

La disciplina comunitaria delle comunicazioni. Tra regolamentazione “decentrata” e liberalizzazione del mercato

di Stefano Amadeo

Sommario

1. Introduzione. – **2. I principi di struttura del mercato comunitario delle comunicazioni.** – **3. Il sistema istituzionale: le autorità nazionali di regolamentazione (ANR) e la Commissione.** – **4. (Segue) Il carattere decentrato e integrato dei controlli.** – **5. La disciplina materiale del mercato delle comunicazioni: le condizioni d'accesso e d'esercizio che possono essere imposte dagli Stati membri (cenni).** – **6. Tutela della concorrenza e misure “preventive” a correzione degli squilibri del mercato.** – **7. Conclusioni.**

1. Introduzione

L'attuale disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche, contenuta nel cd. pacchetto di direttive del 2002 e in vari atti non vincolanti ⁽¹⁾, costituisce l'esito di un processo norma-

(1) Cfr. direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso), in *GU* L 108 del 24 aprile 2002, p. 7; direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), in *GU* L 108 del 24 aprile 2002, p. 21; direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), in *GU* L 108 del 24 aprile 2002, p. 33; direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), in *GU* L 108 del 24 aprile 2002, p. 51; direttiva 2002/77/CE della Commissione del 16 settembre 2002 relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, in *GU* L 249 del 17 settembre 2002, p. 21. La definizione, ampia, delle “reti” e dei “servizi” di comunicazione elettronica è contenuta, in particolare, nella direttiva quadro, art. 2, lett. a) e c), cui si rinvia.

tivo di liberalizzazione avviato, per fasi, dalle istituzioni comunitarie sin dalla fine degli anni '80 ⁽²⁾.

Si tratta di un complesso assai articolato di regole, di natura strumentale e sostanziale, volte a garantire l'instaurazione e l'operatività del mercato europeo delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica.

La realizzazione di tale obiettivo innanzitutto comporta l'armonizzazione e la semplificazione delle condizioni d'accesso al mercato nazionale che gli Stati membri possono imporre agli operatori (fornitori di reti e servizi) per soddisfare esigenze pubbliche compatibili con il diritto comunitario. In secondo luogo, e sotto il profilo "privatistico", implica la determinazione di regole di comportamento minime a carico della generalità degli operatori e, soprattutto, l'imposizione di obblighi "specifici" e "asimmetrici" a carico delle imprese provviste di un "significativo potere di mercato" (SPM) ⁽³⁾. Le prime e i

(2) Sulle linee evolutive della disciplina cfr., in generale, A. DE STREEL, R. QUECK, P. VERNET, *Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques*, in *Cahiers de droit européen*, 2002, pp. 243-312; F.M. SALERNO, *Telecomunicazioni e autorità indipendenti: appunti sullo sviluppo dei rapporti tra diritto comunitario e organizzazione amministrativa interna*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, pp. 679-720; A.F. BAVASSO, *Electronic communications: A new paradigm for european regulation*, in *Common market law review*, 2004, pp. 87-118. Per eccellenti elaborazioni "sistematiche" della materia cfr. L. GARZANITI, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EU Competition Law and Regulation*, London, 2003; P. NIHOUL, P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law: Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford, 2004.

(3) Sulle regole di comportamento applicabili a tutte le imprese v. art. 4 e 5 della direttiva accesso; sulla nozione di impresa con SPM, *infra*, par. 6. Sulla "asimmetria" degli obblighi che possono essere imposti alle imprese fornite di un significativo potere di mercato, rispetto agli altri operatori privi di tale potere, allo scopo di ristabilire un'eguaglianza sostanziale, P. NIHOUL, *Droit européen des télécommunications – L'organisation des marchés*, Bruxelles, 1999, p. 253 e ss.; A. DE STREEL, *The New Concept of "Significant Market Power" in Electronic Communications: the Hybridisation of the Sectoral Regulation by Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 2003, pp. 535-542. Per quanto riguarda il versante italiano, cfr. le indicazioni fornite dal Presidente dell'Autorità Garante per le Comunicazioni, Corrado Calabrò, nell'audizione del 18 ottobre 2006 tenuta dinanzi alla VIII Commissione del Senato (in www.agcom.it), spec. p. 5 e ss., secondo cui l'impresa *ex monopolista* nel settore delle telecomunicazioni, Telecom Italia, avrebbe lamentato una "discriminazione inversa" rispetto agli operatori concorrenti.

secondi possono essere modulati, dalle autorità nazionali di regolamentazione (ANR), in funzione dell'esigenza di promuovere e garantire efficienza economica e "concorrenza sostenibile" sui mercati riguardati.

L'assetto normativo così delineato si fonda, peraltro, su di un presupposto e implica taluni corollari.

a) A monte della disciplina si situa, come necessaria premessa della liberalizzazione, il divieto delle normative nazionali che conferiscono diritti esclusivi o speciali di fornitura delle reti o dei servizi. Il settore delle comunicazioni si caratterizza, a tal riguardo, come l'ambito privilegiato e l'esperienza "pilota" tra gli interventi normativi comunitari tesi allo "smantellamento" dei monopoli pubblici.

Su un piano generale, infatti, l'art. 86, par. 1, del Trattato, sembra presupporre la liceità comunitaria, seppur condizionata, dei monopoli nazionali o della concessione, da parte dello Stato, di diritti speciali o esclusivi a taluni operatori ⁽⁴⁾. Tale assunto è confermato dalla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui i monopoli (o quasi monopoli) pubblici non sono, in linea di principio, incompatibili con il diritto comunitario. Possono tuttavia ricorrere ipotesi in cui la stessa attribuzione di un diritto speciale o esclusivo è idonea a determinare forme d'esercizio del medesimo contrarie al Trattato. Tale accertamento va svolto sulla base di un esame caso per caso della normativa nazionale e della situazione dei mercati riguardati. Nella giurisprudenza più recente, peraltro, l'accento è stato progressivamente posto sugli effetti "limitativi" delle libertà di circolazione e della libertà di concorrenza determinati

(4) Ai sensi dell'art. 86, par. 1, TCE, "Gli Stati membri non emanano né mantengono nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e 81 a 89 inclusi". Nell'interpretazione della norma, e nell'accertamento della compatibilità dei regimi nazionali di monopolio o di quasi monopolio, centrale è la definizione della "contrarietà" della disciplina nazionale rispetto alle norme del Trattato (al divieto di discriminazione in base alla nazionalità e alle regole sulla concorrenza in particolare), da operarsi "per rinvio" al contenuto liberalizzatore di queste ultime: cfr., in tal senso, già CGCE, 19 marzo 1991, C-202/88, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-1223, cpv. 22.

dall'esistenza di diritti speciali o esclusivi, e dunque sulla necessità di "giustificare" tali effetti nell'ambito delle deroghe contemplate dal Trattato, alla luce del principio di proporzionalità ⁽⁵⁾.

Per quanto concerne, in particolare, le comunicazioni elettroniche, in ragione tanto dell'importanza economica del settore per lo sviluppo del mercato unico, quanto dell'elevato grado di "concentrazione" dell'offerta e d'intervento dei poteri pubblici ⁽⁶⁾, l'accertamento della contrarietà, ai sensi dell'art. 86, par. 1, del conferimento di diritti esclusivi o speciali con il Trattato è stata svolta, con un grado crescente di intensità, dallo stesso legislatore comunitario, con il supporto della Corte. In tale prospettiva la direttiva concorrenza conferma il divieto degli Stati membri di "accordare o mantenere in vigore diritti esclusivi o speciali per l'installazione e/o la fornitura di reti di comunicazione elettronica o per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica a disposizione del pubblico" (art. 2); il riconoscimento alle imprese di situazioni di privilegio legale è tuttavia consentito, in virtù di disposizioni comunitarie speciali, subordinatamente al rispetto di "criteri obiettivi, proporzionati e non discriminatori" nella selezione degli operatori (art. 1) ⁽⁷⁾.

(5) V. L. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni*, Torino, 1999, spec. p. 60 e ss., G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 760 e ss. e L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006, pp. 233, 235 e ss. La contrarietà dell'attribuzione di diritti esclusivi con il Trattato è stata configurata, per esempio, in caso di (manifesta) incapacità dell'impresa beneficiaria di soddisfare la domanda del mercato (CGCE, 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner*, in *Racc.*, p. I-1979; 11 dicembre 1997, C-55/96, *Job Centre*, in *Racc.*, p. I-7119), ovvero nel caso di attribuzione, in capo ad uno stesso operatore, di più diritti esclusivi, in modo tale da consentirgli di discriminare i beni o i servizi dei concorrenti a beneficio dei propri (così per i diritti esclusivi di trasmissione televisiva, nonché di ritrasmissione dei programmi di operatori stranieri: 18 giugno 1991, C-260/89, *ERT*, in *Racc.*, p. I-2925; v. anche 13 dicembre 1991, C-18/88, *RTT*, in *Racc.*, p. I-5941; 12 febbraio 1998, C-163/96, *Raso*, in *Racc.*, p. I-533).

(6) Cfr. i considerando 4 e 1 della direttiva quadro, cit.

(7) Cfr. CGCE, 12 dicembre 1996, C-302/94, *British Telecommunications*, in *Racc.*, p. I-6417, cpv. 34. La definizione della nozione di diritti esclusivi e di diritti speciali è contemplata dall'art. 1 della direttiva concorrenza, cui si rinvia. Il divieto di istituire o mantenere diritti siffatti (pur con talune modulazioni) viene fondato (*ex* considerando n. 8), in particolare, sull'incompatibilità materiale degli effetti da questi prodotti con l'art. 43 e/o con l'art. 82, co. 2, lett. b, TCE. In realtà la qualificazione in

b) L'apertura del mercato delle comunicazioni alla libertà di prestazione ed alla concorrenza, oltre che volano di sviluppo, costituisce espressione di democrazia economica e strumento di pluralismo. In tale prospettiva la disciplina comunitaria è chiamata a temperare, da un lato, i diritti d'accesso e d'esercizio delle imprese e, dall'altro, i diritti degli utenti finali e dei consumatori, in particolare per ciò che concerne la qualità, la continuità, l'universalità e la fruibilità economica dei servizi di comunicazione.

