'emanazione della direttiva: era già stato avviato presso il Consiglio UE, infatti, un dibattito sia sulla possibilità di allargare la portata del servizio universale a taluni servizi mobili, sia di ripartire il costo netto del servizio universale anche con gli operatori di tali servizi. A quest'ultima proposta si sono strenuamente opposti gli operatori di telefonia mobile, sostenendo che le elevate tariffe di interconnessione (non orientate ai costi) che essi sono costretti a corrispondere agli operatori delle reti fisse rappresentano già una forma di finanziamento al servizio universale. Cfr. P. Cassinisi, op. cit., p. 278.

⁵⁴ I servizi elencati dall'allegato I alla direttiva, ricompresi nel servizio universale, sono tra gli altri i servizi di telefonia vocale su rete fissa e mobile, il servizio di linee affittate, le comunicazioni fax almeno del gruppo III, la trasmissione di dati nella banda vocale attraverso modem ad una velocità minima di 2.400 bit/s, l'accesso gratuito ai servizi di emergenza, la fornitura dei servizi tramite operatore, la fornitura dell'elenco degli abbonati.

telecomunicazione tecnologicamente avanzati, non potrebbero al giorno d'oggi restare esclusi dal servizio universale servizi quali il fax, il collegamento a Internet, o servizi telefonici "a valore aggiunto". La stessa direttiva 95/62 già considerava auspicabile che fosse "offerto agli utenti, in aggiunta al servizio base di telefonia vocale e tenuto conto della sua realizzabilità economica, un pacchetto minimo di servizi di telefonia vocale avanzata".

E' prevedibile, pertanto, un costante ampliamento della nozione di servizio universale. In tal senso sono i considerando del Parlamento Europeo e del Consiglio nella direttiva 97/33 sull'interconnessione, dove si legge che "il concetto di servizio universale deve evolversi al passo con i progressi tecnologici, gli sviluppi del mercato e i mutamenti nella domanda degli utenti" e che "nuove condizioni per la fornitura del servizio universale saranno fissate nelle future modifiche a questa direttiva"⁵⁵.

Gli obblighi del servizio universale dovevano essere imposti dagli Stati membri (articolo 4-quater, testo consolidato direttiva 90/388) agli "organismi di telecomunicazione", cioè agli "enti pubblici o privati, ivi comprese le consociate da essi controllate, ai quali uno Stato membro concede diritti speciali o esclusivi per l'installazione di reti pubbliche di telecomunicazione ed, eventualmente, per la fornitura di servizi di telecomunicazione"⁵⁶. Il costo netto relativo agli obblighi di prestazione del servizio universale, tuttavia, poteva essere ripartito anche con "altri organismi" purchè:

a) gli oneri riguardassero esclusivamente le imprese fornitrici di reti pubbliche di telecomunicazioni;

b) l'onere fosse assegnato ad ogni impresa sulla base di criteri di oggettività e non discriminazione e in conformità del principio di proporzionalità.

Si trattava, comunque, di una disposizione provvisoria, dato che, come è noto, dal 1° gennaio 1998, anche gli ultimi diritti esclusivi dovevano cadere. Da questa data, infatti, non esistono più gli "organismi di telecomunicazioni", in passato esclusivi titolari dell'obbligo di fornitura del servizio universale.

Si è reso pertanto necessario un aggiornamento del sistema di ripartizione degli oneri derivanti dal servizio universale. Già poco dopo l'approvazione della dir. 96/19 veniva osservato da alcuni⁵⁷ che la disciplina sul servizio universale (in seguito alla cessazione del monopolio per la telefonia vocale) avrebbe dovuto ispirarsi a quella degli Stati in cui i diritti speciali ed esclusivi per la telefonia vocale erano già stati aboliti⁵⁸ e che quindi era auspicabile che a occuparsi del servizio dovessero essere quegli operatori che disponessero di una "significativa" quota di mercato o che comunque godessero di una posizione dominante in una determinata parte del territorio.

⁵⁵ Considerando n. 7 direttiva 97/33.

⁵⁶ La definizione è contenuta nell'art. 1 direttiva 90/387.

⁵⁷ P. Cassinisi, op. cit., p. 279.

⁵⁸ La riforma delle telecomunicazioni francese, approvata dal parlamento nel giugno 1996, prevede che il finanziamento dei costi imputabili alla fornitura del servizio universale è assicurato da tutti gli operatori che gestiscono reti aperte al pubblico e dai fornitori del servizio di telefonia al pubblico.

In effetti proprio in tale direzione si sono mosse le istituzioni comunitarie, con le disposizioni contenute nelle dir. 97/33 (sull'interconnessione) e 98/10 (sull'applicazione del regime di fornitura di una rete aperta (ONP) alla telefonia vocale e sul servizio universale delle telecomunicazioni in un ambiente concorrenziale).

La direttiva 97/33 sull'interconnessione (che mira a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta ONP) prevede, a norma dell'articolo 5, paragrafo 1, che gli Stati membri possono creare meccanismi di ripartizione dei costi netti degli obblighi di servizio universale con altri organismi che gestiscono reti pubbliche di telecomunicazione e/o servizi di telefonia vocale a disposizione del pubblico.

Tale norma è richiamata pure dalla dir. 98/10⁵⁹ all'art. 4, laddove prevede i meccanismi di finanziamento dei servizi ricompresi nel servizio universale.

Anche la direttiva "full competition" fissa dei principi per il finanziamento del servizio universale.

In particolare gli Stati possono prevedere (art. 4-quater testo consolidato direttiva 90/388) meccanismi di finanziamento del servizio universale nel caso che quest'ultimo possa essere realizzato solo in perdita o con costi non conformi alle normali condizioni commerciali⁶⁰.

In ogni caso questi meccanismi di finanziamento non devono gravare oltre il necessario sulle imprese di telecomunicazione appena entrate nel mercato, al fine di non ritardare l'affermazione di un regime di concorrenza effettivo, e di non favorire il consolidamento della posizione dominante del gestore principale.

Gli Stati membri, inoltre, devono assicurare che a contribuire alla fornitura e/o al finanziamento del servizio universale siano solo i fornitori di reti pubbliche di telecomunicazioni e che il criterio di assegnazione degli obblighi sia basato su principi oggettivi e non discriminatori nel rispetto del principio di proporzionalità. Tale principio, tuttavia, non impedisce allo Stato di escludere dagli obblighi imprese che non abbiano ancora raggiunto una quota di mercato significativa⁶¹.

3 LE DIRETTIVE DI ARMONIZZAZIONE

3.1 LA DIRETTIVA 90/387 OPEN NETWORK PROVISION

⁵⁹ Tale direttiva ha come obiettivo di assicurare la disponibilità in tutta la Comunità di servizi telefonici pubblici fissi di buona qualità e definisce l'insieme di servizi ai quali tutti gli utenti dovrebbero avere accesso nel contesto del servizio universale alla luce delle specifiche condizioni nazionali, a prezzi abbordabili.

⁶⁰ Cfr. anche art. 5 direttiva 97/33 sull'interconnessione.

⁶¹ Cfr. considerando n. 19 direttiva 96/19. Cfr. pure considerando n.8 direttiva 97/33 sull'interconnessione.

La Commissione riteneva nel Libro Verde che le direttive di liberalizzazione dovessero essere seguite da direttive di armonizzazione, il cui obiettivo doveva essere quello di conseguire, nel lungo periodo, la fornitura di una rete aperta (open network provision ovvero ONP) che garantisse lo sviluppo di un mercato di telecomunicazioni paneuropeo. La Commissione riteneva, cioè, che l'obiettivo del libero mercato europeo nei servizi di telecomunicazione doveva essere conseguito gradualmente, attraverso la definizione dettagliata delle condizioni di accesso all'infrastruttura pubblica e la creazione di principi comuni che i gestori pubblici dovevano rispettare nel prevedere le condizioni di accesso di privati e dei fornitori di servizi in concorrenza.

