

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali
Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

Il nuovo ordinamento delle telecomunicazioni

Facoltà di Scienze statistiche dell'Università di Roma "La Sapienza"
Roma, 3 giugno 2003

Laura Zanettini

Novembre 2003

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

Lunedì 3 giugno 2003, presso la facoltà di Scienze statistiche dell'Università di Roma "La Sapienza", si è svolto il seminario dedicato al tema "*Il nuovo ordinamento delle telecomunicazioni*".

Come illustrato nell'intervento di apertura dalla professoressa **Perez**, alla base della disciplina comunitaria approvata lo scorso anno in materia di comunicazioni elettroniche vi è la tendenza alla convergenza dei tre settori delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell'informazione. La riforma, avviata nel 1999 con la pubblicazione della Comunicazione "*Verso un nuovo quadro per l'infrastruttura delle comunicazioni elettroniche ed i servizi correlati- Esame del 1999 nel quadro normativo delle comunicazioni*", si articola in cinque direttive: una generale, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica e quattro particolari, in materia di autorizzazioni, accesso, servizio universale e protezione dei dati personali. Tale pacchetto di direttive mira a ridurre l'attività normativa comunitaria e per l'effetto anche quella nazionale: posto che, come si legge nel considerando 1 della citata direttiva quadro, la disciplina precedente "*ha raggiunto l'obiettivo di creare le condizioni per una concorrenza effettiva nel settore delle telecomunicazioni*", il problema attuale dovrebbe essere semplicemente quello di mantenere l'assetto concorrenziale esistente. Dunque non sarebbero più necessarie regole *ex ante*, ma si renderebbero invece opportuni degli interventi *ex post*, ovvero misure repressive piuttosto che interventi di conformazione. Perez ha tuttavia espresso i suoi dubbi sulla definitiva scomparsa della regolazione nel settore.

Nella prima relazione il commissario dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito Autorità) **Luciano** ha posto l'accento sul ruolo ricoperto dall'Autorità all'interno dell'ordinamento giuridico italiano e ha passato rapidamente in rassegna le principali attività svolte nel settore delle telecomunicazioni dal 1997 ad oggi. In particolare ha ricordato gli interventi

finalizzati ad aprire alla concorrenza la rete telefonica dell'ex *incumbent*, così da favorire l'ingresso di nuovi operatori e consentire ai consumatori di fruire di una pluralità di servizi a basso prezzo. Nella telefonia mobile gli operatori sono stati incentivati a rendersi *facility-based*, nella convinzione, ancora attuale, che la concorrenza tra piattaforme sia necessaria al fine di garantire l'efficienza nel medio e lungo termine. A causa di alcune vischiosità nell'apertura della rete non è stato invece possibile adottare la stessa strategia nella telefonia fissa. Lo "sboom" della *dot-com economy*, testimoniato dal parziale fallimento delle aste per l'assegnazione delle licenze di terza generazione, ha sollecitato un mutamento nell'approccio regolatorio: si è così passati dalla tendenza più innovativa propria della *Federal Communication Commission*, a quella più conservatrice dell'*Oftel*, che considera fisiologico il monopolio sull'*essential facility*. Luciano ha inoltre sottolineato l'ampia discrezionalità che il quadro normativo precedente lasciava alle autorità nazionali di regolamentazione (Anr), discrezionalità che è stata una delle cause principali delle profonde divergenze riscontrate tra i regolatori dei diversi Stati membri. Da qui l'esigenza di armonizzazione che è alla base della riforma del settore. Come anticipato da Perez, il pacchetto di direttive non elimina la regolazione, perché, nonostante la conclusione del processo di liberalizzazione, permane la necessità di una vigilanza costante, attraverso misure ex ante quali la definizione di mercati rilevanti, l'imposizione di obblighi, la regolazione dei mercati emergenti. In questo mutato contesto le Anr godono di uno spazio di manovra ridotta, perché non solo è disciplinata la loro attività, ma sono anche prescritti i requisiti che esse devono soddisfare, primo fra tutti l'indipendenza e sono individuati gli "*obiettivi politici europei*" da perseguire. Questa tendenza a definire sempre più regole a livello comunitario (Luciano ha parlato di "centralizzazione delle regole") assegna alla Commissione il ruolo di "super regolatore" -ruolo rafforzato dalla attribuzione di un potere di veto in

relazione alle decisioni regolatorie più importanti- e trasforma le Anr in una sorta di enti autarchici comunitari.