In altri termini, e conformemente agli articoli 16 e 86, par. 2, TCE, il processo di liberalizzazione non deve andare a pregiudizio dei diritti dei fruitori; si configura dunque la necessità di colmare le "lacune" del mercato con misure comuni volte a garantire l'espletamento della missione di servizio pubblico (o di "servizio universale") di livello e qualità almeno comparabili a quelli prevalenti ai tempi della monopolizzazione, e però, diversamente da questi, nel rispetto di standard di tendenziale apertura al mercato ed efficienza economica ⁽⁸⁾.

c) Infine lo sviluppo del mercato unico delle comunicazioni implica misure d'accompagnamento specifiche finalizzate a garantire il rispetto dei diritti fondamentali degli utenti e, in particolare, la sicurezza e la riservatezza delle comunicazioni ⁽⁹⁾.

esame appare più restrittiva: così la contrarietà dei diritti speciali con la direttiva è commisurata al mancato impiego di criteri di obiettività, proporzionalità e non discriminazione nella selezione degli operatori che beneficeranno di una posizione di privilegio, ciò che determina una violazione del principio, inerente al sistema di concorrenza non falsata voluto dal Trattato, della "eguaglianza delle opportunità tra i vari operatori economici" (cfr. CGCE, 19 marzo 1991, *Francia c. Commissione*, cit., cpv. 51; 13 dicembre 1991, *RTT*, cit., cpv. 25; 22 maggio 2003, C-462/99, *Connect Austria*, in *Racc.*, p. I-5197, cpv. 83 s.; 20 ottobre 2005, C-327/03 e C-328/03, *ISIS Multimedia*, non ancora pubblicata in *Racc.*, cpv. 39; cfr. anche, ma implicitamente, 12 dicembre 1996, *British Telecommunications*, cit., cpv. 34).

(8) Cfr., circa il primo aspetto, la Comunicazione della Commissione del 20 settembre 2000 su "I servizi d'interesse generale in Europa", in *GU C* 17 del 19 gennaio 2001, p. 4; circa il secondo, la direttiva servizio universale, sulla quale V. KARAYANIS, *Le service universel de télécommunications en droit communautaire: entre intervention publique et concurrence*, in *Cahiers de droit européen*, 2002, pp. 315-375, spec. pp. 330 e ss.

(9) Cfr. la dir. 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comuni-

Nel prosieguo dell'indagine verranno esaminati i "principi" informatori della disciplina derivata (par. 2), le funzioni delle autorità nazionali di regolamentazione e i meccanismi di coordinamento dei loro poteri *inter se* e con la Commissione (par. 3 e 4); la disciplina armonizzata dell'accesso degli operatori ai mercati nazionali (par. 5) ed il peculiare regime di regolamentazione attivabile dalle autorità nazionali nei mercati non concorrenziali (par. 6). Una particolare attenzione sarà riservata ai profili di specialità della disciplina, sotto il profilo istituzionale e materiale, rispetto ad altri settori regolati dal diritto comunitario (segnatamente *antitrust*), così come all'incidenza, nel settore, della giurisprudenza comunitaria.

Per converso, date le finalità e l'ambito limitato della presente indagine, non sarà espressamente affrontata l'analisi della disciplina comunitaria dei servizi d'interesse generale o della tutela della riservatezza nelle comunicazioni. Analogamente non sarà presa in esame, se non incidentalmente, la normativa interna di trasposizione (e, in particolare, il d.lgs. n. 259 del 2003, codice delle comunicazioni elettroniche, in *GURI* n. 214 del 15 settembre 2003).

2. *I principi di struttura del mercato comunitario delle comunicazioni*

Il "pacchetto" di direttive adottato nel 2002 riorganizza, semplifica e porta a compiuto sviluppo il sistema normativo previgente, caratterizzato da una fase di "transizione dal monopolio alla piena concorrenza" ⁽¹⁰⁾.

a) In primo luogo il mercato comunitario delle comunicazioni è ispirato al principio dell'unitarietà della regolamenta-

cazioni elettroniche), in *GU* L 201 del 31 luglio 2002, p. 37, che fornisce il quadro generale della disciplina, e la dir. 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, in *GU* L 105 del 13 aprile 2006, p. 54.

(10) Cfr. il considerando n. 1 della direttiva quadro.

zione – richiesta dalla progressiva “convergenza tecnologica” tra i settori delle telecomunicazioni, dell’audiovisivo e delle tecnologie dell’informazione. La disciplina si caratterizza per il suo carattere strumentale – riguardante, cioè, i mezzi di trasmissione e non invece i contenuti della trasmissione, che sono oggetto di diversa regolamentazione comunitaria o nazionale – oltre che “tecnologicamente neutrale” ⁽¹¹⁾.

Le regole armonizzate sono, dunque, applicabili orizzontalmente a tutte le infrastrutture e le attività di trasmissione di segnali elettromagnetici. Le direttive in esame risultano invece ambigue circa il se la disciplina da esse prevista sia applicabile “orizzontalmente” a tutti gli operatori, senza riguardo al carattere transnazionale della rispettiva attività, ovvero faccia salve le cd. situazioni puramente interne (ossia le situazioni prive di collegamento attuale con gli scambi infracomunitari). Indicazioni univoche non sono ricavabili dalla base giuridica richiamata (tutte le direttive, salvo la direttiva concorrenza, sono fondate sul Trattato e, “in particolare”, sull’art. 95 TCE). A favore del carattere orizzontale della disciplina possono essere richiamate talune disposizioni della direttiva quadro che contemplano obblighi specifici delle autorità di regolamentazione nazionali in presenza di misure idonee a produrre un’ “influenza [su]gli

(11) Sulla “convergenza tecnologica” del settore, cfr. il Libro verde della Commissione sulla convergenza dei settori delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell’informazione, COM(97)623. Ad esempio della specialità della disciplina dei contenuti trasmessi, quali i contenuti delle trasmissioni radiotelevisive, v. R. MAZZA, *Diffusione televisiva e disciplina comunitaria della concorrenza*, Torino, 2006, p. 29 e ss. e dottrina ivi citata, nonché CGCE, 2 giugno 2005, C-89/04, *Media-kabel*, non ancora pubblicata in *Racc.* Sul bilanciamento dei valori che possono venire in rilievo in materia di trasmissioni televisive (la tutela del consumatore da pubblicità commerciale eccessiva, da un lato, e la tutela della libertà d’espressione delle emittenti televisive, dall’altro), cfr. CGCE, 23 ottobre 2003, C-245/01, *RTL Television*, in *Racc.*, p. I-12489. Sull’opportunità che le autorità nazionali promuovano una “regolamentazione tecnologicamente neutrale, ossia che non imponga l’uso di un particolare tipo di tecnologia né che operi discriminazioni tra particolari tecnologie”, v. il considerando n. 18 della direttiva quadro e l’art. 8, par. 1, della stessa. Da ultimo, sulla decisione della Commissione relativa all’incompatibilità degli aiuti erogati dall’Italia per l’acquisto di decoder digitali (2004 e 2005), i quali, escludendo la tecnologia satellitare, avrebbero violato il principio della neutralità tecnologica e determinato indebite distorsioni della concorrenza, v. il comunicato stampa IP/07/73, sul sito ufficiale dell’UE (www.europa.eu).

scambi tra Stati membri”⁽¹²⁾ – con ciò lasciando supporre, a contrario, che la direttiva risulti per il resto applicabile anche in assenza di tale condizione. È del resto difficile ritenere una diversa, e più restrittiva, soluzione, posto che varie disposizioni della direttiva riguardano i diritti o gli interessi di categorie di individui senza qualificazioni inerenti alla loro localizzazione o al carattere “internazionale” dell’attività svolta⁽¹³⁾.

b) In secondo luogo il mercato comunitario delle comunicazioni, coerentemente con il principio di proporzionalità⁽¹⁴⁾ e tenuti in considerazione gli elementi di dinamismo (economico e tecnologico) che lo caratterizzano, risulta oggetto di una regolamentazione limitata e “flessibile”, tale da consentire alle autorità di controllo (nazionale e comunitaria) di graduare gli interventi in funzione delle specificità e delle evoluzioni riscontrate⁽¹⁵⁾, nonché delle esigenze manifestate da operatori e utenti delle comunicazioni.

(12) Cfr., ad esempio, l’art. 7 della direttiva quadro. Ai sensi del considerando 38 della direttiva, peraltro, la nozione di “influenza” sul commercio tra gli Stati membri è definita in modo estremamente ampio, si da richiamare la giurisprudenza Dassonville della Corte di giustizia (11 luglio 1974, 8/74, in *Racc.*, p. 837).

(13) Cfr., ad esempio, l’art. 8, par. 4, della direttiva quadro, che impone alle autorità di regolamentazione nazionali di promuovere “gli interessi dei cittadini dell’Unione europea, tra l’altro: [...] b) garantendo un livello elevato di protezione dei consumatori nei loro rapporti con i fornitori [...]”. V. anche, a supporto della tesi accolta in testo, l’art. 3 della direttiva accesso e *infra*, par. 3 in fine. La questione è stata portata all’attenzione della Corte: cfr. il rinvio pregiudiziale sollevato dal giudice ceco il 3 e 6 febbraio 2006, C-64/06, *Český Telecom*.

(14) V., per quanto riguarda i limiti agli interventi statali d’autorizzazione all’esercizio delle reti ed alla prestazione di servizi di comunicazione, il considerando n. 9 della direttiva “concorrenza”.