Come è stato giustamente osservato, l'ONP è la contropartita necessaria per poter accettare il monopolio delle amministrazioni delle telecomunicazioni in materia di infrastrutture di rete⁶². L'ONP assicura infatti, con la previsione obbligatoria delle condizioni di accesso alla rete, la libertà di tutti gli operatori del mercato delle telecomunicazioni di fornire i loro servizi, anche in assenza di reti di loro proprietà.

L'ONP è visto, dunque, come lo strumento più adeguato per giungere a un mercato di servizi pan-europeo in cui i fornitori di servizi possono fare uso della rete di telecomunicazione nei diversi Stati membri in base a principi comuni.

In applicazione di questi principi, il Consiglio ha adottato il 28 giugno 1990 (lo stesso giorno della direttiva "servizi") la direttiva 90/387 "ONP" sulla base della convinzione che certe restrizioni, vigenti in alcuni Stati membri, sull'accesso alle reti pubbliche, erano eccessive e le condizioni di utilizzo discriminanti o ingiuste verso nuovi operatori, e che un mercato paneuropeo di telecomunicazioni non poteva nascere senza il libero accesso alle reti pubbliche di ogni Stato membro.

Tale direttiva intende, appunto, promuovere il libero accesso alla rete pubblica e armonizzare le condizioni d'uso affinché chiunque possa fare il suo ingresso nel mercato delle telecomunicazioni e offrire servizi anche in competizione con l'operatore pubblico, in condizioni di equità.

La direttiva 90/387 è stata modificata dalla direttiva 97/51, al fine di adattare al nuovo contesto concorrenziale delle telecomunicazioni.

Le condizioni di fornitura di una rete aperta, si legge all'art.1 del testo consolidato, "sono volte ad agevolare la fornitura di reti e/o di servizi pubblici di telecomunicazioni, negli e tra gli Stati membri" e "mirano a:

- assicurare la disponibilità di un pacchetto minimo di servizi,
- garantire l'accesso e l'interconnessione alle reti e ai servizi pubblici di telecomunicazione,
- incoraggiare la fornitura di servizi di telecomunicazioni armonizzati a beneficio degli utenti, individuando e promuovendo su base facoltativa le interfacce tecniche armonizzate per un accesso e una interconnessione aperti ed efficienti, nonché le correlative norme e/o specifiche,

⁶² Ungerer - Costello, Le tlc in europa, p. 228.

- garantire la fornitura del servizio universale nel settore delle telecomunicazioni, tenendo conto degli sviluppi futuri, in tutta la Comunità".

Le condizioni di utilizzo della rete, pertanto, devono basarsi su criteri oggettivi, essere trasparenti e non discriminatorie (articolo 3, paragrafo 1).

L'accesso alla rete, prevede inoltre la direttiva, deve essere sempre assicurato, con la sola eccezione dei casi in cui è necessario garantire i "requisiti essenziali" della rete. Al fine di evitare ogni possibile abuso, tali casi sono stati definiti con precisione: la necessità di garantire la sicurezza, l'integrità della rete, l'interoperabilità dei servizi e la protezione dei dati (articolo 3, paragrafo 5).

3.2 LA DIRETTIVA 92/44 SULL'APPLICAZIONE DELLA FORNITURA DI UNA RETE APERTA (ONP) ALLE LINEE AFFITTATE.

Tale direttiva integra e precisa le disposizioni della direttiva 90/387 con riferimento alle linee affittate. Anche questa direttiva è stata soggetta a modifica ad opera della direttiva 97/51.

Le linee affittate sono, in base alla definizione contenuta nella direttiva 92/44 (testo consolidato), "le infrastrutture di telecomunicazioni che forniscono capacità di trasmissione trasparenti fra punti terminali di rete e che non includono la commutazione su richiesta (le funzioni di commutazione che possono essere controllate dall'utente nell'ambito della fornitura della linea affittata)".

Tali linee sono affittate dal gestore pubblico, per essere poi impiegate direttamente dalle imprese di telecomunicazioni per la fornitura dei loro servizi agli utenti o per essere poi messe a disposizione (in tutto o in parte) di altre imprese di telecomunicazioni

Risulta chiaro che, affinché la concorrenza nel mercato dei servizi sia pienamente realizzata, non basta prevedere e far rispettare libertà e condizioni armonizzate di accesso alle infrastrutture pubbliche, ma occorre garantire la stessa libertà e condizioni anche per le linee affittate da imprese di telecomunicazioni diverse dal gestore pubblico.

A tal fine, la direttiva 92/44 fissa le condizioni alle quali i fornitori di servizi di telecomunicazione possono accedere alle infrastrutture affittate.

La direttiva, pertanto, dispone la pubblicazione delle caratteristiche tecniche delle linee affittate, le tariffe applicabili (che devono essere orientate ai costi), le condizioni per la fornitura, l'uso e l'allacciamento di apparecchiature terminali, nonché i tempi tecnici di consegna e riparazione.

La direttiva prevede, inoltre, che l'accesso e l'uso di linee affittate non può essere limitato, se non in caso di garantire le esigenze fondamentali, e che l'interconnessione tra le linee affittate e tra le linee affittate e l'infrastruttura pubblica deve essere libera.

La direttiva 92/44 intende tutelare, pertanto, i nuovi fornitori di servizi che non possono, perché o la legge nazionale⁶³ o gli alti costi di realizzazione non lo permettono, munirsi di proprie infrastrutture di telecomunicazione. In tali casi, la pronta disponibilità di linee affittate, garantita da condizioni di fornitura eque e non discriminatorie, si rivela essenziale per l'apertura del mercato dei servizi di telecomunicazioni alla concorrenza.

E' opportuno osservare che, anteriormente alla riforma operata dalla direttiva 96/19, che ha liberalizzato anche il mercato delle reti, i destinatari degli obblighi previsti dalla direttiva 92/44 erano esclusivamente gli organismi di telecomunicazione pubblici. Adesso, invece, qualsiasi operatore di tlc che operi nel mercato delle reti, deve rispettare le disposizioni di tale direttiva.

3.3 LA DIRETTIVA 97/33 SULL'INTERCONNESSIONE ED IL SERVIZIO UNIVERSALE

Tale direttiva di armonizzazione mira a completare il processo di liberalizzazione compiuto, da ultimo, con la direttiva 96/19, dettando disposizioni volte a rendere omogeneo all'interno del mercato comunitario delle telecomunicazioni le condizioni giuridiche e tecniche sull'interconnessione⁶⁴ tra le reti e l'interoperabilità tra i servizi, a garantire la fornitura del servizio universale sullo sfondo di un mercato unico aperto e concorrenziale, nonché a prevedere condizioni omogenee per l'interconnessione e il libero accesso alle infrastrutture e servizi pubblici.⁶⁵

Due sono i settori in cui la direttiva introduce le principali innovazioni: l'interconnessione e la fornitura del servizio universale.

Si è già accennato, nel paragrafo 2.3.2, all'importanza che l'interconnessione riveste nel programma di liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni. Si è anche sottolineato come il problema della interconnessione tra reti fisse sia sorto solo con la direttiva "full competition", in quanto in precedenza il mercato delle infrastrutture era sottoposto a regime di monopolio.