La seconda relazione, presentata dal professor **Clarich**, è stata dedicata alla questione del rapporto tra regolazione e concorrenza, che, come scriveva A. Kahn in un articolo del 1984¹, può essere efficacemente descritto come un “difficile matrimonio”. L’attualità del dibattito in materia emerge con chiarezza dal recentissimo Libro verde della Commissione sui servizi di interesse pubblico generale², che tra l’altro invita gli Stati membri ad esprimersi in merito all’opportunità di istituire un regolatore europeo per ciascun settore. Concorrenza e regolazione sono nettamente distinte sul piano teorico: mentre la prima si configura come un intervento *ex post*, generale e permanente e comporta l’imposizione di obblighi negativi, la seconda opera *ex ante*, attraverso norme che hanno carattere particolare e transitorio (c.d. legislazione a tempo) e che contengono obblighi di tipo positivo. Da più parti si è tuttavia rilevato che i due sistemi tendono invece a confondersi. Nella normativa antitrust, ad esempio, il controllo esercitato in materia di concentrazioni prevede una valutazione *ex ante* da parte dell’autorità di tutela della concorrenza e può condurre all’apposizione di obblighi positivi, c.d. *remedies*. Con riferimento al nuovo pacchetto di direttive, si è innanzitutto osservato che l’oggetto della disciplina regolatoria coincide con quello dell’intervento antitrust e ciò solleva il problema, di cui il legislatore comunitario si è mostrato consapevole, della divergenza di valutazioni tra le due autorità. In secondo luogo le autorità di regolamentazione sono titolari di discrezionalità nella definizione dei mercati, nell’accertamento della loro concorrenzialità, nell’individuazione

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

² COM(2003) 270 final, del 21 maggio 2003.

delle imprese con significativo potere di mercato e infine nella determinazione degli obblighi, che vanno calibrati sulla situazione concreta. Secondo la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, in relazione alle valutazioni che prendono le mosse da concetti giuridici indeterminati -qual è appunto il concetto di *Significant market power* (Smp) - il controllo esercitato dal giudice sul provvedimento amministrativo è di tipo debole e lascia un ampio spazio di manovra ai regolatori, le cui decisioni sono pertanto difficilmente censurabili in sede di giurisdizione di legittimità. Sulla questione dell'assetto delle autorità di regolamentazione, la direttiva quadro prescrive che queste ultime siano nettamente distinte dagli organismi che svolgono attività inerenti alla proprietà o al controllo di reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica (la giurisprudenza comunitaria aveva già dato questa indicazione in relazione al servizio postale francese). Il criterio richiamato in proposito dalla teoria della regolazione è quello secondo il quale se la decisione ha natura distributiva va attribuita ad un organo politico, mentre ad organismi di tipo tecnico possono essere attribuite funzioni non redistributive³. Sotto il profilo dell'attività, l'intervento delle ANR è subordinato all'insufficienza della disciplina della concorrenza; sulla questione sarebbe pertanto opportuna una valutazione congiunta delle autorità antitrust e di quelle di regolamentazione, anche a costo di uno stallo istituzionale. L'ultima parte della relazione ha avuto ad oggetto l'analisi degli strumenti di soft regulation contemplati nel nuovo quadro: alla prescrizione di misure puntuali si privilegia il richiamo a principi quali proporzionalità, neutralità tecnologica e trasparenza e in sostituzione dei precedenti provvedimenti abilitativi di tipo individuale è previsto lo strumento più flessibile dell'autorizzazione generale. E' dunque

³ In questo senso A MAJONE – G. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, 2000, pp. 167 e ss.

