

Giovanni Crea

# Politiche comunitarie della concorrenza nelle telecomunicazioni

Libera Università "Maria Ss. Assunta"

Facoltà di Giurisprudenza



Copyright © MMVIII  
ARACNE editrice S.r.l.

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

via Raffaele Garofalo, 133 A/B  
00173 Roma  
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-1639-8

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2005

Titolo: *Elementi di concorrenza e regolazione nelle comunicazioni digitali*

II edizione: marzo 2008

# INDICE

Premessa	pag.	11
Introduzione	»	13

## CAPITOLO I DIRITTO DELLA CONCORRENZA E REGOLAZIONE PREVENTIVA. QUESTIONI INTRODUTTIVE

1. Introduzione	»	23
2. L'interesse generale sottostante la concorrenza.		
Diritto della concorrenza e regolazione preventiva	»	26
2.1. Sufficienza del diritto della concorrenza	»	27
2.2. Le ragioni della regolazione preventiva	»	31
3. Regolazione a tutela di interessi generali diversi da quelli legati alla promozione della concorrenza	»	33
3.1. Regolazione orizzontale, servizio pubblico e servizio universale	»	34
4. Il monopolio amministrato nelle telecomunicazioni	»	37
4.1. Tutela degli utenti e squilibrio tariffario nel monopolio amministrato	»	40
4.2. Il mercato degli apparecchi di telecomunicazioni	»	42
5. Il superamento del regime di monopolio nella fornitura dei servizi. Progresso tecnologico e convergenza	»	46
6. Introduzione della concorrenza. Liberalizzazione e <i>re-regulation</i>	»	48

## CAPITOLO II ANALISI ECONOMICA DEL MONOPOLIO

1. Relazione tra potere di mercato ed elasticità della domanda	»	55
--	---	----

2. Effetti del monopolio	»	61
2.1. La riduzione del benessere	»	62
2.2. Caccia alla rendita e difesa del monopolio	»	64
3. L'inefficienza del monopolio	»	66
4. Analisi del monopolio naturale	»	71
4.1. La proprietà di <i>subadditività</i> del costo di produzione	»	72
4.2. Il monopolio naturale sostenibile	»	74
4.3. Il monopolio naturale non sostenibile	»	76
4.4. L'estinzione del monopolio naturale	»	77
5. Ingresso in un mercato monopolistico e possibili implicazioni	»	79
5.1. Barriere naturali	»	80
5.2. Barriere artificiali	»	83

### CAPITOLO III

#### LA REGOLAZIONE DELL'ACCESSO ALLE RETI DI TELECOMUNICAZIONI

1. Introduzione	»	85
2. Il processo di liberalizzazione	»	88
3. L'opportunità di una regolazione preventiva e asimmetrica	»	93
4. La regolazione economica dell'accesso alle reti	»	96
4.1. L'obbligo di presentazione della contabilità dei costi	»	100
4.2. La regolazione del tasso di rendimento del capitale investito ( <i>rate of return</i> )	»	104
4.3. Implicazioni di inefficienza del modello <i>rate of return</i> e necessità del supporto contabile	»	108
4.4. Implicazioni del ritardo temporale della predisposizione del sistema di contabilità dei costi	»	111
4.5. Regolazione dei prezzi a carattere incentivante. Il meccanismo del <i>price cap</i>	»	115
5. Osservazioni conclusive	»	120

CAPITOLO IV  
LA REGOLAZIONE DELL'OFFERTA DEI  
SERVIZI FINALI DI TELECOMUNICAZIONI

1. La regolazione dei prezzi dei servizi al dettaglio	» 125
2. La disciplina del servizio universale nel quadro <i>ONP</i>	» 127
3. Il <i>price cap</i> tra ribilanciamento e abbordabilità dei prezzi	» 131
4. <i>Price cap</i> e prevenzione degli abusi di posizione dominante	» 134
5. <i>Safeguard cap</i> e <i>test</i> di prezzo	» 136
5.1. Il meccanismo di <i>safeguard cap</i>	» 137
5.2. I <i>test</i> di prezzo	» 139
6. L'istituto dell'autorizzazione preventiva. Conclusioni	» 141

CAPITOLO V  
LA RIFORMA DEL QUADRO NORMATIVO DEL  
1990

1. Introduzione	» 145
2. Il principio della neutralità tecnologica	» 146
2.1. Convergenza e sostituibilità	» 146
2.2. Barriere al cambiamento	» 148
3. Il nuovo modello concorrenziale di riferimento: dall' <i>Open Network Provision (ONP)</i> alla <i>network competition</i>	» 149
3.1. Concorrenza effettiva e <i>workable competition</i>	» 150
3.2. Diritto di accesso alle reti e <i>network competition</i>	» 151
4. Verso il nuovo quadro normativo	» 158
4.1. La necessità di un accesso disaggregato alla rete locale	» 159