Si vuole ora procedere brevemente all'esame delle disposizioni principali della direttiva 97/33 sull'argomento.

Tale direttiva tende a dettare un quadro normativo stabile che, grazie anche all'aiuto delle autorità nazionali di regolamentazione, garantisca condizioni efficaci di interconnessione, accesso ed interoperabilità favorendo in tal modo lo sviluppo di reti e servizi su scala comunitaria e, allo stesso tempo, restringendo le possibilità dei gestori dominanti di sfruttare la loro posizione privilegiata con l'adozione di pratiche anticoncorrenziali, ferma restando la sempre possibile applicazione delle norme del Trattato sulla concorrenza⁶⁶.

⁶³In seguito all'emanazione della direttiva 96/19, tuttavia, gli Stati devono garantire la libera concorrenza nel mercato delle infrastrutture di telecomunicazione.

⁶⁴ Per una definizione di interconnessione, si rimanda al par. 2.3.2.

⁶⁵ Cfr. Art. 1 direttiva 97/33.

⁶⁶ Si veda il considerando n. 26 direttiva 97/33.

Con tali disposizioni si intende consentire a tutti gli operatori dei diversi Stati membri di entrare direttamente in competizione tra loro nel mercato unico europeo delle telecomunicazioni.

Tale direttiva, occorre premettere, avendo base giuridica nell'articolo 100A del Trattato, non soffre dei limiti propri della direttiva 96/19, e si rivolge pertanto a tutti gli organismi di telecomunicazione, e non solo a gestori o ex-gestori pubblici.

In particolare, l'articolo 4 prevede, nei confronti di tutti i gestori, specifici obblighi di concedere l'interconnessione e l'accesso, alle imprese di telecomunicazione, alla rete e ai servizi. Viene altresì previsto, al fine di non gravare eccessivamente sui gestori che non abbiano ancora raggiunto una significativa quota di mercato⁶⁷, o che si trovino nell'impossibilità tecnica o economica di fornire l'interconnessione richiesta, il potere dell'autorità di regolamentazione nazionale di limitare, caso per caso e su base temporanea, gli obblighi di interconnessione.

Degni di attenzione sono, inoltre, gli articoli 6 e 7, che prevedono altri specifici obblighi per gli operatori che detengono una significativa quota di mercato.

La lettera (a) dell'articolo 6 impone a questi operatori il rispetto del principio di non discriminazione, e cioè l'applicazione di condizioni contrattuali uguali, a parità di situazioni e di servizi, e la fornitura di un'interconnessione di pari qualità a quella adottata per i propri servizi.

L'articolo 6 prevede, poi, obblighi di trasparenza: l'obbligo di fornire, su richiesta delle imprese interessate all'interconnessione, tutte le informazioni necessarie alla conclusione di un accordo, senza escludere le modifiche alla rete programmate nei sei mesi successivi⁶⁸; l'obbligo di comunicare gli accordi di interconnessione all'autorità nazionale di regolamentazione, e alle parti interessate che ne facciano richiesta, ad eccezione della parte dell'accordo che riguarda la strategia commerciale; l'obbligo di utilizzare le informazioni ricevute dalle imprese interessate all'interconnessione ai soli fini del raggiungimento di un accordo e di non diffonderle ad altre società controllate o ad altri settori della propria organizzazione che potrebbero trarne ingiusto profitto.

L'articolo 7 fissa, per quanto riguarda le tariffe di interconnessione, i principi della trasparenza e del prezzo orientato ai costi. Le autorità nazionali dovranno assicurare la pubblicazione di un piano tariffario di interconnessione, che dovrà essere sostanzialmente rispettato, al di fuori di giustificate eccezioni.

La direttiva fissa il principio, inoltre, per cui le imprese autorizzate alla fornitura di servizi e infrastrutture devono essere libere di negoziare accordi di interconnessione su base commerciale nel rispetto del diritto Comunitario, sotto il controllo delle autorità nazionali di regolamentazione⁶⁹.

⁶⁷ L'articolo 4, paragrafo 2, considera significativa una quota di mercato che superi il 25%, a meno di particolari condizioni di mercato che potrebbero far slittare in alto o in basso tale limite.

⁶⁸ Articolo 6, lettera (b), direttiva 33/97.

⁶⁹ Articolo 4, paragrafo 1, e considerando n. 5, direttiva 33/97.

L'altro importante settore della disciplina delle telecomunicazioni interessato dalle innovazioni della direttiva 97/33 è l'obbligo della fornitura del servizio universale.

Per una definizione di servizio universale, e per un'analisi del suo contenuto in continua evoluzione, si rimanda al paragrafo 2.3.3.

Si è osservato, al riguardo, che la direttiva in questione ha espresso la necessità di un continuo aggiornamento degli specifici contenuti dell'obbligo di fornitura del servizio universale, che devono procedere di pari passo con i progressi tecnologici, gli sviluppi del mercato e i mutamenti nella domanda degli utenti. La direttiva, inoltre, contribuisce all'aggiornamento del contenuto del servizio universale, ampliando la definizione originaria contenuta nella direttiva 95/62 e inserendovi, tra l'altro, la telefonia mobile.

Con riguardo, invece, al servizio ISDN, (integrated service digital network, ovvero rete digitale di servizi integrati), essa si limita solo a "preparare" l'imminente inclusione del servizio ISDN nella fornitura del servizio universale.

Il parlamento e il Consiglio, infatti, ritengono che gli Stati Membri debbano incoraggiare l'introduzione di nuove tecnologie su vasta scala, e, benché il servizio ISDN non sia ancora accessibile alla maggioranza degli utenti comunitari e non sia ancora incluso nel servizio universale, è opportuno considerare il suo inserimento entro un termine ragionevole⁷⁰.

La direttiva 97/33 sull'interconnessione prevede espressamente che gli Stati membri potranno spartire i costi relativi alla fornitura del servizio universale tra i gestori di infrastrutture e del servizio di telefonia vocale, qualora questi costituiscano fardello eccessivo sulle spalle di un solo gestore (articolo 5, paragrafo 1, direttiva 97/33); essa prevede, inoltre, che del servizio universale possano anche essere incaricati più gestori⁷¹.

La direttiva 97/33 pone, inoltre, la giusta enfasi sul problema dell'assegnazione dei numeri, che costituiscono una risorsa limitata ed essenziale, e che pertanto non possono essere direttamente controllati dal gestore di telecomunicazioni, ma richiedono un'oculata attività di assegnazione da parte dell'organismo di regolamentazione nel rispetto del principio di proporzionalità, trasparenza e non discriminazione⁷². Gli stessi organismi di controllo possono fissare condizioni per l'utilizzo di prefissi o di codici numerici speciali, in particolare quando questi siano usati per servizi di interesse pubblico (numeri gratuiti, servizi a pagamento, servizi di informazione abbonati, servizi di emergenza)⁷³ e provvedono alla pubblicazione dei piani numerici nazionali.

Viene inoltre auspicata l'introduzione al più presto possibile, in seguito all'"incoraggiamento" degli organismi di regolamentazione, della

⁷⁰ Cfr. considerando n. 8, direttiva 97/33. Si consideri, del resto, che la trasmissione dati su rete commutata inclusa nel pacchetto di servizio universale, prevede una velocità minima di appena 2.400 bps (assolutamente insufficiente per un uso normale) mentre lo standard ISDN garantisce un minimo di 64.000 bps.

⁷¹ Cfr. considerando n. 8, direttiva 97/33, dove si legge che "negli Stati membri possono esserci più di un gestore con obblighi di servizio universale".

⁷² Cfr. considerando n. 15 e art. 12, direttiva 97/33.