(15) Così ad esempio è previsto un criterio di *recessività* della regolamentazione *ex ante* dei mercati a concorrenza affievolita in ragione della presenza di operatori con SPM (c.d. *market-by-market sunset clause*; cfr. A. DE STREEL, *The New Concept*, cit., p. 536; nonché N.T. NIKOLINAKOS, *The New European Regulatory Regime for Electronic Communications Network and Associated Services: The Proposed Framework and Access/Interconnection Directives*, in *European Competition Law Review*, 2001, pp. 93-109, spec. 94 e 107 e criticamente, in base all’analisi economica, I. DOBBS, P. RICHARDS, *Innovation and the New Regulatory Framework for Electronic Communications in the EU*, *ibid.*, 2004, pp. 716-730). Sul dinamismo del mercato europeo ed italiano delle comunicazioni, cfr. rispettivamente *IERG – Response to Review of Regulatory Group (2007)*, p. 2, in www.erg.eu.int, nonché la Relazione Annuale (2006) dell’Autorità Garante delle Comunicazioni (consultabile al sito ufficiale della stessa, cit.), p. 43 e ss. e 55 e ss.

Il principio della regolamentazione minima, flessibile e commisurata al mercato di riferimento viene realizzato attraverso vari strumenti.

i) In primo luogo attraverso la predisposizione di norme-obiettivo la cui applicazione lascia ampi spazi di discrezionalità alle autorità competenti. Siffatta tecnica normativa è utilizzata con riferimento tanto alla definizione dei poteri e dei fini perseguiti dalle autorità nazionali di regolamentazione (v. art. 8 e i considerando n. 15 e 17 della direttiva quadro), quanto all'individuazione dei diritti e degli obblighi che possono essere imposti alle imprese operanti sui mercati della comunicazione.

A tale ultimo riguardo le direttive – anche mediante la tecnica dei rinvii incrociati – si limitano sovente a “codificare” e ad “esplicitare” istituti o principi emergenti dalla prassi della Commissione o dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare in materia *antitrust*.

Così, ad esempio, la norma che definisce la nozione, cruciale, di impresa fornita di un significativo potere di mercato è un compendio di criteri tratti dalla giurisprudenza comunitaria (v. art. 14 della direttiva quadro); altrettanto vale per le norme sugli obblighi che possono essere imposti alle imprese fornite di tale potere, le quali contemplano, a cascata, un elenco (non tassativo) di misure e formulano i principi e le procedure che debbono guidare le autorità nazionali nella selezione del provvedimento più appropriato (v. *infra*, parr. 4 e 6).

Affinché non siano compromesse la certezza del diritto e l'uniformità d'applicazione della disciplina comunitaria, le direttive sovente prevedono l'adozione, da parte della Commissione, di atti d'indirizzo o di *soft law*, non vincolanti nella forma, cui le autorità nazionali sono invitate a conformarsi. Talora atti siffatti, per effetto del rinvio loro operato da strumenti vincolanti, sembrano assumere un valore ben più che “esortativo” (così, ai sensi dell'art. 15, par. 3, della direttiva quadro, le autorità nazionali di regolamentazione debbono tenere “nel massimo conto la raccomandazione e gli orientamenti” della Commissione ivi contemplati). Spesso, a loro volta, tali atti “applicano”, o codificano e portano a sistema, la prassi e la giurispru-

denza comunitaria.

La tecnica normativa utilizzata, di certo funzionale alla flessibilità della disciplina, solleva inconvenienti in punto di certezza giuridica. Innanzitutto per quanto concerne l'opportunità di elevare a "norma generale" criteri e principi elaborati dalla giurisprudenza con riferimento a fattispecie concrete. Non è chiaro, infatti, se tali fattispecie debbano essere tenute in considerazione dall'autorità nazionale, e dal giudice, nel momento applicativo della norma. Non è chiaro neppure quali conseguenze produca tale "codificazione" sull'evoluzione della prassi amministrativa, e della giurisprudenza, comunitaria⁽¹⁶⁾. Qualora, peraltro, le direttive definiscono le nozioni giuridiche ivi contenute "per rinvio" alla giurisprudenza, si pone il problema della validità ed efficacia delle misure d'attuazione "settoriali" che rivelino difformità rispetto alla disciplina *antitrust* "generale"⁽¹⁷⁾.

ii) In secondo luogo la disciplina comunitaria tende a incentivare soluzioni "negoziate" fra operatori (per esempio, in materia di accesso e interconnessione), l'intervento dell'autorità di controllo essendo limitato – secondo una logica di sussidiarietà rispetto al mercato – ai casi di "fallimento del negoziato commerciale"⁽¹⁸⁾. Inoltre, per ciò che concerne l'aderenza alle esigenze concrete del mercato, le direttive tendono a coinvolgere gli ambienti interessati nell'elaborazione dei provvedimenti dell'auto-rità amministrativa (attraverso la cd. coregolamentazione) o a promuovere, nei settori tecnici, l'autonoma elaborazione di soluzioni (è la cd. auto-regolamentazione, realizzata mediante il contributo degli organismi europei di normalizzazione all'elaborazione delle norme e specifiche applicabili alla fornitura armonizzata di reti e servizi di comunicazione elettronica, e di risorse e servizi correlati)⁽¹⁹⁾.

(16) Cfr., in senso conforme, A.F. BAVASSO, *Electronic communications*, cit., pp. 97-98.

(17) V. ad esempio il considerando n. 25, nonché l'art. 15, parR. 1 e 3, della direttiva quadro e, per approfondimenti, *infra*, par. 6.

(18) Cfr. in proposito i considerando n. 5 e 6, e l'art. 4, della direttiva accesso.

(19) Cfr. rispettivamente il considerando n. 15 e l'art. 6, e il considerando n. 30 e l'art. 17 della direttiva quadro.

3. *Il sistema istituzionale: le autorità nazionali di regolamentazione (ANR) e la Commissione*

Sotto il profilo istituzionale la disciplina comunitaria pone in essere un sistema articolato di autorità, ispirato ad una concezione "federale" dei rapporti fra il centro e la periferia, e non privo di assonanze con l'assetto dei controlli previsto dal diritto comunitario *antitrust* "generale" ⁽²⁰⁾. Le autorità nazionali di regolamentazione, contemplate in particolare dall'art. 3 della direttiva quadro, costituiscono infatti le autorità di diritto comune nella "gestione" del mercato delle comunicazioni, mentre alla Commissione è demandato il compito di presiedere alla corretta e coerente interpretazione (e talora all'applicazione) del diritto comunitario.

Lo *status* delle autorità nazionali è regolato in termini di principio dalla direttiva quadro. In conformità al principio generale di "indifferenza" dell'ordinamento comunitario per l'auto-organizzazione interna degli Stati membri ⁽²¹⁾, questi possono designare una o più autorità (v. art. 3, parr. 4 e 6, della direttiva quadro), in funzione di criteri di competenza tematici ovvero del proprio assetto costituzionale interno ⁽²²⁾. Peraltro,

(20) V. il regime posto in essere dal reg. n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, in *GU* L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1, su cui si rimanda a A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2007.

(21) Cfr. tuttavia, per alcune attenuazioni del principio, O. PORCHIA, *Indifferenza dell'Unione nei confronti degli Stati membri e degli enti territoriali: momenti di crisi del principio*, in L. DANIELE (a cura di), *Regioni e Autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2006, pp. 269-286, spec. 279 e ss.

(22) Così per esempio negli Stati membri a struttura federale: v. considerando n. 11 della direttiva quadro, che si richiama, a tal riguardo, all'"autonomia istituzionale" degli Stati membri nonché al principio di neutralità rispetto al regime nazionale della proprietà, previsto dall'art. 295 del Trattato. *A contrario*, qualunque sia l'organizzazione prescelta, accentrata o decentrata, gli Stati membri debbono garantire l'efficace applicazione delle disposizioni delle direttive, ad esempio in termini di competenze tecniche delle autorità, non potendo giustificare eventuali disfunzionalità richiamandosi alle peculiarità del proprio ordinamento. Sul problema dell'imputabilità dell'eventuale illecito comunitario allo Stato membro o all'operatore storico, ex monopolista nel settore delle comunicazioni, cfr. CGCE, 7 gennaio 2004, C-500/01, *Commissione c. Spagna* ("price cap"), non ancora pubblicata in *Racc.*

nella designazione e organizzazione dell'autorità, gli Stati membri sono assoggettati ad alcuni vincoli finali e funzionali: così

a) deve essere garantita "l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione in modo da assicurare l'imparzialità delle loro decisioni" (considerando n. 11 della direttiva quadro, cit.). Ai sensi dell'art. 3, par. 2, della direttiva quadro, l'indipendenza delle autorità di regolamentazione comporta che esse siano "giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da tutti gli organismi che forniscono reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica". Tale obbligo, in conformità alle prescrizioni della giurisprudenza comunitaria ⁽²³⁾, è rafforzato qualora gli Stati membri mantengano la proprietà o il controllo di imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica: in tal caso essi debbono provvedere "alla piena ed effettiva separazione strutturale delle funzioni di regolamentazione dalle attività inerenti alla proprietà o al controllo" ⁽²⁴⁾. Analogamente, ai sensi dell'art. 11 della direttiva quadro, qualora "le autorità pubbliche o locali" mantengano la proprietà o il controllo di imprese di comunicazione, gli Stati membri assicurano "un'effettiva separazione strutturale" tra la funzione attinente alla concessione dei diritti di passaggio delle reti su proprietà pubbliche o private, da un lato, e le funzioni attinenti alla proprietà o al controllo, dall'altro.

Salvo questi ultimi requisiti, non è previsto che gli Stati membri siano tenuti a garantire l'indipendenza dell'autorità dall'Esecutivo ⁽²⁵⁾. Nondimeno un efficace svolgimento delle funzioni di controllo del mercato, nella misura in cui può comportare una valutazione "incidentale" di conformità della normativa interna al diritto comunitario ⁽²⁶⁾, sembra postulare

(23) V. CGCE, 19 marzo 1991, *Francia c. Commissione*, cit., cpv. 51; 13 dicembre 1991, *RTT*, cit., cpv. 25.