4.2. Contributo del <i>local loop unbundling</i> alla realizzazione della società dell'informazione	»	162
--	---	-----

CAPITOLO VI  
IL QUADRO NORMATIVO DEL 2002 E LE  
ANALISI DI MERCATO

1. Introduzione	»	169
2. Analisi di mercato e assenza di concorrenza effettiva	»	172
3. La definizione dei mercati	»	175
3.1 I profili del mercato. Il prodotto e l'estensione geografica	»	177
3.2. Sostituibilità della domanda e dell'offerta ( <i>test</i> del monopolista ipotetico)	»	178
4. L'individuazione dei mercati rilevanti: i mercati suscettibili di regolazione <i>ex ante</i>	»	180
4.1. I criteri di selezione dei mercati	»	181
4.2. Modifica dei mercati indicati dalla Commissione europea	»	182
5. La nozione di significativo potere di mercato	»	186
5.1. Il potere di mercato	»	186
5.2. Il significativo potere di mercato (e la sua equivalenza con la nozione di posizione dominante)	»	188
5.3. La posizione dominante come presupposto di abusi di sfruttamento	»	189
5.4. La posizione dominante come presupposto di condotte escludenti	»	190
5.5. L'evoluzione della nozione di significativo potere di mercato dal vecchio al nuovo quadro normativo	»	191
5.6. Dominanza <i>ex ante</i> e dominanza <i>ex post</i>	»	193
6. La valutazione del significativo potere di mercato	»	194
6.1. Elasticità e potere di mercato	»	195

6.2. Valutazione del potere di mercato. Sostituibilità, rigidità della domanda e riduzione delle quantità	»	199
6.3. La quota di mercato	»	200
6.4. Analisi della dinamica della quota di mercato	»	204
6.5. Valutazione della quota di mercato relativa	»	207
6.6. Indicatori diversi dalla quota di mercato	»	209
7. La selezione degli obblighi destinati alle imprese dominanti	»	215
7.1. Idoneità e proporzionalità dei correttivi	»	217
7.2. Conseguenze della scelta di correttivi non proporzionati	»	218
Conclusioni	»	221

## APPENDICE

## MATERIALI NORMATIVI COMUNITARI

Direttiva 2002/21/CE	»	231
Direttiva 2002/19/CE	»	271
Direttiva 2002/22/CE	»	299
Direttiva 2002/20/CE	»	375





## PREMESSA

Questo lavoro monografico sulle *Politiche comunitarie della concorrenza nelle telecomunicazioni*, costituisce un aggiornamento dell'edizione del 2005 recante *Elementi di concorrenza e regolazione nelle comunicazioni digitali*. Con tale strumento, l'autore si propone di fornire un quadro quantomeno essenziale del progetto comunitario dell'introduzione della concorrenza nei mercati del settore delle comunicazioni, avviato dalla Commissione europea nel 1987 con il *libro verde sullo sviluppo di un mercato comune dei servizi ed apparati di telecomunicazioni*. Il duplice profilo, economico e giuridico, che ne caratterizza i contenuti, deriva dalla considerazione dell'opportunità di offrire agli studenti e ai cultori della materia una visione organica della questione. È questo un approccio che, a parere dell'autore, appare coerente con quella pratica ormai consolidata, secondo la quale il diritto fa uso della teoria economica e degli strumenti di analisi che questa gli rende disponibili per agevolare l'assunzione di decisioni "con cognizione di causa". Ed è questa l'espressione di una sorta di "convergenza" tra diritto ed economia. Così accade nel diritto della concorrenza, in cui gli strumenti apprestati dall'analisi economica per la definizione dei mercati rilevanti (del prodotto e geografico) e per la valutazione della posizione che, in questi, le imprese occupano rappresentano un supporto irrinunciabile per individuare le fattispecie suscettibili di restringere la concorrenza (posizioni dominanti, intese, concentrazioni). E a tal riguardo, rileva sottolineare che nel settore delle comunicazioni la disciplina della concorrenza si avvale di un quadro normativo complementare in cui le attività di definizione e di analisi dei mercati sono perfino codificate (v. Direttiva 2002/21/CE).

Dopo la trattazione di alcuni argomenti introduttivi concernenti sia il rapporto tra diritto della concorrenza e regolazione preventiva sia altri profili di regolazione (Capitolo I), il testo analizza la fattispecie del monopolio sotto un profilo prevalentemente economico (Capitolo II), nella prospettiva di far comprendere al lettore le condizioni in cui una siffatta organizzazione di mercato è economicamente giustificata

(monopolio naturale) ma anche di far cogliere i risvolti di inefficienza che si avrebbero se tale organizzazione non fosse sottoposta a una qualche forma di regolazione. Invero, anche la presentazione dell'analisi economica del monopolio ha, al pari del primo capitolo, un senso propedeutico all'illustrazione dei successivi argomenti con i quali, invece, si tratta della politica comunitaria della concorrenza nelle telecomunicazioni. Qui, l'enfasi si concentra sulle fasi salienti che l'hanno caratterizzata; segnatamente, l'introduzione del primo quadro normativo con cui il legislatore comunitario ha stabilito i principi di regolazione sia dell'accesso alle reti (Capitolo III) sia dell'offerta dei servizi finali (Capitolo IV), la sua riforma, resasi necessaria alla luce dei forti segnali inviati dal progresso tecnologico (Capitolo V) e il passaggio al secondo quadro normativo che segna una svolta nella politica delle telecomunicazioni sotto il profilo del metodo di regolazione (Capitolo VI).