⁷³ Articolo 12, paragrafo 3, direttiva 97/33.

"trasportabilità" del numero telefonico, cioè della possibilità di conservare il proprio numero di telefono di casa a prescindere dall'effettiva diversa ubicazione dell'utente. Tale servizio dovrà comunque essere attuato, almeno nelle città maggiori, entro il 1° gennaio 2003⁷⁴.

4. IL SECONDO OGGETTO DELL'ATTIVITA' DELL'IMPRESA DI TELECOMUNICAZIONI: I SERVIZI TELEVISIVI.

Le disposizioni comunitarie esaminate finora si riferiscono alla tipica attività della impresa di telecomunicazioni. Le attività di radiodiffusione, invece, non sono state tradizionalmente associate a quelle di telecomunicazioni, ma sono state viste, anche dal punto di vista economico oltre che normativo, come attività separate.

La natura delle imprese che si occupano di televisione è pure assai diversa. Le imprese di telecomunicazioni sono prevalentemente dei fornitori di rete ed, eventualmente, di servizi (network provider e service provider), in cui l'attività principale consiste nella gestione della rete di telecomunicazioni ed (eventualmente) nella gestione dei vari servizi che possono essere forniti su di essa (ad esempio il servizio di telefonia). Le imprese coinvolte nella radiodiffusione, invece, sono innanzitutto fornitori di contenuti, la cui attività principale è proprio la distribuzione, ed, eventualmente, la produzione di programmi televisivi destinati al grande pubblico. Data la natura assai diversa delle due attività, le imprese richiedevano risorse e strutture organizzative diverse, così come sono le normative cui sono state sottoposte⁷⁵.

Dopo aver esaminato le disposizioni comunitarie relative alle telecomunicazioni, si vuole ora passare in rassegna le disposizioni relative alla seconda possibile attività dell'impresa di telecomunicazioni, le attività concernenti i servizi televisivi.

Occorre osservare, preliminarmente, che la normativa attuale, adotta l'approccio classico: essa è ideata per la televisione tradizionale, e non considera il nuovo fenomeno della convergenza, per ora solo in fase di studio da parte della Comunità (vedi paragrafo 4).

La disciplina comunitaria attualmente in vigore distingue con chiarezza le attività televisive tradizionali dai servizi di telecomunicazione. La direttiva 90/388 (dir. «servizi») che, come si è visto, liberalizza la fornitura di servizi di telecomunicazioni intesi come «servizi che consistono totalmente o parzialmente nella trasmissione e/o nell'instradamento di segnali su una rete

⁷⁴ Articolo 12, paragrafo 5, direttiva 97/33.

⁷⁵ Occorre osservare, ancora una volta, che le nuove tecnologie stanno mutando radicalmente le classificazioni tradizionali: grazie alla convergenza e alla possibilità di impiegare le reti di telecomunicazioni per la diffusione dei programmi, la struttura e il funzionamento della impresa audiovisiva si sta avvicinando sempre più a quello della impresa di tlc: basti pensare a Stream, la tv digitale via cavo, che ha cominciato la sua attività come service provider, offrendo un bouquet di canali preconfezionati e acquistati in blocco da content provider esterni. Solo recentemente è stato inaugurato un settore destinato alla produzione interna (peraltro molto limitata) di programmi audiovisivi.

di telecomunicazioni», prevede, infatti, che le «disposizioni della presente direttiva lasciano impregiudicate le norme specifiche stabilite dagli Stati membri in conformità con il diritto comunitario, sulla distribuzione di programmi audiovisivi destinati al grande pubblico e sul contenuto di tali programmi».

L'art. 1 della direttiva 89/552 (c.d. direttiva "senza frontiere"), d'altro canto, definisce la trasmissione televisiva come "la trasmissione, via cavo o via etere, nonché la ritrasmissione via satellite, in forma codificata e non codificata, di programmi televisivi destinati al pubblico. Il termine suddetto comprende la comunicazione di programmi effettuata tra le imprese ai fini della ritrasmissione al pubblico. La suddetta nozione non comprende invece i servizi di comunicazione che forniscono informazioni specifiche o altri messaggi su richiesta individuale, come la telecopiatura, le banche elettroniche di dati e servizi analoghi". L'interpretazione corrente⁷⁶ è nel senso di far rientrare in questa definizione, oltre alla televisione tradizionale, la *pay-tv*, la *pay-per-view* e il *near video on demand*, mentre non si considera inclusa la trasmissione di programmi a richiesta individuale (*video on demand*).

Come si è già accennato, tuttavia, l'innovazione tecnologica e l'introduzione della diffusione digitale sono fattori che stanno rendendo obsoleta la normativa tradizionale e che stanno sfumando la linea di confine, in passato assai più marcata, tra le attività (e quindi le imprese) di telecomunicazioni e di tv.

A titolo di esempio, già oggi è possibile distribuire prodotti audiovisivi al pubblico con modalità che secondo la classificazione tradizionale sono inquadrabili come «servizi di telecomunicazioni», come il video on demand⁷⁷.

3.1 LE NORME DEL TRATTATO APPLICABILI.

L'unica disposizione del Trattato istitutivo della Comunità europea che tratta espressamente il settore audiovisivo è l'art. 128, par. 2, relativo alla politica culturale. A parte questa, non sono contenute nel Trattato norme di carattere vincolante riguardanti la televisione.

Si poteva perciò ritenere, semmai, che il settore radiotelevisivo fosse stato originariamente riservato all'intervento statale, visto che il Trattato si fonda sul sistema di ripartizione delle competenze basato sul principio di attribuzione (e il settore audiovisivo non era stato attribuito alla Comunità).

Tuttavia la sempre più importante valenza commerciale assunta dalle attività radiotelevisive all'interno dei singoli stati e, con l'introduzione della tecnologia satellitare, anche a livello europeo, hanno fatto sì che l'interesse della Comunità europea si concentrasse sempre di più sul settore, con l'intento

⁷⁶ CARDARELLI F. - ZENO ZENCOVICH V., *Profili giuridici della televisione via cavo interattiva (video on demand)*, in Dir. inf., 1994, p. 707.

⁷⁷ In europa e in usa il servizio finora non ha avuto sbocco commerciale ed è rimasto allo stadio sperimentale. Lo sfruttamento commerciale, tuttavia, è ormai imminente, come dimostrato dalle recenti esperienze in merito ad Honk Kong e Singapore, dove è stato da poco avviato un servizio commerciale di video on demand.

di comporre i contrapposti interessi della creazione di un mercato unico europeo dell'audiovisivo, da un lato e la necessità di ogni Stato membro di salvaguardare il più possibile la peculiarità delle culture nazionali e la rilevanza economica delle industrie audiovisive nazionali, dall'altro.

Stante il crescente interesse delle istituzioni comunitarie al settore, molte norme del Trattato sono state rilette per permetterne l'applicazione al settore audiovisivo, soprattutto grazie alla giurisprudenza della corte di giustizia.

La corte, infatti, ha inquadrato le trasmissioni televisive nel sistema del Trattato in quanto "servizi" (con la conseguente applicabilità degli artt. 59 e ss.)⁷⁸, richiedendo di conseguenza un'azione di armonizzazione delle legislazioni al fine di facilitarne l'esercizio (artt. 57 e 66)⁷⁹. Inoltre, ha ritenuto applicabili alle emittenti televisive, in quanto "imprese", gli articoli relativi al diritto della concorrenza (artt. 85 ss.) e, in particolare, l'art. 90 che disciplina l'applicazione delle regole di concorrenza alle imprese pubbliche o a quelle cui gli stati riconoscono diritti speciali o esclusivi.