importante che non si reintroducano strumenti di conformazione, apponendo sistematicamente all'autorizzazione le condizioni tratte dall'elenco allegato alla direttiva quadro. Quanto ai poteri sanzionatori, il modello prescelto è quello del *command and control*, che dovrebbe essere fatto proprio anche dal codice di recepimento, al momento viziato da un eccesso di deterrenza. Per concludere è stata citata la sentenza americana sul caso Alcoa⁴: è vero che il matrimonio tra regolazione e concorrenza è un matrimonio difficile, ma è essenziale evitare che la regolazione procompetitiva penalizzi il concorrente di successo quando vince. In altre parole non occorre imporre strutture di mercato, bensì individuare un quadro generale di regole in cui sia anche possibile vincere.

Il tema del recepimento delle direttive comunitarie è stato al centro della relazione dell'avvocato dello Stato **Quadri**, capo dell'ufficio legislativo del Ministero delle Comunicazioni, la quale ha ricordato che l'articolo 41 della legge 1 agosto 2002, n. 166⁵ contiene la delega al Governo non solo per l'attuazione delle direttive, ma anche per la modifica del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, il c.d. codice postale, di bancoposta e telecomunicazioni: l'obiettivo è quello di giungere ad una disciplina unitaria di reti e servizi di comunicazioni elettronica. Quadri ha richiamato le disposizioni della nostra Carta costituzionale che assumono rilevanza al momento del recepimento, ovvero: l'art. 21 Cost., che riconosce il "*diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*"; l'art. 41 Cost., che sancisce la libertà di iniziativa economica; l'art. 117 Cost, che a seguito della riforma costituzionale del 2001 contempla "*l'ordinamento della comunicazione*" tra le materie di legislazione concorrente. A questo proposito il progetto di recepimento attribuisce agli enti territoriali la funzione di

⁴ *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F.2nd 416 (1945).

⁵ "*Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti*".

individuare adeguate misure di sviluppo per il settore specifico della banda larga, nel perseguimento della finalità, individuata nel Documento di Programmazione economica e Finanziaria e nell'ultima legge finanziaria, di introdurre incentivi per la banda larga. Ultima disposizione citata è stata l'art. 43 Cost., ai sensi del quale le attività che si riferiscono a servizi pubblici essenziali possono essere riservate allo Stato e pertanto esercitate dai privati solo previo rilascio di una concessione pubblica. Coerentemente al dettato costituzionale, il codice postale del 1973 sottoponeva il servizio di telecomunicazione a riserva originaria. Il nuovo quadro normativo è invece improntato alla liberalizzazione, il che implica innanzitutto che l'accesso al mercato è ora "libero da" atti amministrativi, quindi non subordinato al rilascio di provvedimenti espressi: il previgente doppio regime della licenza e dell'autorizzazione è superato dalla previsione della sola autorizzazione generale, assimilabile all'istituto della denuncia di inizio attività prevista dall'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241. La libertà dell'attività non deve tuttavia andare a detrimento della continuità del servizio e per tale ragione il codice di recepimento attualmente in discussione presso il Consiglio dei Ministri stabilisce che vi può essere interruzione solo dopo il decorso il termine di 90 giorni dalla comunicazione al Ministero. Oltre che libero accesso, liberalizzazione significa anche obbligo per gli Stati membri di eliminare i diritti speciali ed esclusivi precedentemente attribuiti, ma poiché detto obbligo era già imposto dal quadro normativo precedente, la direttiva che lo prevede – c.d. direttiva concorrenza -, non costituirà oggetto di formale recepimento. Ulteriori aspetti della nuova disciplina che Quadri ha evidenziato e che confermano la perdurante tendenza alla liberalizzazione sono il ruolo riconosciuto all'autonomia negoziale, soprattutto in materia di accesso e interconnessione e la possibilità di cedere frequenze indipendentemente dall'autorizzazione (c.d. *frequency trading*). Ultimo profilo toccato è stato quello dei rapporti tra Ministero e Autorità, tra i quali lo

schema di codice ripartisce le funzioni di regolamentazione previste dal pacchetto di direttive.