L'auspicio dell'autore – come è facile immaginare – è quello di riuscire a trasferire in chi lo legge la “conoscenza” della politica della concorrenza nelle comunicazioni; ma, come spesso accade – e sicuramente questa esperienza monografica non è un'eccezione – i lavori su questo e altri temi non sono perfetti (e probabilmente non lo saranno mai). L'autore sarà pertanto grato a chiunque vorrà suggerire miglioramenti al testo o segnalare lacune ed errori.

Roma, marzo 2008

Giovanni Crea

## INTRODUZIONE

L'evoluzione tecnologica, in particolare la rappresentazione dei contenuti in forma digitale e i metodi di ampliamento della capacità di trasporto delle reti (c.d. larga banda), con la conseguente convergenza tra informatica e telecomunicazioni, sono alla base della liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni in Europa. Invero, va detto che sono le implicazioni di un siffatto mutamento che hanno spinto le istituzioni europee ad aprire i mercati: sulle reti di telecomunicazioni non ricorrevano più i vincoli economici che in passato avevano giustificato un regime di monopolio (monopolio naturale); né le condizioni di concorrenza che si profilavano con l'ingresso di nuove imprese rappresentavano un ostacolo oggettivo alla fornitura di servizi di telecomunicazioni di interesse generale, tale da consigliare al legislatore comunitario il proseguimento di un regime di monopolio ai sensi dell'articolo 86.2 del trattato CE<sup>1</sup>. Tuttavia, la liberalizzazione ha posto una "questione di concorrenza" dei mercati del settore delle comunicazioni in Europa, giacché, in tale circostanza, i detentori del passato monopolio *giuridico* continuavano a svolgere la loro attività economica in una posizione di mercato che, di fatto, restava la stessa, con l'aggravante però che, a differenza del precedente regime, tale situazione non implicava anche una forma di regolazione. Il ricorso a un diritto *speciale* delle comunicazioni è apparso dunque fin troppo ovvio. Si trattava, cioè, di introdurre un complesso di norme di sostegno alle regole della concorrenza, idonee a indurre gli *ex* monopolisti ad assumere comportamenti conformi alla *speciale responsabilità* che l'articolo 82 del trattato CE attribuiva a tale categoria; passaggio, questo, resosi necessario in ragione della

---

<sup>1</sup> Sul punto, cfr. Cfr. Direttiva 90/388/CEE, *relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni*, GUCE L 192 del 24 luglio 1990, considerando n. 1: "considerando [...] che nel corso degli ultimi decenni il settore delle telecomunicazioni ha registrato un'evoluzione tecnologica considerevole; che tale evoluzione permette l'offerta di una gamma sempre più variata di servizi ed in particolare di trasmissione di dati; che essa rende inoltre tecnicamente ed economicamente possibile un sistema in cui diversi operatori possano operare in concorrenza;"

constatazione che, al termine del processo di liberalizzazione, il mercato mostrava caratteristiche che non lasciavano presagire una sua evoluzione spontanea verso condizioni di concorrenza effettiva. Da allora – segnatamente, dal 1° gennaio 1998 – la regolazione preventiva degli abusi di posizione dominante si è sviluppata principalmente attorno al modello della “rete aperta” (c.d. *ONP*, *Open Network Provision*), resosi inizialmente necessario per poter mettere i nuovi entranti nelle condizioni di competere immediatamente con gli operatori *storici*<sup>2</sup>.

Peraltro, non va sottaciuto l’obiettivo originario che le istituzioni europee si sono prefissate, vale a dire l’instaurazione di un regime di concorrenza di tipo *facility based*, ritenuto quello più idoneo ad assicurare un equilibrio stabile e votato all’efficienza<sup>3</sup>. Questo modello – si diceva all’inizio di queste note – riposa sulla prospettiva, offerta dal progresso tecnologico, del superamento del monopolio naturale sulle preesistenti reti *storiche*; tanto che tale prospettiva ha innescato un processo di liberalizzazione, durato circa otto anni (1990-1997), che, oltre ai servizi di telecomunicazioni, ha interessato anche le reti. In particolare, il legislatore europeo ha posto l’enfasi sulla convergenza e sugli effetti che questa è suscettibile di dispiegare sotto il profilo dell’efficienza degli investimenti nelle reti alternative; grazie alla convergenza, è possibile realizzare architetture infrastrutturali più snelle con rendimenti di gamma crescenti (e dunque risparmi in termini di economie di gamma), mentre le economie di scala oggi non appaiono più l’unica forma di efficienza per la remunerazione del capitale investito, se pure va riconosciuto che queste operano comunque una selezione configurando una struttura di mercato oligopolistica. Insomma, il progresso tecnologico, visto nella sua dimensione dinamica, ha modificato il profilo di quel segmento della

---

<sup>2</sup> Cfr. L. PROSPERETTI, M. MERINI, *Dal vecchio al nuovo quadro regolatorio: la prospettiva economica*, in M. CLARICH, G. F. CARTEI (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2004, 23.