Un grosso passo in avanti verso l'estensione della applicabilità delle norme del Trattato al settore audiovisivo è stato fatto dal Trattato di Maastricht del 1992 che ha introdotto nel testo del Trattato istitutivo (all'art. 3B) un nuovo principio che regola la ripartizione dei poteri di intervento tra Stati membri e Comunità in materie di competenza non esclusiva di quest'ultima: il principio di sussidiarietà. In base a tale principio la Comunità interviene nei settori in cui non è titolare di competenza esclusiva «se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono, dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario».

Grazie a questo principio, quindi, trova giustificazione l'intervento della Comunità in materie di competenza concorrente (e quindi il settore televisivo), alla sola condizione che si riconosca a) l'insufficienza dell'intervento statale e b) la necessità dell'azione comunitaria.

L'intervento comunitario nel settore è finora consistito in alcune direttive finalizzate alla armonizzazione delle legislazioni statali. Tali interventi trovano la loro base giuridica nel combinato disposto dell'art. 57, par. 2, del Trattato, che prevede la competenza comunitaria ad emanare direttive destinate all'armonizzazione delle legislazioni statali relative «all'accesso alle attività non salariate e all'esercizio di queste», e dell'art. 66, che estende l'applicabilità dell'articolo 57 in materia di circolazione dei servizi.

Si intende ora procedere a una breve analisi della direttiva più importante nel settore, la direttiva 89/552 "Televisione senza frontiere".

3.2 L'ARMONIZZAZIONE DELLE NORMATIVE NAZIONALI: LA DIRETTIVA "TELEVISIONE SENZA FRONTIERE".

⁷⁸ Sentenza "Sacchi", 30 aprile 1974, causa 155/73, in Raccolta, 1974, 409 ss.

⁷⁹ Sentenza "Debauve", 18 marzo 1980, causa 52/79, in raccolta, 1980, 833 ss.

La direttiva 89/552 fissa il quadro normativo di riferimento per l'attuazione del principio della libera fornitura di servizi televisivi nella Comunità Europea e per la promozione e lo sviluppo di un mercato e di un'industria Europea del broadcasting e delle attività connesse, come la pubblicità e la produzione di programmi audiovisivi.

La direttiva, in tal senso, ha armonizzato le normative dei paesi membri in materia di pubblicità televisiva, sponsorizzazione, tutela dei minori, diritto di rettifica, promozione della produzione e della distribuzione di programmi europei allo scopo di rimuovere gli ostacoli alla circolazione delle trasmissioni.

La direttiva 89/552 si basa sul principio del mutuo riconoscimento, combinato con una armonizzazione «minimale» delle disposizioni nazionali. La Comunità, in altri termini, intende incidere il meno possibile sulle discipline nazionali, rimuovendo solo gli ostacoli effettivi alla libera circolazione delle trasmissioni dovuti alla disparità tra le legislazioni nazionali⁸⁰.

La direttiva, di conseguenza, impone agli Stati membri di riconoscere le normative degli altri Stati dai quali la trasmissione proviene: l'unica normativa applicabile sarà, quindi, quella dello Stato sotto la cui giurisdizione opera l'emittente televisiva (art. 2 par. 1). Conseguentemente, gli Stati devono astenersi dall'estendere la propria regolamentazione ad attività televisive aventi origine in un paese membro diverso.

In attuazione del principio del mutuo riconoscimento, la direttiva elimina il controllo successivo da parte del paese di ricezione delle trasmissioni televisive transfrontaliere. Dunque, sulla base dell'art. 2, par. 2 della direttiva, gli Stati devono assicurare la libertà di ricezioni delle trasmissioni via etere o via satellite e non ostacolare la trasmissione (integrale e simultanea) via etere o via cavo di programmi provenienti da un altro Stato membro per ragioni attinenti ai settori coordinati dalla direttiva. La ritrasmissione non può essere oggetto di procedure di autorizzazione e può essere sospesa dallo Stato di ricezione solo per motivi relativi alla tutela dei minori ed a condizione del rispetto della procedura prevista dallo stesso par. 2 dell'art.2.

L'azione di armonizzazione della direttiva si concreta nei capitoli III, IV, V e VI contenenti norme rivolte direttamente alle emittenti sottoposte alla giurisdizione degli Stati membri e riguardanti, rispettivamente, la promozione della distribuzione e della produzione di programmi televisivi, la disciplina della pubblicità e sponsorizzazione, la tutela dei minori, il diritto di rettifica. Per un'analisi delle singole norme si rimanda alla lettura delle disposizioni.

Occorre osservare, infine che la direttiva contiene delle disposizioni che ridimensionano l'obiettivo di armonizzazione concedendo agli Stati membri la facoltà di conservare o introdurre nelle loro legislazioni delle regole più rigorose o particolareggiate per tutti i settori disciplinati (art. 3) così come delle regole «diverse» in tema di interruzioni e di limiti massimi di messaggi pubblicitari (art. 20). Tali facoltà derogatorie, tuttavia, riguardano soltanto la

⁸⁰ Tale approccio è stato seguito in maniera generale negli interventi finalizzati alla realizzazione del mercato interno.

disciplina delle emittenti soggette alla giurisdizione dello Stato e non a quelle provenienti da un altro Stato⁸¹.

La direttiva 89/552 è stata oggetto di modifica ad opera della direttiva 97/36 del Parlamento e del Consiglio, in attuazione dell'art. 26 della stessa direttiva 89/552, che attribuisce alla Commissione il compito sia di presentare ogni due anni una relazione sullo stato di attuazione della direttiva, sia il compito di elaborare, «se necessario», ulteriori proposte per adattare la direttiva all'evoluzione del settore dell'emittenza televisiva.

Le nuove norme intendono introdurre due principali ordini di innovazioni.

Innanzitutto tentano di chiarire meglio la portata di alcune disposizioni già incluse nella versione del 1989 della direttiva, che per le loro imperfezioni o lacune erano diventate fonte di incertezza causando un nutrito contenzioso davanti alla Corte di Giustizia ed ai tribunali nazionali (per esempio il nuovo art. 2 contiene una dettagliata previsione dei criteri per individuare lo Stato sotto la cui giurisdizione deve essere sottoposta l'emittente televisiva).

In secondo luogo, intendono modificare alcune norme che avevano introdotto una disciplina che, a 8 anni di distanza dalla sua formulazione, non si dimostrava più adeguata alle mutate caratteristiche di un mercato di così rapida evoluzione come quello televisivo. Si pensi alle norme che riguardano le «finestre», cioè gli intervalli tra la proiezione di un'opera cinematografica e il suo sfruttamento televisivo (art. 7) e a quelle riguardanti la pubblicità e le televendite (artt. 10,11 e 18), che hanno visto un sostanziale aumento del tempo disponibile concesso.

Non hanno trovato alcuna disciplina, invece, le nuove tecnologie che, pure, stanno modificando sostanzialmente l'industria audiovisiva attuale e che richiedono una organica regolamentazione. Una di queste tecnologie, destinata a breve a rivoluzionare il panorama audiovisivo comunitario, è la particolare fusione tra informatica e telecomunicazioni che forgia nuove forme di televisione, come il video on demand. Per via della sua particolare natura, è incerto quale sia la disciplina applicabile al v.o.d, se quella propria delle tlc o quella propria della televisione v.o.d. Considerato che l'ormai imminente diffusione del sistema v.o.d. imporrà al legislatore la necessità di una sua specifica normativa, si vuole ora analizzare brevemente la possibilità di un possibile inquadramento del servizio nell'ambito della disciplina esistente.