(24) Tale previsione innova rispetto al regime previgente, cfr. P. NIHOUL, *Droit européen des télécommunications*, cit., p. 239 ss., spec. 246 ss.

(25) Per esempio, dal Ministero competente in materia di comunicazioni: cfr. per la previsione di competenze applicative in capo a quest'ultimo, art. da 7 a 9 del codice delle comunicazioni, cit.

(26) Cfr. CGCE, 9 settembre 2003, C-198/01, *Consorzio Italiano Fiammiferi*, in

l'opportunità che l'operato dell'autorità sia sciolto da eventuali "condizionamenti" del potere politico ⁽²⁷⁾.

Inoltre *b)* l'organizzazione delle competenze e dei poteri dell'autorità deve rispettare un criterio di trasparenza: le funzioni da esse svolte debbono essere adeguatamente pubblicizzate, in particolare qualora le autorità designate siano più d'una (art. 3, par. 4, direttiva quadro).

Alle autorità nazionali di regolamentazione è demandata la realizzazione di varie finalità, riassunte dall'art. 8 della direttiva quadro. Esse hanno l'obiettivo:

a) di promuovere la concorrenza nella fornitura delle reti e dei servizi di comunicazione, e delle risorse e servizi correlati (garantendo che non abbiano luogo distorsioni e restrizioni della concorrenza, incoraggiando investimenti efficienti, incoraggiando un uso e una gestione efficiente delle risorse – numeriche o di radiofrequenza – limitate);

b) di contribuire allo sviluppo del mercato interno (ad es., rimuovendo gli ostacoli residui che si frappongono alla fornitura di reti e servizi su scala europea, o incoraggiando l'istituzione e lo sviluppo di reti transeuropee);

c) e di promuovere gli interessi dei cittadini dell'Unione europea, direttamente, in quanto utenti o consumatori di servizi di comunicazione e indirettamente, in quanto fruitori di altri beni giuridici – culturali, ambientali, urbanistici ecc. – cui una gestione efficiente delle reti e servizi di comunicazione può contribuire ⁽²⁸⁾.

Le funzioni delle autorità si articolano, innanzitutto, nella "regolamentazione" del mercato delle comunicazioni: ad esempio, le autorità possono contribuire alla definizione e presiedo-

Racc., p. I-8055.

(27) Cfr. anche I. CHIEFFI, *Competenze dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e della Commissione nel nuovo quadro normativo comunitario e italiano per le comunicazioni elettroniche*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, pp. 457-491, spec. 460 ss.

(28) V. considerando n. 17 della direttiva quadro e, in particolare, art. 8, par. 1, ult. co. direttiva quadro, secondo cui le ANR possono contribuire nell'ambito delle loro competenze a garantire l'attuazione delle politiche volte a promuovere la diversità culturale e linguistica e il pluralismo dei mezzi di comunicazione.

no alla gestione del regime di “autorizzazione generale” in base al quale, previa notifica, le imprese interessate forniscono reti o servizi di comunicazione (art. 3 della direttiva autorizzazioni); hanno il potere di imporre agli operatori gli obblighi necessari a garantire l’accesso, l’interconnessione e l’interoperabilità dei servizi (art. 5 della direttiva accesso); provvedono a quella particolare forma di regolazione preventiva e “a termine” dei mercati non concorrenziali, a causa della presenza di un’impresa già monopolista, detta *ex ante* (artt. da 8 a 13 della direttiva accesso; v. *infra*, par. 6).

La disciplina comunitaria codifica i criteri (obiettività, trasparenza, proporzionalità e non discriminazione) che debbono essere applicati dalle autorità nell’opera di organizzazione del mercato, tanto sotto il profilo sostanziale che sotto il profilo procedimentale ⁽²⁹⁾.

Le autorità svolgono, inoltre, funzioni di sorveglianza, verificando (*ex post*) il rispetto delle regole e degli obblighi imposti agli operatori (art. 10, par. 1, della direttiva autorizzazioni). Qualora le imprese non rimedino alle violazioni riscontrate, le autorità possono imporre misure sanzionatorie, graduate secondo un’intensità crescente, che possono giungere – in caso di violazioni gravi e ripetute – a inibire l’esercizio dell’attività di comunicazione all’impresa responsabile (v. art. 10 della direttiva autorizzazioni e *infra*, par. 5).

Le decisioni delle autorità debbono essere assunte nel rispetto del principio del contraddittorio (cfr. l’art. 10, par. 2, ultimo periodo della direttiva cit.). Le misure d’applicazione delle direttive “che abbiano un impatto rilevante sul relativo mercato” debbono, inoltre, essere precedute da una consultazione pubblica (ai sensi dell’art. 6, par. 2, della direttiva quadro, gli Stati membri sono tenuti a predisporre un “unico punto di informazione attraverso il quale si possa accedere a tutte le consultazioni in corso”).

Ai sensi dell’art. 4 della direttiva quadro, richiamato

(29) Cfr. A.F. BAVASSO, *Electronic communications*, cit., p. 112, che opportunamente osserva come le autorità siano incaricate “with a sort of decentralized application of EC general principles”.

all'occorrenza dalle direttive particolari, gli Stati membri sono tenuti a garantire a tutti i soggetti (imprese e utenti) interessati da una decisione delle autorità nazionali di regolamentazione un diritto di ricorso dinanzi ad un "organo, che può essere un tribunale, [...] in possesso di competenze adeguate". Qualora l'organo competente non abbia natura giurisdizionale, le sue decisioni debbono essere motivate e suscettibili di impugnazione "dinanzi a una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 del trattato". Tale previsione costituisce espressione particolare, nel settore delle comunicazioni, del principio generale del "diritto ad un ricorso effettivo" riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria in conformità agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁽³⁰⁾.

Infine le autorità svolgono un ruolo di soluzione delle controversie sorte, in relazione agli obblighi previsti dalle direttive, tra "imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica in uno Stato membro". Ai sensi dell'art. 20 della direttiva quadro, le autorità debbono adottare, su richiesta di una delle parti alla controversia, ed entro il termine di quattro mesi, una decisione vincolante ispirata agli obiettivi generali del cui perseguimento sono investite. Il carattere obbligatorio della procedura può essere derogato in presenza di meccanismi alternativi di soluzione delle controversie, quali la mediazione, "che possano contribuire meglio e tempestivamente" al raggiungimento del risultato atteso⁽³¹⁾. Resta, peraltro e in ogni caso,

(30) Cfr., da ultimo, CGCE, 27 febbraio 2007, C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistia*, non ancora pubblicata in *Racc.*; 19 settembre 2006, C-506/04, *Wilson*, non ancora pubblicata in *Racc.* Varie le manifestazioni del principio di tutela giurisdizionale effettiva in materia di comunicazioni: cfr. CGCE, 22 maggio 2003, C-462/99, *Connect Austria*, in *Racc.*, p. I-5197, cpv. 35 e ss., spec. 41, sul potere-dovere del giudice nazionale, generalmente competente a conoscere della controversia, di lasciare inapplicata la norma nazionale "diretta a escludere esplicitamente" la propria competenza; 13 luglio 2006, C-438/04, *Mobistar*, non ancora pubblicata in *Racc.*, cpv. 38 e ss., sulla facoltà e le condizioni d'accesso ai dati coperti da segreto d'ufficio da parte dell'organismo nazionale competente in materia di ricorsi.

(31) Poco perspicuo risulta (*ex art. 20, par. 2*) il "vincolo di conformità" dei mezzi alternativi impiegati rispetto all'art. 7 della direttiva quadro, che prevede obiettivi e procedure particolari cui sono assoggettate le ANR: v. *infra*, par. 4. Analoga approssimazione presenta la frase successiva dell'art. 20, par. 2, che subordina l'obbligo dell'autorità nazionale di riassumere e risolvere la controversia con decisione vinco-

impregiudicata la facoltà delle parti alla controversia di adire un organo giurisdizionale (art. 20, par. 5, della direttiva quadro).

Una procedura sostanzialmente analoga è prevista dall'art. 21 della direttiva quadro per la soluzione delle controversie "transnazionali" che sorgano, in materia di comunicazione, "tra parti stabilite in Stati membri diversi" (art. 21). In tal caso le autorità nazionali di regolamentazione investite della controversia sono chiamate ad operare, nei vari snodi della procedura, in modo "coordinato" o "congiunto" ⁽³²⁾. Trattasi all'apparenza di un obbligo di mezzi, che non pregiudica l'effettiva realizzabilità del coordinamento, ove realizzato su una base meramente empirica.

4. (Segue) *Il carattere decentrato e integrato dei controlli*

Il diritto comunitario *antitrust* "generale" è caratterizzato, per effetto del reg. n. 1/2003, cit., da un ampio "decentramento" nella distribuzione delle competenze di controllo e sanzione. Un ruolo fondamentale nella repressione degli illeciti *antitrust* spetta alla "Rete" delle autorità garanti della concorrenza nazionali, salva la primazia delle decisioni adottate dalla Commissione ed il potere di questa di avocare a sé procedimenti già avviati dalle prime.

La disciplina delle comunicazioni è ispirata ad un analogo principio di struttura, con riguardo al ruolo delle autorità nazionali di regolamentazione. Ciò assicura una certa coerenza tra la disciplina settoriale e la disciplina generale, coerenza quanto mai opportuna posto che, per un verso, l'intervento regolatore delle autorità operanti nel mercato delle comunicazioni è ispirato ai principi del diritto *antitrust* ⁽³³⁾ e, per altro verso, tale in-

lante all'eventualità che "la parte che chiede il risarcimento non [abbia] adito un organo giurisdizionale" (cfr. al riguardo l'art. 23 del codice delle comunicazioni, che si riferisce, più opportunamente, a "la parte che si ritiene lesa").