<sup>3</sup> Cfr. Direttiva 96/19/CE, *che modifica la direttiva 90/388/CEE al fine della completa apertura alla concorrenza dei mercati delle telecomunicazioni*, GUCE L 74 del 22 marzo 1996. Cfr. anche la più recente comunicazione della Commissione Europea, *Comunicazioni elettroniche: verso l’economia della conoscenza*, comunicazione COM(2003) 65 del 11 febbraio 2003.

filiera delle telecomunicazioni, rappresentato dalla rete e dalla sua funzione di *input* produttivo, da monopolio naturale a oligopolio, almeno allo stato attuale. Il caso delle comunicazioni mobili, in cui si osserva la presenza di quattro operatori indipendenti sotto il profilo della dotazione delle infrastrutture (TIM, WIND, VODAFONE e H3G), è esemplare in tal senso<sup>4</sup>.

L'esperienza dell'evoluzione tecnologica mostra come questa ha effetto sulle caratteristiche merceologiche dei mercati in ragione della convergenza delle reti e dei servizi di comunicazione; un tale esito, poi, può avere implicazioni concorrenziali positive in termini di riduzione delle barriere all'accesso. Simili intuizioni si leggono nel *libro verde* della Commissione europea sulla convergenza<sup>5</sup>, in cui emerge chiaramente l'esigenza di un quadro normativo coerente con il dispiegarsi di tale processo, il quale, oltre che coinvolgere – come si argomentava – i settori dell'informatica e delle telecomunicazioni, aveva iniziato a interessare anche quello dei *media*. Di qui, si comprende la necessità del legislatore comunitario di adeguare ai predetti mutamenti la regolazione dell'offerta di telecomunicazioni. Il passaggio più significativo in tal senso è rappresentato dalla revisione del quadro normativo istitutivo del mercato interno delle telecomunicazioni, avviata nel 1999 e culminata nell'adozione, nella primavera del 2002, di una disciplina delle reti e dei servizi di comunicazione digitali<sup>6</sup>; disciplina in cui, evidentemente, la *neutralità tecnologica* – logica espressione della convergenza – assurge a principio cardine di riferimento, e in cui ampio spazio è riservato alle analisi di mercato. In particolare, il ricorso alle analisi di mercato

---

<sup>4</sup> Peraltro, le previsioni degli studiosi in materia descrivono un assetto tendenziale del mercato delle telecomunicazioni caratterizzato da una ristretta platea di imprese concorrenti che si confrontano nell'offerta di un prodotto sempre più integrato (*global players*). Al riguardo, cfr. il saggio di E. CHELI, *Gli assetti di mercato delle telecomunicazioni e le nuove sfide della convergenza*, in C. DE VINCENTI, A. VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna, 2006, 177.

<sup>5</sup> Cfr. Commissione Europea, *Libro verde sulla convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione e sulle sue implicazioni normative*, COM(97) 623, del 3 dicembre 1997.

<sup>6</sup> La disciplina delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica è stata recepita in diritto interno con il Decreto legislativo n. 259 del 1 agosto 2003, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, G.U. n. 214 del 15 settembre 2003, s.o.

denota un approccio di regolazione che, con l'utilizzo dei principi del diritto della concorrenza, appare quello più idoneo a valutare il profilo concorrenziale degli scambi di servizi sia di rete (destinati in particolare ad operatori che richiedono l'accesso alle infrastrutture) sia di comunicazione elettronica (normalmente utilizzati dagli utenti finali). L'uso di questa metodologia – e delle nozioni e dei parametri connessi (sostituibilità, *price test*, elasticità incrociata, ...) – rinvenibile nella tradizione *antitrust*, si estende dunque all'attività di regolazione nel settore delle telecomunicazioni<sup>7</sup>. Qui, l'enfasi si concentra sui mercati in cui le barriere all'accesso appaiono insormontabili anche nel lungo periodo; e in cui le regole della concorrenza non forniscono sufficienti garanzie di rimozione degli ostacoli esistenti in misura tale da assicurare una concorrenza effettiva o, quantomeno, da favorire condizioni di concorrenza potenziale idonee ad arrecare un apprezzabile contrasto ai comportamenti indipendenti delle imprese dominanti. Questi profili sono stati considerati dalla Commissione europea alla stregua di *criteri* di selezione dei mercati<sup>8</sup>; sicché, secondo questo approccio, i mercati in cui detti criteri sono verificati assumono "rilevanza" dal punto di vista dei rischi di abuso di posizione dominante e, per questo, appare necessario condurre un'analisi di tipo *antitrust*.

Malgrado il contributo della tecnologia digitale e della larga banda, la politica comunitaria della concorrenza nelle telecomunicazioni appare, tuttavia, ancora lontana dall'obiettivo dell'instaurazione di una concorrenza effettiva che sia espressione di

---

<sup>7</sup> Sul punto, cfr. Direttiva 2002/21/CE, *che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro)*, GUCE L 108 del 24 aprile 2002; Commissione Europea, Raccomandazione 2003/311/CE, *relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica*, GUCE L 114, del 8 maggio 2003.