3.3 I NUOVI SERVIZI IBRIDI TRA TELEVISIONE E TELECOMUNICAZIONE; IL VIDEO ON DEMAND

Il video on demand ("v.o.d.") è una forma di televisione a pagamento (come la pay-tv o la pay per view) di recente ideazione.

⁸¹ Tale situazione presenta il rischio dell'uso distorto della libertà di prestazione del servizio tramite la «delocalizzazione» delle emittenti; queste, cioè, sono spinte a stabilirsi in quegli Stati membri che offrono la legislazione più favorevole al fine di aggirare la normativa più rigida eventualmente imposta dallo Stato verso il quale intendono indirizzare le trasmissioni.

Esso consiste in un archivio elettronico di opere filmate (televisive, cinematografiche, di intrattenimento in genere) al quale l'utente può accedere⁸² per scegliere il prodotto audiovisivo da fruire.

Con il sistema video on demand i telespettatori-utenti sono, infatti, collegati via cavo ad un'unica banca dati a cui accedono dal proprio apparecchio televisivo per scegliere i programmi "stoccati" in un archivio centralizzato⁸³. In qualsiasi momento della giornata l'utente può ordinare il film o lo spettacolo prescelto, dietro pagamento di una determinata tariffa. Sul modello funzionale del videoregistratore il telespettatore può usufruire di tutte le funzioni di controllo sulla visione (pausa, riavvolgimento, scorrimento) veloce delle immagini.

Per le suddette caratteristiche, il v.o.d., quindi, può essere considerato come una particolare forma di trasmissione dati, effettuata con una tecnologia in grado di veicolare suoni e immagini, in cui il terminale è costituito dall'apparecchio televisivo⁸⁴.

Alla base del servizio c'è la possibilità di trasmettere su una rete telematica una grande quantità di programmi, potenzialmente uno per ogni abbonato al servizio⁸⁵.

Dal punto di vista economico, le potenzialità di successo del v.o.d. dipendono da ragioni commerciali: i servizi v.o.d. rispondono all'idea di una *tv customer oriented*⁸⁶ che offre all'utente la massima autonomia decisionale, liberandolo dai rigidi vincoli del palinsesto e dandogli l'opportunità di scegliere non solo il programma ma anche l'ora di visione.

Una problematica, di particolare interesse dal punto di vista giuridico, riguardante il v.o.d. è se esso debba considerarsi un sistema televisivo o piuttosto un servizio telematico⁸⁷.

La risposta a tale quesito appare di notevole importanza, giacché nel primo caso troverebbero applicazione, in via analogica, le norme previste per l'emittenza televisiva via cavo, mentre nella seconda ipotesi, (assimilando il servizio v.o.d. a quelli di posta elettronica, accesso a banche dati etc) si dovrebbe applicare la normativa riguardante i servizi di telecomunicazione, e

⁸² Nel nostro paese, finora, un impiego commerciale del VOD è ancora in fase di progettazione, pur essendone stata ultimata la prima fase sperimentale ad opera della società Stream. Sugli esperimenti avviati si veda LONGONI G., *Immagini su richiesta*, in *Il mondo* del 13 giugno 1994; CALCAGNO, *Arriva la tv interattiva*, in *Il corriere della sera* 13 agosto 1994.

È già disponibile, invece, un'offerta di servizio *near video on demand (NVOD)*, cioè un'offerta di film che utilizza più canali programmati in modo rigido ma ripetuti a certi intervalli di tempo (di solito ogni mezz'ora), per dare la possibilità all'utente di scegliere il momento di inizio della visione. Anche il NVOD è un esempio di servizio televisivo a pagamento in cui la tariffazione è a visione.

⁸³ Sul funzionamento del VoD si veda RICHERI, *Tanta tv senza palinsesti*, in *Mind* n. 15 (supplemento di mondo economico del 5 giugno 1993), p. 10; PUCCI, *Tv come il juke box: si gettona un film a scelta*, ivi p. 4.

⁸⁴ Per gli aspetti tecnici del Vod si veda CONTALDO A., *Video on demand: problematiche giuridiche della tv interattiva.*, in *Dir.* Autore, 1995.

⁸⁵ E', però, necessario che l'utente sia in grado di spedire un segnale sul server col quale collegarsi al data-base in cui sono stoccati i film e ciò è possibile soltanto grazie all'impiego di cavi in fibra ottica adatti a trasmettere informazioni sia in un senso che in senso opposto.

⁸⁶ In questo senso si esprime l'autore CONTALDO A., *Video on demand: problematiche giuridiche della tv interattiva.*, in *Dir.* Autore, 1995, p. 106.

⁸⁷ Sui sistemi v.o.d. si veda lo studio curato dall'OCSE su *Telecommunications and Broadcasting: Convergence or Collision* ?, Parigi, 1992.

prima fra tutte la tutela costituzionale di cui all'art. 15 Cost.⁸⁸, nonché la normativa comunitaria riguardante questo settore⁸⁹.

A proposito della questione che sopra si poneva, è stato osservato⁹⁰ che il VOD è un nuovo ed articolato *medium*, in quanto rappresenta il primo tentativo di convergenza fra la tecnologia propria delle telecomunicazioni e quella della televisione.

Il problema della natura (sistema televisivo o servizio telematico) del v.o.d. potrebbe, pertanto, essere analizzato da un triplice punto di vista: quello della *tecnologia di trasmissione* impiegata, quello del contenuto dei servizi veicolati, e quello della modalità di fruizione dei servizi.

Dal punto di vista della tecnologia di trasmissione, va osservato che quella impiegata dal v.o.d. in realtà non si discosta molto da quella utilizzata per il collegamento telefonico-telematico, quindi, il v.o.d. altro non sarebbe che una particolare forma di trasmissione dati in cui il terminale è costituito da un apparecchio televisivo. Sotto quest'ottica il Vod ben potrebbe essere qualificato un servizio telematico.

Dal punto di vista del *contenuto dei servizi* veicolati attraverso il VoD, questi andrebbero prevalentemente definiti televisivi, in quanto trattasi di programmazione audiovisuale standard, del tutto simile a quella della televisione tradizionale.

Dal punto di vista, infine, *delle modalità di fruizione dei servizi*, questi non potrebbero a rigore essere considerati televisivi, tenuto conto del fatto che la fruizione dei programmi v.o.d. sarebbe esclusiva (in quanto diretta singolarmente a ciascun utente) e differenziata (in quanto a ciascun utente viene inviato un programma diverso, quello da lui scelto), laddove, invece, la fruizione di programmi televisivi è indifferenziata, perciò uguale per tutti gli utenti. Il messaggio, nel v.o.d., viene, infatti, recepito dal singolo utente (e non anche da tutti gli altri) e pur trovandosi nel caso di programmi creati per la televisione e poi veicolati attraverso il VOD, la fruizione non avviene mai in maniera massificata, ma sempre individualizzata⁹¹; il palinsesto v.o.d., infatti, è diverso per ogni utente e ciascuno fruisce di un insieme di programmi strutturato secondo le proprie esigenze.

Da questo punto di vista, dunque, sarebbe difficile configurare il v.o.d. come sistema televisivo piuttosto che come servizio telematico.

Un ulteriore argomento a favore dell'inquadramento del v.o.d. come servizio telematico sarebbe il fatto che il segnale da esso diffuso non può essere ricevuto che dal soggetto richiedente-ricevente. A questo riguardo si parla, infatti, di trasmissione da punto a punto. La natura del servizio

⁸⁸ L'art. 15 recita che "la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge".