L'intervento successivo del professor **d'Alberti**, componente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, è stato incentrato sul ruolo svolto dal diritto della concorrenza nel nuovo ordinamento delle telecomunicazioni. Come già evidenziato da Clarich, c'è il rischio che vi siano procedure parallele, e con risultati divergenti, avviate sul medesimo oggetto dalle autorità antitrust e da quelle di regolamentazione. In relazione ai principi sanciti dal pacchetto di direttive, e che non devono essere vanificati in sede di recepimento, fondamentale è quello che subordina la decisione di imporre o non imporre obblighi alla sola valutazione del grado di concorrenza effettiva presente sul mercato e non anche a considerazioni in materia di efficienza e innovatività dei servizi. Altrettanto importante è che venga perseguita senza sconto alcuno la finalità indicata dal legislatore comunitario, ovvero la promozione della concorrenza. Quanto ai soggetti regolatori, la nuova normativa traccia un quadro completo dell'organizzazione, della funzione e del procedimento delle Anr e mostra chiaramente il suo *favor* per le autorità indipendenti (oltre che competenti e imparziali). Il requisito dell'indipendenza è soddisfatto quando le funzioni di regolazione sono separate da quelle di gestione, circostanza che tuttavia non pare garantita dal progetto di codice in discussione, in base al quale anche il Ministero svolge alcune attività di regolazione. In proposito è stato fatto notare che regolazione non è solo "*general rule making*" (attività paranormativa in America), bensì anche la determinazione di un contratto, di una autorizzazione, la fissazione dei prezzi. D'Alberti ha concluso sostenendo la necessità di subordinare la regolazione alla concorrenza nei mercati a liberalizzazione matura (è un principio di natura più generale) e di

garantire l'autonomia degli interventi antitrust rispetto a quelli di regolamentazione.

L'avvocato **Mensi**, funzionario dell'Autorità, ha poi illustrato i rapporti tra l'Anr e la Commissione europea, ricordando che prima della riforma quest'ultima agiva soltanto *ex post*, in qualità di autorità comunitaria preposta alla tutela della concorrenza. Gli aspetti principali del pacchetto di direttive sono stati individuati nella: applicazione di istituti classici del diritto della concorrenza anche in ambito regolamentare; ampia discrezionalità riconosciuta alle Anr; conferma della regolazione asimmetrica; istituzionalizzazione di una consultazione periodica tra le Anr in sede di Gruppo Regolatori Europeo; partecipazione dei privati ai procedimenti; collaborazione tra Anr e autorità antitrust in sede di definizione dei mercati rilevanti; attribuzione alla Commissione di strumenti giuridici di *soft law* per promuovere l'armonizzazione. Si tratta di un quadro istituzionale complesso, che prevede un coordinamento tra diversi soggetti sia a livello nazionale che in ambito comunitario e all'interno del quale la Commissione agisce come centro motore, affiancata, oltre che dalle autorità nazionali, dal Comitato consultivo e dal Gruppo Europeo dei Regolatori. In questo contesto l'Autorità opera a volte anche per conto della Commissione.

Le ultime tre relazioni sono state presentate da rappresentanti degli operatori attivi nel mercato nazionale.

La dottoressa **Martinelli**, di Omnitel, si è soffermata sulla definizione dei mercati rilevanti nella telefonia mobile, esprimendo il suo apprezzamento per la tendenza alla loro frammentazione che emerge dal nuovo quadro normativo, il quale garantisce che la valutazione del grado di concorrenza sia più analitica e modellata sulle caratteristiche dei singoli settori. Il mercato mobile, ad esempio, dovrebbe essere oggetto di una