<sup>8</sup> Sul punto, cfr. Commissione Europea, Raccomandazione 2003/311/CE, cit. In letteratura v. S. CIULLO, *Presupposti sostanziali della regolazione*, in M. CLARICH, G. F. CARTEI (a cura di), *op. cit.*, 115 ss. L. PROSPERETTI, M. MERINI, *Dal vecchio al nuovo quadro regolatorio: la prospettiva economica*, *op. cit.*, 45 ss. L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche*, in *Mercato concorrenza regole*, dicembre 2002, 569, ss.

una rivalità tra imprese indipendenti sotto il profilo della dotazione delle infrastrutture distributive. Al riguardo, va sottolineato come nell'ottica della liberalizzazione delle reti, ossia della rimozione dei diritti di gestione esclusiva nella prospettiva che anche altre imprese ne avrebbero potuto installare di nuove e più efficienti, il modello di regolazione fondato sull'accesso alle reti degli operatori *incumbent* non poteva che avere un carattere transitorio: supportare, cioè, le imprese entranti per gli scopi di concorrenza nei mercati a valle per il tempo necessario alla costruzione di proprie infrastrutture, così da diventare completamente autonome. E invece, sul lungo periodo, il predetto modello ha finito per prevalere, consolidandosi nella sua composizione regolatoria con misure di separazione tra la funzione di rete e quella di vendita delle imprese dominanti che, in paesi come l'Italia e la Gran Bretagna, sono andate oltre il profilo contabile interessando, con modalità diverse, anche la loro struttura organizzativa.

La questione può tuttavia essere argomentata da un punto di vista diverso che, in qualche misura, giustifica la coesistenza nel lungo termine tra liberalizzazione delle reti e accesso a quelle degli *incumbent*. In quest'ottica, rileva osservare come questi due passaggi abbiano contribuito a distinguere le parti di rete – equiparabili a distinte fasi produttive della *filiera* delle telecomunicazioni – che si sono sviluppate in chiave concorrenziale e quelle che, invece, permangono in una condizione di monopolio o di *quasi-monopolio*. L'esperienza del mercato delle telecomunicazioni dimostra che la fornitura dei collegamenti materiali di distribuzione agli utenti finali, c.d. di “ultimo miglio”, continua a mantenere connotati di esclusiva, al punto da mettere in discussione la valenza del paradigma tecnologico dell'estinzione del monopolio naturale. Alla luce di questa condizione, è possibile trarre alcune considerazioni. Al riguardo, va osservato come nei mercati delle telecomunicazioni il modello *facility based* ha trovato una parziale applicazione; esito, questo, che va comunque apprezzato nella misura in cui introduce elementi di efficienza (e concorrenza) dinamica, se pure – come si diceva – limitatamente alle parti di rete sulle quali gli operatori concorrenti hanno deciso di investire (normalmente il *backbone*, ossia l'infrastruttura preposta al trasporto della massa dei contenuti riferiti a una molteplicità di

comunicazioni). Mentre l'accesso alle reti distributive degli *ex* monopolisti mediante separazione tecnica dei singoli collegamenti d'utente (*local loop unbundling* o *ULL*), ampiamente promossa dalle istituzioni europee, sembra voler rappresentare una soluzione definitiva, o quasi, sotto il profilo delle scelte di *policy*. Si profila dunque un mutamento della politica comunitaria in materia di concorrenza nelle telecomunicazioni rispetto all'originario progetto della realizzazione di una *network competition* totale (estesa, cioè, a tutti gli anelli della catena produttiva), sulla cui valenza esistono – neppure a dirlo – visioni diverse: da un lato, vi è l'orientamento ad accogliere il modello dell'accesso alla rete, in particolare l'*ULL*, e a riconoscere il fallimento della politica fondata sulla costruzione di infrastrutture distributive alternative<sup>9</sup>; dall'altro, invece, si manifesta il convincimento che l'incentivo a investire anche nella realizzazione delle reti di distribuzione (ad esempio, impiegando meccanismi di regolazione che prevedono l'aumento graduale dei prezzi dell'accesso) può innescare un processo di efficienza e concorrenza dinamica simile a quello che Schumpeter indicò con il termine di “distruzione creativa”<sup>10</sup>. Le esperienze di separazione della rete maturate in Italia e in Inghilterra, nell'un caso sotto il profilo amministrativo<sup>11</sup> nell'altro a livello funzionale con la creazione di una

---

<sup>9</sup> In tal senso, cfr. E. PONTAROLLO, *La muraglia cinese di Ofcom*, in *Beltel*, ottobre 2005, 42 ss. C. LEPORELLI, P. REVERBERI, *Praticabilità dell'unbundling: aspetti regolamentari e di tutela della concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 1/2004, 129 ss. E. GALLO, E. PONTAROLLO, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 3/2006.