⁸⁹ Per ciò che concerne la liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni, si menzionano la direttiva 90/388/CEE sui servizi di telecomunicazione e la direttiva 96/19/CEE c.d. "Full competition" recentemente attuate nel nostro ordinamento. Si segnala, inoltre il D.P.R. 19 settembre 1997 n.318, contenente il «regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni»

⁹⁰ Cfr. CONTALDO A., op. cit., pag. 105 e ss.

⁹¹ Basti pensare che anche qualora più soggetti facessero richiesta alla banca dati del VOD della trasmissione dello stesso film, la fruizione sarebbe egualmente differenziata, perchè altrimenti il collegamento dovrebbe avvenire nello stesso momento e subire le stesse interruzioni durante la visione.

televisivo sarebbe, invece, circolare, cioè da punto a multipunto, diretta in modo indifferenziato a tutti i possibili utenti, come si evince anche dalla giurisprudenza costituzionale⁹².

Anche la dottrina giuspubblicistica⁹³, d'altronde, ha rilevato che la circolarità del messaggio è una caratteristica primaria propria ed esclusiva del servizio televisivo.

Rilevato, dunque, che nel segnale diffuso dal v.o.d. non si riscontrerebbe la caratteristica della circolarità, ragionando a contrario, si dovrebbe concludere, sotto questo aspetto, che il v.o.d. non avrebbe propriamente natura di sistema televisivo⁹⁴.

Al riguardo si noti che nel Libro Verde sulla politica audiovisiva dell'Unione Europea è sottolineato come nella definizione di trasmissione televisiva ex art. 1 della direttiva 552/89 non rientrino servizi come il v.o.d..

4. LA CONVERGENZA TRA I DUE SETTORI.

4.1 NECESSITA' DI RIFORMULARE LE DEFINIZIONI E LA REGOLAMENTAZIONE DELLE TELECOMUNICAZIONI.

Abbiamo visto nel paragrafo 1 aspetti delle telecomunicazioni e delle radiodiffusioni che ne hanno giustificato in passato (e ne giustificano nel presente) la diversità di disciplina e abbiamo conseguentemente proceduto separatamente all'esame delle principali norme comunitarie che disciplinano le due materie.

Analizziamo ora, invece, il nuovissimo fenomeno della convergenza che, per alcuni versi, induce a considerare le radiodiffusioni come incluse nelle telecomunicazioni, e a mettere in discussione la relativa intera disciplina dei due settori.

Il sopracitato abbattimento dei costi delle infrastrutture e soprattutto l'introduzione della tecnologia digitale applicata alle telecomunicazioni hanno reso possibile la trasmissione sulle reti di dati digitali "neutri" quanto al loro contenuto. La digitalizzazione della rete consente, cioè, di impiegare i "pacchetti digitali" su di essa trasmessi, come contenitori universali, capaci di veicolare qualsiasi tipo di segnale: la voce (tipica delle conversazioni telefoniche), il suono (tipico della radio), la combinazione audio/video (tipica della televisione), dati informatici (tipici del collegamento telematico tra computer remoti).

⁹² Cfr., in particolare, le sent. C. Cost. n. 202/76 e sent. C. Cost. n. 826/88.

⁹³ FOIS, *La libertà d'informazione*, (a cura di Vignudelli), Crimini, 1991, p. 181 ss, FOIS, *Profili costituzionali e disciplina radiotelevisiva*, in Giur. Cost., 1989.

⁹⁴ Il carattere telematico del v.o.d. sarebbe messo in evidenza, del resto dalla molteplicità di funzioni e di servizi cui il sistema potenzialmente si presta: basti pensare, oltre alla trasmissione di programmi o spettacoli televisivi, alla trasmissione di dati, alla vendita telematica, all'accesso alle banche dati di immagini, ai videogiochi interattivi e così via. Sul tema si veda CARDARELLI F. - ZENCOVICH V., *Profili giuridici della televisione via cavo interattiva (video on demand)*, in Dir. inf., 1994, p. 707.

Si è in tal modo assistito al proliferare di nuovi servizi "a valore aggiunto" (nei quali il valore aggiunto è proprio l'elaborazione e il trattamento digitale dell'informazione) tra i quali assume particolare importanza una nuova forma di televisione, simile nei contenuti a quella "vecchia" ma diversa nelle tipologie di trasmissione (non più basate sul vettore radio-onda analogica, bensì sul vettore digitale della rete di telecomunicazioni).

Si tratta della televisione digitale, che offre versatilità e potenzialità tali da essere unanimemente considerata come l'erede della televisione tradizionale.

Sulla stessa rete di telecomunicazioni (la "piattaforma digitale") viaggiano uno accanto all'altro, fusi nel flusso di dati digitali, le comunicazioni telefoniche (e tutti i servizi correlati) e le immagini e suoni televisivi. La novità, rispetto al passato, è proprio l'impiego del medesimo vettore per due forme di trasmissione (comunicazione la prima, diffusione la seconda) così diverse e peculiari.

Grazie alla convergenza, dunque, le telecomunicazioni stanno riassorbendo nel loro ambito le radiodiffusioni che da tempo avevano conseguito un autonomo settore di mercato e normativo⁹⁵.

All'evoluzione del mercato dei nuovi servizi di telecomunicazioni, tuttavia, non è seguita una corrispondente evoluzione legislativa.

Questa convergenza tra telecomunicazioni e televisione crea molte incertezze in ordine alla determinazione della disciplina applicabile alla nuova forma di televisione.

Risulterebbe alquanto problematico, infatti, continuare ad applicare l'attuale disciplina della televisione via etere, che si basa sul presupposto della limitatezza delle frequenze. Tale presupposto manca del tutto nell'attuale settore delle telecomunicazioni, rendendo così priva di senso l'applicazione di quegli strumenti di ripartizione e assegnazione delle frequenze previsti dalla normativa televisiva,

D'altro canto non sarebbe possibile applicare ex abrupto la normativa delle telecomunicazioni. Anche se tecnicamente le emissioni televisive via cavo potrebbero essere considerate in alcuni casi delle comunicazioni a tutti gli effetti (si pensi al video on demand, la cui "emissione" è individualizzata e resa esclusiva per il singolo spettatore, autore della richiesta), la disciplina delle comunicazioni mal si adatta ai programmi televisivi, pur sempre destinati a un vasto pubblico di spettatori. Occorrerebbe perciò impiegare una serie di strumenti di controllo (sconosciuti alla attuale normativa, nazionale e

⁹⁵Nel senso appena visto, la convergenza significa la migrazione del servizio televisivo nell'apparato trasmissivo proprio delle telecomunicazioni. Col termine "convergenza" si suole indicare, tuttavia, anche il fenomeno, correlato e di portata più limitata (in Italia, infatti, non si verifica) della migrazione dei servizi di telecomunicazioni verso l'apparato trasmissivo della televisione via cavo.

Nei paesi, comunitari e non, che possiedono una rete di cavi destinata appositamente (e, in origine, esclusivamente) alla trasmissione dei programmi televisivi, la digitalizzazione dei segnali consente ai tradizionali gestori dei programmi televisivi (le emittenti) di fornire, oltre alla programmazione TV, anche servizi di telecomunicazione, in concorrenza con gli altri gestori tradizionali di telecomunicazioni.