maggior deregolamentazione in futuro, perché si presenta come fortemente competitivo: non vi sono barriere all'entrata, si moltiplicano le iniziative commerciali volte a diversificare i prodotti offerti, si registra l'ingresso di un nuovo operatore H3G, nonché un elevato tasso di cambiamento degli utenti da un gestore all'altro -fenomeno quest'ultimo favorito dalla "mobile number portability"- e infine la convergenza tecnologica in atto fa sì che la tecnologia alternativa del *wi-fi* eserciti una pressione concorrenziale anche su questo settore, oltre che su quello dell'accesso ad internet. Attualmente i mercati rilevanti individuati dalla Commissione all'interno del settore della telefonia mobile sono tre: l'accesso e la raccolta delle chiamate, che nella prossima *review* sarà probabilmente eliminato; la terminazione delle chiamate vocali su singole reti e il mercato all'ingrosso per i servizi di *roaming* internazionale (rispettivamente i mercati 15, 16 e 17 della Raccomandazione dei mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche⁶). In relazione al secondo la relatrice ha puntualizzato che se si interviene con strumenti regolatori quali la *cost orientation*, si incide sull'intero segmento delle comunicazioni mobili e si influenza negativamente il livello di investimenti, perché la terminazione costituisce una fonte di reddito molto importante soprattutto per i nuovi entranti. Qualificare la terminazione di chiamate come mercato rilevante comporta inoltre che ogni operatore, anche se nuovo entrante, sia considerato titolare di un monopolio e in quanto tale soggetto all'obbligo di notifica alla Commissione. Viene così meno un'asimmetria presente invece nel vecchio quadro normativo, in base al quale Vodafone e Tim, in quanto detentori di una quota del mercato dell'interconnessione superiore al 25 %, erano gli unici operatori a dover essere notificati. Quanto al *roaming* internazionale, il nuovo trend non renderà necessaria una regolamentazione

⁶ COM(2003) 497 final, dell'11 febbraio 2003.

incisiva. Vodafone ha infatti lanciato tariffe *flat* in vari paesi europei, in tal modo sollecitando la creazione di una cordata concorrente. Passando al contesto nazionale, Martinelli ha espresso perplessità sulla proposta dell’Autorità di affidare lo svolgimento dell’analisi dei mercati e la successiva attività di imposizione di obblighi a due distinte unità: la valutazione del grado di concorrenza effettiva condiziona il successivo intervento regolatorio e per tale ragione è opportuno che entrambe le attività siano svolte dallo stesso soggetto. Occorre poi evitare che l’ampia discrezionalità riconosciuta ai regolatori e l’assenza di precisi vincoli comunitari in ordine ai rimedi applicabili conduca ad una discriminazione tra i vari mercati nazionali. E’ dunque importante che le “*best practices*” comunitarie siano quelle delle autorità meno attive. In proposito sono stati richiamati i risultati della regolamentazione inglese che, partita dagli inizi degli anni ‘90 con interventi dell’*Oftel* su tutti i segmenti del mobile, non ha condotto all’apertura alla concorrenza che invece si registra nel mercato italiano. Nell’ottica di rendere l’intervento regolatorio il meno intrusivo possibile, il progetto di codice ha previsto l’uso dell’analisi di impatto regolazione. Si tratta di una scelta condivisibile, come pure condivisibile è l’aver previsto, in ambito nazionale, i principi di trasparenza, semplificazione, riduzione della regolamentazione nei mercati competitivi, limitazione dell’intervento pubblico allo stretto necessario. La relazione si è conclusa con l’invito, finalizzato ad eliminare il rischio dei poteri impliciti del regolatore, di considerare le nuove direttive come carta costituzionale del settore.