<sup>10</sup> Sulla valenza della *network competition* cfr. M. CAVE, I. VOGELSANG, *How Access Pricing and Entry Interact*, in *Telecommunications Policy*, n. 27/2003. In tal senso vedi anche M. MONTI, *Antitrust e regolamentazione nell'industria delle comunicazioni elettroniche - principi e prospettive*, Workshop on Fixed and mobile telecommunications system: Onp era balance and EU new regulatory framework perspectives, Napoli, 22-23 marzo 2004. Nella stessa direzione, sia consentito il rinvio anche a G. CREA, A. GIANNACCARI, *Il binomio banda larga e industria dei contenuti tra innovazione, diritto antitrust e regolazione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1/2005, 80 ss.

<sup>11</sup> Cfr. Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, *Delibera n. 152/02/CONS, Misure atte a garantire la piena applicazione del principio di parità di trattamento interna ed esterna da parte degli operatori aventi notevole forza di mercato nella telefonia fissa*, G. U. n. 153 del 27 giugno 2002.



*business unit* separata (denominata Openreach)<sup>12</sup>, riflettono dunque la certezza della permanenza del monopolio naturale sul segmento di ultimo miglio e della valenza solo teorica del modello di concorrenza *facility based*. Siffatte misure di separazione, il cui scopo è quello di garantire che gli scambi degli *input* di rete tra *incumbent* e imprese entranti siano conformi ai principi della trasparenza e dell'*equality of access*, hanno una chiara prospettiva di lungo periodo nella quale, in assenza di meccanismi di *ladder of investment*, l'innovazione tecnologica, gli investimenti e la concorrenza dinamica hanno margini di espressione veramente limitati; prospettiva che, invece, lascia posto alla concorrenza statica di tipo *service based*, tipica delle soluzioni di accesso alle reti.

Peraltro, rileva osservare che, sotto il profilo del diritto comunitario, la disciplina dell'accesso alle reti non esclude l'applicazione di una misura di separazione delle corrispondenti attività, se pure questa va ricondotta nel contesto di un intervento eccezionale rispetto all'applicazione degli obblighi previsti dalla predetta disciplina<sup>13</sup>. Nondimeno, fermo restando il carattere di eccezionalità e le previste procedure di approvazione da parte della Commissione europea, si deve rilevare un passaggio della politica comunitaria delle telecomunicazioni che, in sede di revisione del quadro normativo, pare voler dare particolare risalto alla predetta misura con l'introduzione di un articolo in cui ne descrive il profilo (*separazione funzionale*) e i vincoli di parità di trattamento cui l'unità commerciale separata verrebbe sottoposta<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Office of Communications, *Final statements on the strategic review of telecommunications, and undertakings in lieu of a reference under the Enterprise act 2002*, 22/09/05; C. LONG, *Ofcom strategic review of telecommunications: a new form of regulatory contract*, in *Communication Law*, 10,1, 2005, pp. 4-5.

<sup>13</sup> In tal senso, cfr. Direttiva 2002/19/CE, *relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso)*, GUCE L 108 del 24 aprile 2002, all'articolo 8, paragrafo 3.

<sup>14</sup> Cfr. Commissione Europea, *Proposta di direttiva del parlamento europeo e del consiglio recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le*

Chiudiamo queste note introduttive osservando come la politica della concorrenza nelle telecomunicazioni non dovrebbe escludere definitivamente dalle sue opzioni il modello *facility based*. Se tale prospettiva resta nel disegno di regolazione comunitario, ma soprattutto se resta negli obiettivi delle autorità nazionali di regolazione, allora anche in un contesto in cui il modello dell'accesso alle reti di telecomunicazioni assume profili marcati, con l'adozione di misure di separazione delle reti medesime, è possibile evitare il rischio di un sensibile rallentamento – per non dire di un blocco – del progresso tecnologico nel settore delle telecomunicazioni. La Commissione europea sembra voler mantenere questo orientamento laddove sottopone la prospettiva di un obbligo di separazione funzionale della rete alla valutazione dell'impatto sia sulla propensione agli investimenti da parte dell'impresa interessata sia sulla concorrenza tra infrastrutture, quest'ultima da intendersi riferita alla parte di ultimo miglio<sup>15</sup>. Questo passaggio non è di poco conto, se si considera che tecnologie *wireless* basate sullo sfruttamento dello spettro frequenziale, quali la soluzione *Wi Max*, pur essendo soggette ancora a vincoli sotto il profilo dell'irradiazione del segnale e delle interferenze, rappresentano comunque una potenziale alternativa economica ai collegamenti materiali di ultimo miglio; ma il superamento delle predette barriere tecniche può avvenire solo se si mantengono le condizioni che stimolano l'innovazione tecnologica

---

*reti e i servizi di comunicazione elettronica*, comunicazione COM(2007) 697 del 13 novembre 2007, 47. Nella parte che contempla modifiche alla Direttiva 2002/19/CE, la Commissione introduce l'articolo 13 bis in cui delinea la possibilità per le autorità nazionali di regolazione di adottare, conformemente alle disposizioni dell'articolo 8 della direttiva medesima, una misura di *separazione funzionale*: “Un'autorità nazionale di regolamentazione può, conformemente a quanto disposto dall'articolo 8, in particolare dal secondo comma dell'articolo 8, paragrafo 3, imporre alle imprese verticalmente integrate l'obbligo di collocare le attività relative alla fornitura all'ingrosso di prodotti di accesso in un'unità commerciale operante in modo indipendente. Tale unità commerciale fornisce prodotti e servizi di accesso a tutte le imprese, comprese le altre unità commerciali all'interno della società madre, negli stessi tempi, agli stessi termini e condizioni, in particolare per quanto riguarda i livelli di prezzi e servizi e attraverso gli stessi sistemi e le stesse procedure.”

