

I «tre codici» della Società dell'informazione

Amministrazione digitale
Comunicazioni elettroniche
Contenuti audiovisivi

a cura di

Pasquale Costanzo, Giovanna De Minico, Roberto Zaccaria



G. Giappichelli Editore – Torino

I «tre codici» della Società dell'informazione

Amministrazione digitale
Comunicazioni elettroniche
Contenuti audiovisivi

I «tre codici» della Società dell'informazione

Amministrazione digitale
Comunicazioni elettroniche
Contenuti audiovisivi

a cura di

Pasquale Costanzo, Giovanna De Minico, Roberto Zaccaria

con interventi di

F. Abbondante, M. Avisati, J. Botella, E. Brogi, P. Cappello
A. Catricalà, P. Costanzo, N. D'Angelo, G. De Minico, R. Di Salvo
F. Donati, E. Frediani, P. Gentiloni, R. Grazzi, G. Lombardi
R. Manfredi, R. Miranda, S. Monteleone, M. Pietrangelo
F. Pizzetti, S. Rolando, M.T. Sagri, D. Siniscalchi
L. Trucco, A. Valastro, R. Zaccaria



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2006 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-6681-8

Il volume è frutto della ricerca cofinanziata dal MIUR 2003: L'«ordinamento della comunicazione» dopo la riforma della Parte II, Titolo V della Costituzione, nel quadro della normativa comunitaria e in comparazione con altri ordinamenti.

Composizione: Compograf - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

Indice

	<i>pag.</i>
Prefazione di <i>Paolo Gentiloni</i> (Ministro delle comunicazioni)	IX
Introduzione di <i>Roberto Zaccaria</i> (Coordinatore nazionale del progetto di ricerca)	XIII
Parte I Codice dell'amministrazione digitale (a cura di <i>Pasquale Costanzo</i>)	
Nuove tecnologie e "forma" dell'amministrazione (presentazione di una ricerca) di <i>Pasquale Costanzo</i>	3
<i>Cards</i> elettroniche tra Testo Unico sulla documentazione amministrativa e Codice dell'amministrazione digitale: tecnologie e politiche a confronto di <i>Lara Trucco</i>	13
Il documento amministrativo elettronico: luci ed ombre di <i>Giovanna Lombardi</i>	38
Posta Elettronica e Posta Elettronica Certificata (PEC) nelle amministrazioni pubbliche: prima e dopo il CAD di <i>Paola Cappello</i>	64
Brevi note sull'impatto dei pareri resi sul Codice dell'amministrazione digitale e sul suo decreto integrativo e correttivo di <i>Marina Pietrangelo</i>	84

	<i>pag.</i>
Natura giuridica e poteri del Cnipa tra Codice sulla protezione dei dati personali e Codice dell'amministrazione digitale di <i>Emiliano Frediani</i>	102
La potestà normativa nella materia dell'informatica pubblica tra coordinamento statale ed autonomia delle Regioni nella giurisprudenza della Corte e nel Codice dell'amministrazione digitale di <i>Roberto Grazzi</i>	130
La disciplina del Codice dell'amministrazione digitale in tema di firma elettronica e l'armonizzazione con la normativa comunitaria di <i>Maria-Teresa Sagri</i>	147

Parte II

Codice delle comunicazioni elettroniche

(a cura di *Giovanna De Minico*)

Le Direttive CE sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo? di <i>Giovanna De Minico</i>	169
Osservazioni sulla direttiva-quadro 2002/21/CE: il nuovo modello di amministrazione europea nel settore delle comunicazioni elettroniche di <i>Raffaele Manfredi</i>	191
L'ordinamento delle telecomunicazioni in Gran Bretagna fra continuità e discontinuità di <i>Fulvia Abbondante</i>	211
Regioni e Governo delle telecomunicazioni. Una competenza sottratta? di <i>Marana Avvisati</i>	232
La giurisprudenza amministrativa in tema di telecomunicazioni di <i>Roberto Di Salvo</i>	249
I Comitati regionali per le comunicazioni: un nuovo modello di amministrazione? di <i>Domenicantonio Siniscalchi</i>	265


<i>Indice</i>	VII
	<i>pag.</i>
La tutela del consumatore contro l'illecito anticoncorrenziale: strumenti attuali e prospettive evolutive di <i>Raffaella Miranda</i>	283