Il dottor **Gavosto**, di Telecom italia, ha dedicato la parte iniziale del suo intervento ad una rapida descrizione della vecchia disciplina: per le imprese del settore, prevalentemente pubbliche e verticalmente integrate, era prevista una pervasiva regolamentazione ex ante sia del mercato all’ingrosso sia del mercato al dettaglio, attraverso la fissazione delle tariffe di accesso

e/o interconnessione e dei prezzi finali. Il sistema ha indubbiamente prodotto notevoli effetti benefici, quali la disgregazione dei monopoli nazionali, l'ingresso di nuovi operatori e una concorrenza *service-based*. Ha però disincentivato l'investimento nelle infrastrutture e lo sviluppo di nuovi servizi come la banda larga e l'*Umts* (*Universal mobile telecommunications system*). Il limite principale delle direttive precedenti era la riduzione al minimo dello spazio lasciato alla concorrenza e il rischio di distorsioni provocato dalla regolazione contestuale del dettaglio e dell'ingrosso. Con riferimento alla nuova normativa, attenzione è stata dedicata ai criteri principali per la definizione dei mercati rilevanti, vale a dire: la presenza di forti ostacoli non transitori all'accesso al mercato e allo sviluppo della concorrenza, la presenza di caratteristiche che inducano a ritenere probabile lo sviluppo di una concorrenza effettiva e infine l'efficienza del solo diritto della concorrenza per la soluzione dei problemi rilevati. Il terzo fattore dovrebbe essere oggetto di valutazione congiunta da parte delle autorità antitrust e delle Anr. Secondo Gavosto, inoltre, sarebbe auspicabile aggiungere altre due condizioni a quelle già previste: la dimostrazione dell'esistenza di fallimenti di mercato non altrimenti superabili e l'analisi costi-benefici dei vari rimedi proposti, cioè i costi amministrativi legati all'imposizione di determinate misure dovrebbero essere confrontati con i vantaggi che conseguono ai consumatori in termini di surplus. I diciotto mercati individuati dalla Commissione saranno oggetto di revisione entro giugno del 2004 ed è probabile ed auspicabile che alcuni siano eliminati, altri aggiunti. Al momento essi ricalcano, specificandoli, i quattro mercati prima definiti nella direttiva interconnessione: servizi telefonici (telefonia fissa), telefonia mobile e linee affittate. L'individuazione operata dalla Commissione è un po' ingegneristica e, nonostante le affermazioni di principio, troppo poco basata sull'utilizzo degli strumenti di diritto della concorrenza. Essa trascura infatti la sostituibilità sul lato della domanda e su quello dell'offerta,

prevedendo ad esempio tra i mercati rilevanti l'*unbundling*, che è invece un servizio offerto da Telecom Italia, o la banda larga, che in quanto settore emergente non dovrebbe essere indicato. Tutti i mercati definiti dalla Commissione vengono sottoposti ad analisi da parte delle Anr, per stabilire se sono o no concorrenziali e in questa seconda evenienza agli operatori in posizione dominante sono imposti obblighi proporzionali. Alcuni aspetti della riforma sono indubbiamente positivi, come la circostanza che la quota di mercato debba essere valutata prospetticamente e costituisca solo uno degli elementi da considerare per determinare l'esistenza di un significativo potere di mercato. Rispetto al passato, inoltre, il regolatore gode di un ambito di discrezionalità più ridotto, perché, venuto meno l'automatismo nell'imposizione degli obblighi, egli deve scegliere l'obbligo più adatto per la situazione specifica, che sia proporzionale alla finalità che si deve perseguire.

Sulla delicata questione della determinazione degli obblighi da imporre si è concentrato l'ultimo relatore, il dottor **Amendola**, di Wind, che ha distinto gli obblighi primari, individuati dalle direttive accesso e servizio universale, dagli obblighi secondari, c.d. *remedies*, che invece devono essere determinati dall'Anr alla luce del problema concorrenziale rilevato. A suo avviso ad ogni obbligo primario corrispondono più *remedies*. Ad esempio, se occorre garantire più trasparenza, il regolatore potrà prescrivere l'accesso aggregato o disaggregato alla rete, oppure la pubblicazione di bollettini informativi; se l'obiettivo è invece la non discriminazione, potrà vietare lo scambio di informazioni tra unità rete e unità servizi; se è opportuno vietare l'applicazione di prezzi eccessivi, si potrà imporre la comunicazione anticipata al pubblico e al regolatore delle nuove offerte commerciali. Amendola ha concluso sostenendo la necessità di introdurre test di prezzo anche nei mercati regolamentati.