<sup>15</sup> In tal senso, nell'ambito dell'articolo 13 bis, v. Commissione Europea, comunicazione COM(2007) 697, cit. a p. 48.

che dunque, dal punto di vista dei sostenitori della concorrenza dinamica, è un'attività cruciale. Peraltro, a ben riflettere, qualcosa del genere è già accaduto nel passato con l'introduzione della telefonia mobile (v. *supra*), la cui tecnologia di ultimo miglio – mobilità a parte – fa uso di risorse spettrali.



# CAPITOLO I

## DIRITTO DELLA CONCORRENZA E REGOLAZIONE PREVENTIVA. QUESTIONI INTRODUTTIVE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'interesse generale sottostante la concorrenza. Diritto della concorrenza e regolazione preventiva. – 2.1. Sufficienza del diritto della concorrenza. – 2.2. Le ragioni della regolazione preventiva. – 3. Regolazione a tutela di interessi generali diversi da quelli legati alla promozione della concorrenza. – 3.1. Regolazione orizzontale, servizio pubblico e servizio universale. – 4. Il monopolio amministrato nelle telecomunicazioni. – 4.1. Tutela degli utenti e squilibrio tariffario nel monopolio amministrato. – 4.2. Il mercato degli apparecchi di telecomunicazioni. – 5. Il superamento del regime di monopolio nella fornitura dei servizi. Progresso tecnologico e convergenza. – 6. Introduzione della concorrenza. Liberalizzazione e *re-regulation*.

### 1. Introduzione.

La regolazione è un insieme di misure che uno Stato, o un organismo indipendente incaricato, applica al comportamento dei soggetti che fanno parte del sistema in cui l'amministrazione ha ragione di intervenire. Tale intervento modifica il loro comportamento o, quanto meno, lo influenza allo scopo di salvaguardare un determinato interesse generale<sup>1</sup>. Gli esempi tratti dall'esperienza quotidiana o dai fatti noti dall'informazione, ci fanno immediatamente comprendere come una società è sempre sottoposta a una qualche regolazione attuata nell'interesse dei cittadini. Il codice stradale si propone di regolare gli spostamenti degli individui attraverso mezzi di trasporto privati e pubblici; il suo intento è evidentemente quello di

---

<sup>1</sup> In tal senso, G. MARZI, L. PROSPERETTI, E. PUTZU, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Il Mulino, Bologna, 2001, 18.

minimizzare i disagi che possono derivare dal transito sulle strade di un gran numero di veicoli. E così anche la proibizione dell'uso di alcool prima di mettersi in viaggio alla guida di un autoveicolo, è una forma di regolazione del consumo di bevande alcoliche, la cui finalità è quella di prevenire gli incidenti stradali. Per sottolineare la necessità delle regole nei sistemi sociali potremmo perfino citare casi classici di autoregolazione, come la disciplina della fila d'attesa, alla quale quasi tutti i giorni siamo sottoposti.

Spostando l'enfasi sui sistemi economici, qui si rileva facilmente che gli agenti interessati dalla regolazione sono le famiglie e le imprese. Le prime esprimono normalmente la domanda di beni e servizi finali; le altre, secondo i casi, svolgono funzioni di domanda o di offerta<sup>2</sup>. Una classificazione generale della regolazione economica riposa proprio sulla distinzione tra la domanda e l'offerta, i cui comportamenti come si diceva possono essere sottoposti all'osservanza di determinate regole. Tra gli esempi di regolazione della domanda possiamo richiamare nuovamente il divieto di assunzione di alcool in un contesto che prevede anche la guida di un autoveicolo. Anche l'imposizione di una tassa per l'uso di tabacco e l'obbligo di non consumarlo nei locali pubblici sono esempi di regolazione della domanda di questo prodotto che ha evidenti scopi di tutela della salute pubblica. Mentre la regolazione della domanda di talune risorse giudicate essenziali per la presenza su un mercato ha finalità redistributive e di tutela della concorrenza; a questo riguardo, si pensi alla regolazione dell'acquisto dei diritti di distribuzione televisiva degli eventi calcistici che pone il divieto ai fornitori di contenuti di acquisirli con riferimento a piattaforme per le quali essi non dispongono del previsto titolo abilitativo<sup>3</sup>. La regolazione

---

<sup>2</sup> Nei mercati intermedi, in cui sono scambiate le materie prime, la domanda è rappresentata da imprese che utilizzano questi *input* in fasi successive della filiera produttiva.