E', questo, un fenomeno riconosciuto da tempo anche a livello comunitario, come testimonia la direttiva 95/51 sulla liberalizzazione dell'accesso alle infrastrutture di televisione via cavo, per la fornitura di servizi di telecomunicazioni. In Italia, invece, le scelte legislative del passato (cfr. l. 103/75, che limita la trasmissione via cavo riservandole esclusivamente l'ambito locale (in ottemperanza alla sent. 226 del 74 della Corte Costituzionale) e consentendo l'impiego del solo "cavo monocolore") hanno impedito lo sviluppo della Tv via cavo, che troviamo invece negli altri paesi europei.

La televisione via cavo offerta oggi in Italia (Stream) è figlia della convergenza TV-telecomunicazioni, essendo nata già digitale, e trasmessa sin dalla fase sperimentale sulla esistente rete di telecomunicazioni.

comunitaria, sulle telecomunicazioni, che non prevede controlli sul *contenuto* della comunicazione) volti a garantire adeguatamente gli interessi pubblici coinvolti dalla televisione: il pluralismo, il buon costume, l'obiettività dell'informazione.

La convergenza, dunque, ha creato nuovi servizi ibridi, che in futuro troveranno sempre maggiore diffusione, giungendo a sostituire in alcuni casi i servizi tradizionale (per es. la tv tradizionale), e che, sfumando la tradizionale linea di demarcazione che separava le radiodiffusioni dalle telecomunicazioni, richiede un adeguamento delle strutture normative esistenti, costruite su misura di una realtà tecnologica oggi profondamente mutata⁹⁶.

4.2 IL LIBRO VERDE SULLA CONVERGENZA

L'importanza del mutamento in atto nel settore televisivo è stata colta tempestivamente dalla Comunità europea, che nel dicembre 1997 ha pubblicato il "Libro Verde sulla convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione e sulle sue implicazioni normative", che analizza il fenomeno della convergenza e le sue implicazioni per le attuali strutture normative che regolano il settore delle telecomunicazioni, della televisione e delle tecnologie informatiche.

Il Libro Verde si propone di provocare un dibattito ampio e approfondito sul fenomeno della convergenza e sulle sue implicazioni, analizzando la sua natura e occupandosi in particolare della fornitura dei servizi e delle reti soggiacenti che permettono di fornirli.

La convergenza è definita dal Libro Verde come "la capacità di differenti piattaforme di rete di gestire servizi di tipo fondamentalmente simile". Gli operatori europei di reti via cavo, ad esempio, non si limitano alla tradizionale diffusione dei programmi televisivi ma propongono anche un'ampia gamma di servizi di telecomunicazioni (inclusa, in alcuni Stati membri, la telefonia vocale).

La Commissione riconosce che alla base di queste nuove capacità è la tecnologia digitale, che svolge un ruolo oramai essenziale sia nella creazione e produzione del contenuto cinematografico e radiotelevisivo, sia nella distribuzione dello stesso. Il modo in cui il contenuto viene prodotto, distribuito e consumato si sta evolvendo: il contenuto diventa scalabile e può dunque essere usato in contesti diversi e distribuito su infrastrutture di reti differenti grazie alla digitalizzazione.

⁹⁶ Un esempio che può aiutare a chiarire l'arretratezza della disciplina attuale è dato dalla disciplina per le infrastrutture della televisione via cavo: la legge Mammi (e il relativo regolamento di attuazione sulla tv via cavo n. 223/91) nega la libertà dei privati di installare proprie infrastrutture, imponendo l'obbligo di utilizzare quelle pubbliche esistenti. E' evidente la contraddizione con la recente liberalizzazione dell'installazione di infrastrutture di telecomunicazioni, tanto più se si considera che la stessa rete di telecomunicazioni è multifunzionale, e si presta alla fornitura di servizi di tv via cavo esattamente come (se non in maniera più efficiente) della rete appositamente creata per la distribuzione televisiva via cavo.

La digitalizzazione, inoltre, ha un grande impatto sull'ampliamento della capacità trasmissiva di un dato mezzo. Nelle trasmissioni televisive satellitari, ad esempio, la compressione digitale del segnale consente di decuplicare i canali trasmissibili su una stessa banda di frequenza.

La digitalizzazione, tra l'altro, consente alle emittenti di emulare la capacità di commutazione che normalmente caratterizza le telecomunicazioni. Per esempio, gli operatori di televisione a pagamento satellitare possono oggi dirigersi ai singoli utenti grazie a sistemi di accesso condizionato, spesso combinati con reti terrestri di telecomunicazioni che offrono un percorso di ritorno "ibrido" per i servizi interattivi.

La convergenza, sostiene la Commissione, potrebbe avere un significativo impatto sulla società, l'occupazione, la crescita e la competitività dell'industria europea. Tuttavia nel Libro Verde si osserva che il fenomeno della convergenza, pur essendo ormai una realtà sul piano tecnologico, è assai più incerto a livello dell'industria, dei servizi e dei mercati per la presenza di una serie di "barriere", attuali o potenziali, che limitano lo sviluppo della convergenza⁹⁷.

L'ultima parte del Libro Verde, stante il suo dichiarato intento di stimolo al dibattito e a commenti, indica una serie di principi che potrebbero rappresentare la base comune di un futuro approccio nei settori influenzati dalla convergenza e tre opzioni che, secondo la Commissione, potrebbero stimolare il dibattito sull'adattamento, se necessario, degli attuali approcci normativi alla luce del fenomeno della convergenza.

La Commissione ritiene, pertanto, che il dibattito si concentrerà su tre opzioni fondamentali di sviluppo normativo:

Prima opzione: Costruire sulle strutture attuali.

In questo scenario, verrebbero conservati gli attuali modelli normativi settoriali: ai settori telecomunicazioni e televisioni/radiodiffusioni verrebbero applicate norme differenti e si dovrebbe decidere, caso per caso, il settore in cui collocare attività specifiche.

Seconda opzione: Sviluppare un modello normativo separato per le nuove attività che coesisterebbe con la normativa per le telecomunicazioni e le emissioni radiotelevisive

In base a questa opzione, gli Stati membri "stralcerebbero" i nuovi servizi e attività che superano le tradizionali suddivisioni, e creerebbero per loro un nuovo pacchetto di norme, ammesso che siano necessarie. Sarebbe così

⁹⁷Per un'analisi dettagliata delle "barriere" indicate nel Libro Verde e dei suggerimenti proposti dalla commissione per il loro superamento, si rimanda alla lettura del testo. Ci si limita alla mera menzione delle "barriere": limitazioni potenziali nell'accesso agli utenti, restrizioni normative sull'uso di infrastrutture, costi dei servizi di tlc, scarsa disponibilità dei contenuti, frammentazione del mercati dell'UE, insufficiente protezione dei diritti di proprietà intellettuale, incertezza delle definizioni normative per un mercato in rapida evoluzione, esistenza di più organismi di regolamentazione, accesso al mercato e licenze, accesso alle reti, attribuzione della frequenza radio e altre risorse, adozione di standard comuni, transazioni elettroniche sicure e protezione dei dati personali.

possibile sviluppare un approccio coordinato per molte attività ad elevato valore che caratterizzano il mercato convergente, creando una nuova categoria di servizi a fianco degli attuali modelli normativi per le telecomunicazioni e le emissioni radiotelevisive.

Terza opzione: Introdurre gradualmente un nuovo modello normativo che copra l'insieme dei servizi, nuovi o esistenti

L'opzione obbligherebbe a introdurre nella legislazione comunitaria una definizione più ampia dei servizi di comunicazione che sostituisca quella attuale per i servizi di telecomunicazioni e audiovisivi. Nel nuovo contesto, la proporzionalità costituirebbe un fattore fondamentale per adattare, nell'ambito di una definizione così ampia, il livello normativo alla natura del servizio e al grado di concorrenza.