(32) Cfr. anche, nello stesso senso, l'art. 24 del codice delle comunicazioni, cit.

(33) Cfr. C. BELLAMY, G. CHILD, *European Community Law of Competition*, London, 2001, p. 1035-1080, spec. p. 1036 ss.; L. GARZANITI, F. LIBERATORE, *Recent Developments in the European Commission's Practice in the Communications Sector* –

tervento è subordinato ad una prognosi di inefficacia o insufficienza dei rimedi fondati sugli artt. 81, 82, 86, par. 1, TCE e sul regolamento concentrazioni.

Nondimeno, se raffrontate alle previsioni del reg. n. 1/2003, cit., le regole rinvenibili nella direttiva quadro, relative alla cooperazione, ed al coordinamento delle competenze, tra le varie autorità nazionali di regolamentazione, e tra queste e la Commissione, sono alquanto scarse.

In termini generali l'attività delle autorità di controllo è soggetta all'art. 7, par. 2, della direttiva quadro, secondo cui "le autorità nazionali di regolamentazione contribuiscono allo sviluppo del mercato interno cooperando in modo trasparente tra di loro e con la Commissione al fine di assicurare la piena applicazione, in tutti gli Stati membri, delle disposizioni della presente direttiva e delle direttive particolari". Tale norma, che appare come "codificazione", in una prospettiva dinamica, del principio di leale cooperazione di cui all'art. 10 del TCE, omette peraltro di richiamare l'analogo, e reciproco, obbligo che grava in capo alla Commissione (il quale nondimeno traspare da talune disposizioni di dettaglio).

Per ciò che concerne la dimensione orizzontale, è previsto un obbligo degli Stati membri di assicurare – ove opportuno – la cooperazione tra le autorità nazionali di regolamentazione appartenenti ad un medesimo Stato membro *inter se* e, data la natura composita dei valori rilevanti nel settore delle comunicazioni, con le autorità nazionali di tutela del consumatore e, soprattutto, con le autorità *antitrust* ⁽³⁴⁾.

Tale cooperazione si estrinseca in modo informale attraverso consultazioni e scambi di informazioni, salvo l'obbligo di rispettare la riservatezza degli affari ⁽³⁵⁾.

Part 3, in *European Competition Law Review*, 2004, pp. 286-298, spec. 297 e ss.

(34) Cfr. art. 3, par. 4 e, per un caso d'applicazione particolare, art. 16, par. 1, della direttiva quadro.

(35) Cfr. art. 3, par. 5, e art. 5, par. 2, co. 2, della direttiva quadro; sull'assetto della normativa italiana in materia, che prevede forme di consultazione obbligatoria ovvero facoltativa tra l'Autorità per le comunicazioni e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, cfr. A. ARGENTATI, *Relations between the Competition Authority and Sectoral Regulators: Italy Experience*, in *European Competition Law Review*,

È previsto, inoltre, lo scambio delle informazioni fornite dalle imprese tra le autorità di regolamentazione appartenenti a diversi Stati membri “ove ciò sia necessario per consentire a tali autorità di assolvere alle responsabilità che loro incombono in base al diritto comunitario” (art. 5, par. 2, co. 2). Le informazioni rilevanti, nella misura in cui “contribuiscono a creare un mercato libero e concorrenziale”, sono pubblicate dalle autorità nazionali di regolamentazione nel rispetto delle pertinenti norme nazionali e comunitarie (art. 5, par. 4).

Analogo scambio di informazioni è previsto, per ciò che concerne la dimensione verticale, tra le autorità nazionali di regolamentazione e la Commissione, su richiesta motivata di questa e nel rispetto dei principi di proporzionalità, trasparenza e riservatezza. Le informazioni fornite alla Commissione sono messe da questa a disposizione dell'autorità nazionale di un altro Stato membro, salvo che l'autorità nazionale da cui originano vi si sia motivatamente opposta (art. 5, par. 2, della direttiva quadro).

Numerose disposizioni impongono, altresì, agli Stati membri di consentire la cooperazione tra le autorità nazionali di regolamentazione ovvero l'adozione concertata delle misure previste dalle direttive: così, per esempio, l'art. 16, par. 5, sull'effettuazione dell'analisi di mercato in modo congiunto fra le varie autorità nazionali e sull'adozione concertata di misure di regolamentazione *ex ante*.

Oltre a tali strumenti di raccordo, un procedimento “speciale” di cooperazione, e di coordinamento delle competenze delle autorità nazionali e della Commissione, è previsto dall'art. 7 della direttiva quadro.

Tale norma contempla una disciplina “rafforzata” applicabile alle autorità nazionali di regolamentazione quando progettano di adottare misure che siano suscettibili di influenzare gli scambi tra Stati membri e che abbiano ad oggetto la definizione o l'analisi dei mercati nazionali, o che tocchino gli obblighi di accesso e di interconnessione delle imprese, o che implicino

l'imposizione, la modifica o la revoca di obblighi delle imprese provviste di significativo potere di mercato.

L'autorità nazionale di regolamentazione è innanzitutto tenuta a comunicare il progetto di misura alla Commissione e alle altre autorità nazionali, che possono, entro il termine di un mese (o entro il termine ragionevole previsto dall'art. 6 per la consultazione delle parti interessate dalla misura, se più lungo), presentare le proprie osservazioni. Qualora ritenga di adottare la misura, l'autorità *a)* tiene nel massimo conto le osservazioni ricevute e *b)* ne comunica il testo alla Commissione (art. 7, par. 2, 3 e 5).

Con riguardo alle misure relative all'identificazione dei mercati rilevanti non inclusi nella raccomandazione all'uso adottata dalla Commissione, ovvero alla determinazione delle imprese provviste di significativo potere di mercato (*infra*, par. 6), il termine – e il conseguente periodo sospensivo – è prorogato di ulteriori due mesi ove la Commissione abbia sollevato rilievi circa la compatibilità della misura con il diritto comunitario e, in particolare, con gli obiettivi generali, "politici" (così il considerando n. 15 della direttiva quadro) di cui all'art. 8. Entro tale termine la Commissione può esercitare un vero e proprio diritto di veto, adottando una decisione con cui si richiede all'autorità nazionale di ritirare il progetto di misura o si propongono i necessari emendamenti (art. 7, par. 4) ⁽³⁶⁾. La Commissione peraltro, nella comunicazione del 29 giugno 2006 concernente il riesame del quadro regolamentare per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, ha suggerito l'estensione del potere di veto ai rimedi proposti dalle autorità nazionali in caso di distorsione della concorrenza sul mercato ⁽³⁷⁾.

(36) L'art. 12, par. 4, del codice delle comunicazioni, cit., ricalca sostanzialmente la procedura indicata, prevedendo però che "l'Autorità è tenuta a rivedere la proposta di provvedimento, qualora la Commissione europea ne faccia richiesta entro tale termine". Il problema della portata del sindacato dei giudici nazionali, ai sensi dell'art. 4 della direttiva, sulle decisioni adottate dalle autorità nazionali e suscettibili di ricadere nell'ambito d'applicazione dell'art. 7, par. 4, e dell'incidenza sul procedimento dell'eventuale decisione della Commissione, è stato portato all'attenzione della Corte su rinvio del giudice finlandese: cfr. causa C-366/06, *DNA Verkot Oy*.

(37) COM (2006) 334. Una procedura particolare è prevista, altresì, dall'art. 8, par. 3,

Secondo i principi enucleati dalla Corte, l'inosservanza della procedura comunitaria di controllo determina l'inopponibilità, agli interessati e ai terzi, della misura nazionale adottata, anche a prescindere dalla sua conformità sostanziale con il diritto comunitario⁽³⁸⁾.

I termini previsti non ostano all'adozione, da parte dell'autorità nazionale, delle misure urgenti temporanee necessarie a "salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti" (art. 7, par. 6, della direttiva quadro).

La cooperazione tra le autorità degli Stati membri *inter se* e con la Commissione, ad eccezione del procedimento di controllo preventivo di cui all'art. 7, par. 4, lascia dunque ampi spazi di discrezionalità agli attori coinvolti. Così, per esempio, in relazione all'identificazione del contenuto, e delle conseguenze, dell'obbligo di tenere "nel massimo conto" le osservazioni delle altre autorità nazionali; o in relazione ai procedimenti da seguire nell'adozione "concertata" delle misure previste dalle direttive. Sono peraltro del tutto assenti disposizioni relative alla soluzione di possibili ipotesi di disfunzione, se non di "patologia", del sistema: per esempio in caso di contrasto tra le qualificazioni operate da due o più autorità di regolamentazione in ordine a una medesima fattispecie oggetto di regolamentazione, a dispetto degli obblighi di informazione e di consultazione preventive.

A tal riguardo la raccomandazione adottata dalla Commissione nel 2003, relativa "alle notificazioni, ai termini e alle consultazioni" previste dall'art. 7 della direttiva quadro, non sembra apportare soluzioni di rilievo; essa è perlopiù destinata a fornire indicazioni circa i contenuti e le modalità concrete della cooperazione instaurata dalla direttiva, o a predisporre forme di

della direttiva accesso, sulla quale *infra*, par. 6.

(38) CGCE, 30 aprile 1996, C-194/94, *CIA Security International*, in *Racc.*, p. I-2201. Sull'assimilazione della procedura prevista dall'art. 7 della direttiva quadro (cd. "Transparency Procedure") alla disciplina dei controlli prevista in materia di aiuti di Stato o di concentrazioni tra imprese, e sui vantaggi che tali esperienze possono apportare nel settore delle comunicazioni, in fase applicativa, cfr. L. GARZANITI, F. LIBERATORE, *Recent Developments*, cit., p. 297.

pubblicità delle decisioni assunte dalle autorità nazionali ⁽³⁹⁾.