<sup>3</sup> Norma contenuta nella legge del 19 luglio 2007, n. 106, *Delega al Governo per la revisione della disciplina relativa alla titolarità ed al mercato dei diritti di trasmissione, comunicazione e messa a disposizione al pubblico, in sede radiotelevisiva e su altre reti di comunicazione elettronica, degli eventi sportivi dei campionati e dei tornei professionistici a squadre e delle correlate manifestazioni sportive organizzate a livello nazionale*, G. U. n. 171 del 25 luglio 2007, art. 3 lett.

dell'offerta, invece, agisce direttamente sull'attività economica delle imprese. Qui l'interesse generale che si intende proteggere si desume dalle condizioni-obiettivo, economiche ed extraeconomiche, che il regolatore si propone di conseguire con il suo intervento nei mercati rilevanti; sono perciò condizioni favorevoli all'interesse generale – per fare qualche esempio – la concorrenza, l'accesso a taluni beni e servizi di pubblica utilità, il benessere dell'ambiente oppure il pluralismo dell'informazione e dei mezzi di comunicazione.

Va peraltro osservato, che sotto il profilo giuridico l'iniziativa economica è un diritto riconosciuto dalla Costituzione nazionale con l'articolo 41 che, tuttavia, precisa come tale iniziativa “[n]on può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.”. In questa prospettiva, il medesimo articolo ammette la regolazione dell'attività economica, stabilendo che “[l]a legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.”. La regolazione dell'offerta è chiamata dunque a coniugare la libertà di iniziativa economica con la tutela di valori che l'esercizio di detta libertà potrebbe compromettere, ivi compresa la salvaguardia della medesima funzione economica che altri soggetti hanno diritto di esercitare. La legislazione nazionale del settore delle comunicazioni elettroniche fornisce un esempio in tal senso con il *Codice delle comunicazioni elettroniche*, il quale, in conformità al dettato costituzionale, contempla esplicitamente, tra i suoi obiettivi generali, la libertà dell'attività economica delle imprese del settore; nondimeno, questa è collocata nel quadro di una disciplina specifica delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, adottato per conseguire scopi di

---

d). Merita peraltro osservare che una siffatta misura è stata mutuata da uno degli impegni – poi convertito in obbligo dalla Commissione Europea – assunti da Newscorp per ottenere dal regolatore europeo l'autorizzazione a procedere all'acquisizione del controllo di Telepiù e Stream. Sul punto v. Commissione Europea, Decisione 2004/311/CE, Caso COMP/M.2876, *Newscorp/Telepiù*, GUUE L 110 del 16 aprile 2004, considerando n. (225): “[...] Newscorp rinuncerà ai propri diritti esclusivi in relazione alle piattaforme televisive diverse dal DTH (terrestre, cavo, UMTS, Internet, ecc.).”.

promozione della concorrenza e di salvaguardia dei diritti degli utenti finali<sup>4</sup>.

## **2. L'interesse generale sottostante la concorrenza. Diritto della concorrenza e regolazione preventiva.**

Rileva peraltro sottolineare come questa visione di “libertà condizionata” delle imprese si ritrova anche nel diritto comunitario, che sottopone la loro attività ad alcune regole per evitare che queste possano adottare comportamenti idonei a restringere la concorrenza. La concorrenza appare senza dubbio uno dei principali obiettivi dei paesi la cui politica economica è fondata sui principi del mercato aperto e sugli investimenti. L'interesse generale che con questa condizione-obiettivo il regolatore si propone di tutelare è qualificabile come benessere del sistema economico considerato nel suo complesso; e dunque come benessere per i consumatori e per le imprese<sup>5</sup>.

Generalmente, il gioco concorrenziale descrive una condizione di mercato preferibile al monopolio ovvero alle posizioni dominanti o, comunque, a forme di potere di mercato nate da intese o concentrazioni esterne nella misura in cui queste possono compromettere gli interessi dei consumatori determinando una sostanziale assenza di concorrenza. Sotto il profilo giuridico, il diritto comunitario stabilisce il principio della concorrenza nel mercato interno e l'instaurazione di un regime atto a garantire che questa non

---

<sup>4</sup> Al riguardo, cfr. Decreto legislativo n. 259/2003, cit., articolo 4.

<sup>5</sup> La visione qui rappresentata è quella europea che attribuisce pari dignità, in un sistema economico, alle imprese ed ai consumatori. Questa prospettiva fonde insieme la teoria del *consumer welfare* che, con Adam Smith e altri esponenti della Scuola classica, attribuisce al consumatore un ruolo centrale, e la teoria della Scuola di Chicago che, invece, dà rilievo all'efficienza del sistema delle imprese, affermando come i consumatori siano comunque beneficiari di una siffatta condizione. Su queste argomentazioni v. S. VIGLIAR, *La concorrenza*, in M. COLUCCI, S. SICA (a cura di), *L'Unione Europea*, Bologna, Zanichelli, 2005, 297-298.