In tale quadro di flessibilità, allo scopo di rafforzare la cooperazione e il coordinamento nell'azione delle varie agenzie di controllo, la decisione della Commissione del 29 luglio 2002 n. 2002/627/CE ⁽⁴⁰⁾ ha istituito il Gruppo dei regolatori europei (ERG) per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (v. anche considerando n. 36 della direttiva quadro). Tale organo, formato dai direttori di ciascuna autorità nazionale o dai loro rappresentanti, da rappresentanti della Commissione, che ne cura altresì la segreteria, nonché da rappresentanti delle autorità degli Stati membri del SEE e degli Stati candidati all'adesione ⁽⁴¹⁾, ha il compito *a)* di fornire consulenza e assistenza alla Commissione e *b)* di fungere da *trait d'union* tra le autorità nazionali di regolamentazione e la Commissione in modo da contribuire allo sviluppo del mercato interno ed all'applicazione coerente in tutti gli Stati membri della disciplina comunitaria.

5. *La disciplina materiale del mercato delle comunicazioni: le condizioni d'accesso e d'esercizio che possono essere imposte dagli Stati membri (cenni)*

Allo scopo di promuovere lo sviluppo di reti e di servizi su scala europea, e consentire a operatori e consumatori di trarre vantaggio dalle economie di scala (considerando n. 7 della direttiva autorizzazioni), il diritto comunitario delle comunicazioni stabilisce, a beneficio dei primi, il principio della libertà di fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica (art. 3).

Salve le misure limitative giustificate dalla cd. riserva di or-

(39) Cfr. raccomandazione della Commissione del 23 luglio 2003 relativa alle notificazioni, ai termini e alle consultazioni di cui all'art. 7 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, in *GU* L 190 del 10 luglio 2003, p. 13.

(40) In *GU* L 200 del 30 luglio 2002, p. 38.

(41) Questi ultimi con *status* di osservatori: cfr. decisione della Commissione del 14 settembre 2004 n. 2004/641/CE, in *GU* L 293 del 16 settembre 2004, p. 30.

dine pubblico, di cui all'art. 46 del Trattato, le condizioni sostanziali alle quali gli Stati membri possono subordinare l'installazione delle reti e l'esercizio dei servizi di comunicazione sono contemplate tassativamente dalla direttiva autorizzazioni (v. allegati). Vengono altresì armonizzati gli strumenti che tali condizioni incorporano, nonché i procedimenti attraverso i quali gli Stati membri possono accertarne il rispetto.

A tal ultimo proposito, la direttiva consente agli Stati membri di assoggettare l'esercizio delle attività di comunicazione, da parte delle imprese, ad una "autorizzazione generale" – termine con il quale la direttiva designa "il quadro normativo istituito dallo Stato membro" – e, all'occorrenza, ad una "notifica" operata dall'impresa in relazione all'inizio della propria attività (art. 3, par. 2 e 3, della direttiva).

Per converso, agli Stati membri è fatto divieto di subordinare l'esercizio dei diritti derivanti dall'autorizzazione generale (di cui l'art. 4 della direttiva fornisce una lista minima) ad "una decisione esplicita o qualunque altro atto amministrativo", come una licenza o un'autorizzazione individuale⁽⁴²⁾.

Su richiesta dell'impresa interessata, le autorità nazionali sono tenute a rilasciare una "dichiarazione standardizzata" che comprovi l'effettuazione della notifica e rechi menzione delle condizioni generali per l'esercizio dei diritti, ad esempio di accesso e di interconnessione, allo scopo di favorire, *inter alia*, l'esercizio di tali diritti "nei confronti di altre autorità o imprese" di altri Stati membri (art. 9 della direttiva autorizzazioni).

La direttiva consente di subordinare a concessione pubblica i diritti d'uso delle frequenze radio e delle numerazioni, ma solo

(42) Sotto tale profilo la direttiva innova rispetto al regime previgente, che prevedeva altresì un regime di licenze individuali: cfr. P. NIHOUL, *Droit européen des télécommunications*, cit., p. 60 ss. Sui requisiti di compatibilità "procedurale" di un regime di omologazione (o autorizzazione) preventiva, in materia di fornitura di prodotti e di servizi di telecomunicazione, rispetto agli art. 28 e 49 TCE, CGCE, 22 gennaio 2002, C-390/99, *Canal Satélite Digital*, in *Racc.*, p. I-607, cpv. 35-42. Ivi la Corte precisa, con riguardo al requisito di proporzionalità della misura, che "una procedura di previa autorizzazione risulterà necessaria solamente quando un controllo *a posteriori* debba essere considerato troppo tardivo al fine di garantire la sua reale efficacia [...]" (cpv. 39).

qualora "ciò sia inevitabile a causa della penuria di frequenze radio o per motivi di efficienza d'uso delle stesse" (considerando n. 11). In tal caso, ai sensi dell'art. 5, par. 2, co. 2, i "diritti d'uso sono concessi mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie", in modo da garantire l'eguaglianza delle opportunità dei vari operatori economici ⁽⁴³⁾. Ove si tratti di "diritti d'uso di valore economico eccezionale", la procedura di selezione competitiva o comparativa è dettagliatamente disciplinata dalla direttiva (art. 7).

In assenza di procedure di autorizzazione preventiva all'ingresso sul mercato, la verifica della conformità dell'attività d'impresa ai requisiti previsti dal quadro normativo nazionale è svolta *ex post* dall'autorità nazionale di regolamentazione, in base alle informazioni (proporzionate e oggettivamente giustificate: v. art. 11 della direttiva autorizzazioni, che ne specifica le finalità) che possono essere richieste all'impresa e che questa è tenuta a fornire. L'autorità è tenuta a notificare all'impresa le inosservanze accertate, e ad offrire a questa la possibilità di esprimere osservazioni o di rimediare spontaneamente alle violazioni (art. 10, par. 2). Ove l'impresa non ottemperi, l'autorità può adottare "misure adeguate e proporzionate volte ad assicurare l'osservanza delle condizioni", ivi comprese, se così stabilito dal diritto interno, sanzioni pecuniarie ⁽⁴⁴⁾.

Sanzioni pecuniarie possono essere altresì irrogate all'impresa che non fornisca le informazioni richieste (art. 10, par. 3 e 4).

Qualora le misure adottate si siano rivelate inefficaci, e l'impresa abbia gravemente e ripetutamente violato le condizioni stabilite, l'autorità può "impedire [all']impresa di conti-

(43) Cfr. in particolare CGCE, 20 ottobre 2005, *ISIS Multimedia*, cit. Sono applicabili, *mutatis mutandis*, i principi guida identificati dalla giurisprudenza in materia di contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni nazionali: C.H. BOVIS, *Developing public procurement regulation: jurisprudence and its influence on law making*, in *Common market law review*, 2006, pp. 461-495, spec. 469 e ss.

(44) Singolarmente, analoga e letterale "flessibilità" è contemplata dall'art. 32 del codice delle comunicazioni, cit., che ripartisce la competenza ad accertare il rispetto della normativa interna al Ministero delle comunicazioni ed all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ai sensi dell'art. 7 del medesimo.

nuare a fornire reti o servizi di comunicazione o sospendere o ritirare i diritti d'uso" (art. 10, par. 5); secondo il considerando n. 27 della direttiva, tale rimedio dovrebbe essere riservato a "casi eccezionali". È fatto salvo il potere dell'autorità di assumere le misure provvisorie urgenti qualora le violazioni contestate determinino un rischio grave e immediato per la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica o la salute pubblica, o gravi problemi economici od operativi ad altri fornitori o utenti di reti o di servizi di comunicazione elettronica (art. 10, par. 6). Per tal modo la direttiva sembra codificare le finalità per le quali le autorità nazionali possono assumere, nel rispetto dei principi, le misure derogatorie consentite dall'art. 46 (e 55) TCE. Avverso le misure d'accertamento e di sanzione l'impresa interessata deve poter ricorrere dinanzi all'autorità contemplata dall'art. 4 della direttiva quadro.

Gli Stati membri, infine, possono imporre agli operatori "diritti amministrativi" a copertura dei soli costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione della normativa derivata e disposizioni interne applicative, nonché "contributi" per i diritti di passaggio, secondo criteri di trasparenza, obiettività e proporzionalità (artt. 12 e 13 della direttiva autorizzazioni) ⁽⁴⁵⁾.

6. Tutela della concorrenza e misure "preventive" a correzione degli squilibri del mercato

Nel settore delle comunicazioni, come s'è detto, il divieto di istituire o mantenere diritti esclusivi ovvero diritti speciali è normativamente stabilito dalla direttiva concorrenza, fondata

(45) Sulla difformità dei "contributi" previsti dalla normativa italiana rispetto alla disciplina comunitaria previgente, cfr. CGCE, 18 settembre 2003, C-292/01 e C-293/01, *Albacorn e Infostrada*, in *Racc.*, p. I-9449, e 18 luglio 2006, C-339/04, *Nuova Società di telecomunicazioni*, non ancora pubblicata in *Racc.* Sulle conseguenze, anche sul piano processuale, dell'incompatibilità di tributi nazionali con la disciplina comunitaria, ed in particolare con i principi di proporzionalità, trasparenza e non discriminazione, v. CGCE, 19 settembre 2006, C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany*, non ancora pubblicata in *Racc.*

sull'art. 86 del Trattato ⁽⁴⁶⁾. L'abolizione delle situazioni di privilegio legale godute da uno o più operatori nazionali non è apparsa tuttavia sufficiente in un contesto dominato da ex monopoli pubblici per garantire l'affermazione di una concorrenza "sostenibile" ⁽⁴⁷⁾. La disciplina comunitaria prevede talune misure speciali e compensative intese a promuovere lo sviluppo della competitività, esterne ed interne al mercato di riferimento ⁽⁴⁸⁾.

Tra le misure esterne si può citare l'art. 13 della direttiva quadro, che fa obbligo agli Stati membri di garantire la separazione contabile, ovvero la separazione strutturale delle attività di comunicazione, per ciò che concerne le imprese operanti in tale mercato che, contestualmente, "godono di diritti speciali od esclusivi per la fornitura di servizi in altri settori nello stesso Stato membro o in un altro Stato membro". Si tenta in tal modo di evitare le sovvenzioni incrociate ("*cross-subsidization*"): ossia il trasferimento di risorse dai mercati in cui l'impresa gode di una posizione di monopolio o di privilegio legale, al mercato della comunicazione, con conseguente vantaggio concorrenziale dell'impresa che ne beneficia rispetto agli altri operatori del mercato "sovvenzionato". È tuttavia prevista una deroga a beneficio delle imprese il cui fatturato annuo, nelle attività di comunicazione e nello Stato membro interessato, sia inferiore a 50 milioni di euro ⁽⁴⁹⁾.

Tra le misure interne al mercato di riferimento si possono citare l'art. 3 della direttiva concorrenza (che pone agli Stati membri l'obbligo di provvedere a che le imprese pubbliche verticalmente integrate, che forniscono reti pubbliche di comunicazione e che occupano una posizione di potenza economica

(46) V. *supra*, par. 1.

(47) Cfr. A. DE STREEL, *The New Concept of "Significant Market Power"*, cit., p. 538.

(48) Sulla particolarità del regime indicato, e le ragioni che ne hanno giustificato l'adozione, cfr. A. ARPÓN DE MENDÍVIL, *Creating competition in the telecommunications market*, in E.A. RAFFAELLI, *Antitrust between EC Law and National Law*, Bruxelles, Milano, 2000, pp. 127-148.

(49) V. in tal senso l'art. 16 del codice delle comunicazioni, che opta per la separazione strutturale e con il quale lo Stato si avvale dell'indicata facoltà di deroga.

“non operino discriminazioni a favore delle proprie attività”) e, soprattutto, la complessa procedura – ripartita tra il livello comunitario e il livello nazionale – consistente nella definizione dei mercati rilevanti, nell’identificazione dei mercati non concorrenziali e, ivi, della o delle imprese fornite di significativo potere di mercato, nonché nell’eventuale imposizione a queste ultime di obblighi commisurati alla bisogna⁽⁵⁰⁾.

La regolamentazione *ex ante* si articola in tre fasi, la prima delle quali compete alla Commissione, le successive alle autorità nazionali di regolamentazione, salva la possibilità che, in casi particolari, la Commissione eserciti il proprio potere di veto (*supra*, par. 4). Le determinazioni sostanziali debbono essere svolte dalle autorità – comunitaria e nazionali – in conformità ai principi del diritto comunitario *antitrust*. Si può porre il dubbio se, in virtù di tale obbligo, i principi *antitrust* assurgano a “parametro di compatibilità” degli atti settoriali adottati dalla Commissione e dalle autorità nazionali ovvero a mero “criterio di ispirazione” del contenuto di questi ultimi e, in tal caso, quali siano i limiti di specialità della disciplina delle comunicazioni⁽⁵¹⁾.

a) Nella prima fase la Commissione determina, con raccomandazione, i mercati rilevanti dei servizi e dei prodotti di co-

(50) Cfr. artt. da 14 a 16 della direttiva quadro e artt. da 8 a 13 della direttiva accesso; v. anche artt. da 16 a 19 della direttiva servizio universale. Sull’efficacia diretta delle norme della direttiva quadro e della direttiva accesso, invocata dall’impresa fornita di significativo potere di mercato per sottrarsi agli obblighi di interconnessione ad essa imposti dall’autorità nazionale di regolamentazione, in pretesa violazione della procedura comunitaria, v. il rinvio del giudice ceco C-64/06, *Český Telecom*, cit.

(51) Nel primo senso sembra far propendere l’art. 15, par. 1-3, della direttiva quadro, nonché la raccomandazione della Commissione dell’11 febbraio 2003, relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili di 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, in *GU L 114* dell’8 maggio 2003, p. 45, considerando n. 5 (secondo cui “la Commissione ha [...] definito i mercati [...] conformemente ai principi del diritto della concorrenza”). Ad attenuazione della specialità della disciplina settoriale, v. peraltro anche il considerando n. 18 della citata raccomandazione e il considerando n. 14 della raccomandazione della Commissione del 19 settembre 2005 sulla separazione contabile e la contabilità dei costi nel quadro delle comunicazioni elettroniche (in *GU L 266* dell’11 ottobre 2005, p. 64).

municazione “le cui caratteristiche siano tali da giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione” ⁽⁵²⁾. L'identificazione dei mercati è condotta, a intervalli regolari, in base alle caratteristiche di settore di ciascuno (la presenza di forti ostacoli non transitori all'accesso, di carattere strutturale, giuridico o normativo; la dinamica concorrenziale ivi presente o attesa, per esempio nei mercati caratterizzati da elevata innovazione e progresso tecnologico) nonché in base ad una valutazione prognostica relativa all'insufficienza dei rimedi basati sul diritto (comunitario e nazionale) della concorrenza. L'elenco dei mercati così individuati non è tassativo, le autorità nazionali potendo discostarsene, previo ricorso alla procedura descritta *supra* al par. 4, e salva l'applicazione delle norme *antitrust* “in casi specifici”. La Commissione adotta altresì “orientamenti” per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ⁽⁵³⁾. Una procedura parzialmente differente è prevista per l'identificazione e la regolamentazione dei cd. mercati transnazionali ⁽⁵⁴⁾.

b) Nella seconda fase le autorità nazionali di regolamentazione, alla luce della raccomandazione e degli orientamenti, definiscono i mercati rilevanti “corrispondenti alla situazione nazionale”; ne effettuano l'analisi, all'occorrenza in collaborazione con le autorità nazionali garanti della concorrenza, e accertano se sono, o non sono, “effettivamente” concorrenziali.

Nel primo caso l'autorità non impone né mantiene nessun obbligo di regolamentazione specifico, e revoca quelli eventualmente in vigore (a stregua della normativa comunitaria e interna previgente). Nel secondo caso l'autorità individua le imprese che, sui mercati definiti come non concorrenziali, dispongono di un significativo potere di mercato.

La nozione, contemplata dall'art. 14 della direttiva quadro e dalle direttive particolari, corrisponde – a differenza che nel

(52) Cfr. art. 15 della direttiva quadro, cit., nonché la raccomandazione della Commissione dell'11 febbraio 2003, relativa ai mercati rilevanti, cit., spec. considerando n. 9 e ss.

(53) Cfr. le Linee direttrici pubblicate in *GU C* 165 dell'11 luglio 2002, p. 6.

(54) Cfr. art. 15, par. 4, della direttiva quadro.

precedente regime normativo – alla nozione di “posizione dominante” quale enucleata dalla giurisprudenza comunitaria ai sensi dell’art. 82 TCE. Di tale giurisprudenza l’art. 14, par. 2, della direttiva quadro fornisce una sintesi, caratterizzata peraltro da una certa povertà redazionale⁽⁵⁵⁾. La posizione dominante può essere individuale ovvero “collettiva”⁽⁵⁶⁾, come precisato dal richiamo di cui all’art. 14, par. 2, co. 2, della direttiva quadro. L’art. 14, par. 3, permette inoltre di tener conto altresì del c.d. effetto leva (“leverage”) nella definizione della portata della dominanza: deve infatti presumersi che l’impresa dotata di significativo potere su un mercato specifico abbia altresì “un significativo potere in un mercato strettamente connesso, qualora le connessioni tra i due mercati siano tali da consentire al potere detenuto in un mercato di esser fatto valere nell’altro, rafforzando in tal modo il potere complessivo dell’impresa interessata”.

Le valutazioni affidate, in tale contesto, alle autorità nazionali di regolamentazione sono complesse e connotate da ampia discrezionalità: in ragione sia del carattere “prospettivo” e, dunque, ipotetico degli accertamenti svolti⁽⁵⁷⁾, sia delle difficoltà inerenti all’applicazione, in un settore altamente tecnico, della prassi della Commissione e della giurisprudenza della Corte.

(55) Cfr. la definizione di cui all’art. 14, par. 2, della direttiva quadro con le affermazioni della Corte, in particolare nella sentenza 13 febbraio 1979, 85/76, *Hoffman - La Roche*, in *Racc.*, p. 461, secondo cui la posizione dominante è “una posizione di potenza economica grazie alla quale l’impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”; in generale I. VAN BAELE, J.-F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, The Hague, 2005, pp. 117-132, secondo i quali la definizione in parola “has become the standard legal test in subsequent applications of Article 82”. Nel precedente regime normativo il godimento di una posizione di potenza economica era “meccanicamente” riconosciuta all’impresa che detenesse una determinata quota di mercato.

(56) Ossia detenuta congiuntamente da imprese indipendenti che, in virtù di vari fattori (quali dei legami giuridici) ovvero per effetto di una particolare struttura del mercato (per esempio, in termini di concentrazione, trasparenza, maturità, simmetria dei costi ecc.) si presentino, su tale mercato, “come un’entità collettiva nei confronti dei loro concorrenti, delle loro controparti commerciali e dei consumatori” (CGCE, 16 marzo 2000, C-395/96, *Compagnie Maritimes belges*, in *Racc.*, p. I-1365).

(57) Cfr. punto 70 delle Linee direttrici, cit.

Per circoscrivere tali inconvenienti, e i rischi che si prospettano per l'efficacia e la "proporzionalità" della regolamentazione, così come per l'omogeneità degli interventi su base europea⁽⁵⁸⁾, la Commissione fornisce alle autorità nazionali una sintesi dei principi applicabili, spesso adattando, al settore delle comunicazioni, la prassi e la giurisprudenza "generali" in materia antitrust⁽⁵⁹⁾. La Commissione auspica, ancora, una cooperazione informale e biunivoca con le autorità nazionali di regolamentazione in seno al Gruppo dei regolatori europei, allo scopo di garantire l'uniformità d'applicazione del diritto comunitario ed evitare il rischio di approcci divergenti tra le autorità nazionali, in particolare nei rimedi applicati⁽⁶⁰⁾.

c) Nella terza e ultima fase le autorità nazionali possono imporre alla o alle imprese che dispongono di un significativo potere di mercato gli obblighi individuati, in modo non limitativo, dalla direttiva accesso o dalla direttiva servizio universale.

Trattasi di obblighi "comportamentali" noti all'esperienza *antitrust*, quali l'obbligo dell'operatore interessato di rendere pubbliche determinate informazioni (per esempio di carattere contabile, o relative alle specifiche tecniche, o alle caratteristiche della rete), di non operare discriminazioni nell'interconnessione o nell'accesso, di concedere ai terzi l'accesso e l'uso di determinate risorse della rete, di orientare i prezzi ai costi e di disporre di un sistema di contabilità dei costi⁽⁶¹⁾.

Particolarmente delicate si configurano le valutazioni che

(58) Cfr. criticamente, a tal riguardo, P. DEFRAIGNE, *EU New Regulatory Framework – is It Working?*, in *European Competition Law Review*, 2005, p. 597-600; I. DOBBS, P. RICHARDS, *Innovation and the New Regulatory Framework*, cit., pp. 729-730.

(59) Cfr. Linee direttrici, punto 24, per l'indicazione delle "fonti" da cui la Commissione trae i principi guida; ivi, punto 83, per un esempio di applicazione della teoria dell'effetto leva ai mercati verticalmente integrati. Per la ricostruzione dei principi del diritto della concorrenza rilevanti, cfr. A. DE STREEL, R. QUECK, P. VERNET, *Le nouveau cadre réglementaire européen*, cit., p. 280-294, e sulle difformità presentate, rispetto a questi, dalla disciplina settoriale, pp. 294.

(60) Cfr. Linee direttrici, punto 138.

(61) V. gli art. da 9 a 13 della direttiva accesso; v. anche gli art. da 17 a 19 della direttiva servizio universale e la raccomandazione della Commissione del 19 settembre 2005 sulla separazione contabile e la contabilità dei costi nel quadro normativo delle comunicazioni elettroniche, cit.

l'autorità nazionale è chiamata ad operare nell'applicazione dell'art. 12 della direttiva accesso (rubricato "Obblighi in materia di accesso e di uso di determinate risorse di rete"). Tale norma prevede, infatti, la possibilità di imporre agli operatori dominanti di "accogliere richieste ragionevoli di accesso e ad autorizzare l'uso di determinati elementi di rete e risorse correlate, in particolare qualora l'autorità nazionale di regolamentazione reputi che il rifiuto di concedere l'accesso o termini e condizioni non ragionevoli di effetto equivalente ostacolerebbe l'emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio o sarebbe contrario agli interessi dell'utente finale". Il prosieguo della norma contempla un elenco esemplificativo di misure che possono essere disposte a carico dell'impresa (per esempio, l'obbligo di concedere a terzi un accesso a determinati elementi e/o risorse di rete; l'obbligo di negoziare in buona fede con imprese che chiedono un accesso: art. 12, par. 1), mentre il successivo par. 2 prevede alcuni criteri che l'autorità nazionale deve prendere in considerazione al fine di vagliare "l'opportunità" di imporre tali misure, nonché la proporzionalità delle medesime (per esempio, la fattibilità tecnica ed economica dell'uso o dell'installazione di risorse concorrenti; la fattibilità della fornitura dell'accesso richiesto, alla luce della capacità disponibile; gli investimenti iniziali sostenuti dal proprietario della risorsa, tenuto conto dei rischi connessi a tale investimento, ecc.).

Tali ultimi criteri di valutazione "bilanciano", a favore dell'impresa dominante, le considerazioni pro-competitive cui l'autorità è tenuta ai sensi del par. 1. Nonostante ciò, la norma sembra prefigurare la possibilità che siano imposti, all'impresa dominante, obblighi di consentire ai terzi l'accesso alle cd. "essential facilities" da questa detenute, secondo criteri sensibilmente più permissivi di quelli attualmente impiegati dalla giurisprudenza comunitaria: in particolare, la direttiva non richiede che il rifiuto di condivisione dell'infrastruttura essenziale determini l'esclusione di ogni concorrenza su un mercato deriva-

to⁽⁶²⁾. Ciò solleva perplessità non soltanto sotto il profilo teorico, ma altresì sotto il profilo della proporzionalità, e dunque della legittimità "comunitaria", delle limitazioni così apportate all'esercizio del diritto fondamentale di proprietà di cui pure è titolare l'impresa dominante⁽⁶³⁾. A parte ciò, come è stato rilevato⁽⁶⁴⁾, la specificazione in via normativa delle condizioni in parola potrebbe fornire *guidelines of paramount importance* per l'amministrazione, e l'evoluzione, della (controversa) teoria delle *essential facilities* in ambito comunitario⁽⁶⁵⁾.

Oltre agli obblighi richiamati, le autorità nazionali di regolamentazione possono imporre alle imprese provviste di significativo potere di mercato rimedi ulteriori e non previsti dalle direttive particolari, subordinatamente però all'ottenimento di una decisione favorevole della Commissione⁽⁶⁶⁾. In dottrina è stata prefigurata, per esempio, l'eventualità che le autorità nazionali di regolamentazione, per lo meno in casi eccezionali, qualora altre misure si siano rivelate inefficaci, prescrivano rimedi attinenti alla struttura dell'impresa, per esempio la dismissione di azioni di controllo, o di attività⁽⁶⁷⁾.

(62) V. in argomento A. DE STREEL, R. QUECK, P. VERNET, *Le nouveau cadre réglementaire européen*, cit., p. 287 ss.; I. VAN BAELE, J.-F. BELLIS, *Competition Law*, cit., p. 948-955. Per una considerazione estensiva della possibilità delle autorità di regolamentazione nazionali di imporre alle imprese provviste di un significativo potere di mercato "obblighi ragionevoli", in materia di accesso e di interconnessione dei terzi, in deroga alla regola dell'autonomia delle parti, e anche in assenza di un'abilitazione in tal senso del diritto derivato, qualora ciò "appa[ia] necessario a favorire l'introduzione della concorrenza ed a promuovere gli interessi degli utenti", cfr. CGCE, 13 dicembre 2001, C-79/00, *Telefónica de España*, in *Racc.*, p. I-10075, spec. cpv. 32 e 35-36.

(63) Cfr., tra gli altri, S. BASTIANON, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, 2005, pp. 158-167, spec. 162: "All'interno di mercati sui quali le dinamiche competitive devono essere costruite *ex nihilo*, infatti, non appare corretto imporre al detentore di una infrastruttura un obbligo di tutelare la concorrenza, attribuendogli compiti regolatori che non spettano neppure ad un'autorità antitrust".

(64) Cfr. A.F. BAVASSO, *Electronic communications*, cit., p. 110.

(65) Cfr. in senso problematico, e innovativo, D. RIDYARD, *Compulsory Access Under EC Competition Law – A New Doctrine of "Convenient Facilities" and the Case for Price Regulation*, in *European Competition Law Review*, 2004, pp. 669-673.

(66) Ai sensi dell'art. 8, par. 3, ult. co., della direttiva accesso, cit. *supra*, par. 4.

(67) Dubitativo, sull'efficacia del rimedio della "separazione strutturale" dell'impresa dominante, anche alla luce delle prassi nazionali rilevanti, M.H. RYAN,

7. Conclusioni

La disciplina comunitaria delle comunicazioni appare fondata su un equilibrato “dosaggio” di principi ispirati alla liberalizzazione del mercato, da un lato, e di meccanismi di regolamentazione che assicurino il rispetto degli interessi pubblici essenziali da parte degli operatori, nonché la progressiva instaurazione di una concorrenza effettiva, dall’altro.

Sotto il profilo istituzionale, la preservazione di tale equilibrio è demandato principalmente ad un sistema di amministrazione “decentrata”, formato dalle autorità nazionali di regolamentazione, alla cui attività presiede peraltro, attraverso meccanismi di raccordo e di coordinamento, la Commissione.

La “gestione” degli obiettivi di cui la disciplina derivata si compone costituisce un compito particolarmente delicato per le autorità nazionali. Ciò non solo per l’elevato tecnicismo della materia, o per il carattere composito e parzialmente conflittuale dei valori – liberalizzazione, regolamentazione e diritti degli utenti e dei consumatori – cui la disciplina si ispira, ma altresì per la stessa flessibilità dei meccanismi istituzionali, che lasciano ampio spazio alla “sensibilità” e alla volontà di cooperazione degli attori coinvolti.

L’ampia discrezionalità di cui godono le autorità nazionali costituisce, come già in altri settori del diritto comunitario *anti-trust*, un rischio per l’omogeneo funzionamento del mercato. Per altro verso essa appare strumentale a consentire un “adattamento” della disciplina comune alle specificità del contesto nazionale. Un punto di equilibrio sembra esser stato raggiunto, allo stato attuale, attraverso la predisposizione di numerosi atti di *soft law*, utili a limitare o “orientare” il potere di scelta delle amministrazioni decentrate, e l’istituzione di organismi – quali il Gruppo dei regolatori europei – preposti a costituire un luogo di consultazione, dibattito e consulenza per queste ultime e per la Commissione. Tale scelta, che bilancia la “flessibilità” del

Structural Separation: A Prerequisite for Effective Telecoms Competition?, in *European Competition Law Review*, 2003, pp. 241-250.

regime normativo comune con strumenti di indirizzo e procedure di cooperazione, non è inedita: soluzioni analoghe sono riscontrabili in altri settori del diritto comunitario (*antitrust*), di cui la prassi delle autorità nazionali di regolamentazione potrà beneficiare, entro i limiti di specialità della disciplina settoriale.