Parte III
Testo Unico della radiotelevisione
(a cura di *Roberto Zaccaria*)

I problemi del nuovo Testo Unico della radiotelevisione di <i>Filippo Donati</i>	307
I tre "Codici" e l'accesso delle persone disabili alle ICT: un percorso ad ostacoli, tra garanzie di effettività e assetto dei poteri pubblici di <i>Alessandra Valastro</i>	315
Dalla revisione della direttiva "tv senza frontiere" al ruolo del servizio pubblico radiotelevisivo: alcuni elementi dell'evoluzione del "diritto europeo dell'informazione" di <i>Elda Brogi</i>	325
La tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche tra esigenze di <i>Data Protection</i> e obblighi di <i>Data Retention</i> di <i>Shara Monteleone</i>	341

Considerazioni finali

Franco Pizzetti (Presidente Garante per la protezione dei dati personali)	367
Nicola D'Angelo (Commissario Autorità per le garanzie nelle comunicazioni)	375
Stefano Rolando (Segretario Generale Conferenza dei presidenti delle Assemblies regionali)	382
Antonio Catricalà (Presidente Autorità garante della concorrenza e del mercato)	402
Joan Botella (Commissario del "Consejo del Audiovisual de Cataluña")	409
Notizie sugli Autori	415



Parte II
Codice delle
comunicazioni
elettroniche

(a cura di *Giovanna De Minico*)

Le direttive CE sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo? *

di Giovanna De Minico

Sommario: 1. Per introdurre il discorso. – 2. La regolazione asimmetrica: nozione, obiettivi, rapporti con la disciplina antitrust. – 3. Dalle direttive comunitarie di prima generazione al pacchetto direttive 2002. – 4. Si è avverata la rivoluzione annunciata nelle direttive 2002. – 4.1. Secondo l'azione della Commissione. – 4.2. Secondo l'implementazione degli Stati membri: il caso italiano. – 5. Il modello regolativo a regia unica è conforme alla legalità comunitaria? – 6. Armonizzare ha prodotto risultati utili? E in base a quali parametri?

1 Per introdurre il discorso

Il mercato delle telecomunicazioni è stato ridisegnato da progressivi interventi eteronomi sovranazionali che ne hanno invertito l'originaria tendenza: l'of-

* Segnaliamo che nel corso di stampa di questo lavoro è sopravvenuta la nota vicenda Telecom, originata da un progetto di riforma della sua fisionomia tendente a separare la gestione della rete fissa dalla fornitura del servizio e ad attribuire distintamente le due funzioni a due società, giuridicamente autonome ma economicamente governate dalla futura *holding* Telecom. Di tale progetto, che non si esaurisce nel solo scorporo, ci occupiamo in questa sede in quanto esso è anche finalizzato a ottenere dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni una riduzione della regolazione sul mercato a dettaglio come corrispettivo dello scorporo (cfr. M. TRONCHETTI PROVERA, *Telecom Italia Group*, Milano, 11 settembre, 2006, a p. 6). Questa operazione è in apparenza accostabile a quella intercorsa tra l'OFCOM e la *British Telecom*; ma, a confronto del caso inglese, ampiamente esaminato nel nostro par. 4.2. per metterne in evidenza l'aspetto di condivisione con il regolatore, quello italiano risulta un'iniziativa solitaria del regolato, carattere che non assicurerà al mercato un gestore di rete effettivamente indipendente dagli interessi sui traffici a valle. La vicenda è ancora in corso, quindi non è dato sapere se e in che misura l'Autorità sarà in grado di orientarla. Se ciò non accadrà, i consumatori ne pagheranno pesantemente il prezzo, perché non potranno più contare né sulle regole protettive del mercato al dettaglio (cfr. la decisione di OFCOM di eliminare la tariffa sul mercato fisso al dettaglio, presa anche a seguito dell'accordo correttivo delle asimmetrie di cui si tratterà in se-

ferta, un tempo concentrata nelle mani di un unico operatore pubblico, è oggi una proposta diffusa e tendenzialmente privata; il mercato, in principio monopolistico, si è orientato verso la competizione protetta.

La liberalizzazione e la privatizzazione delle piazze non avevano però reso effettiva la libertà dei nuovi competitori di entrare e uscire dal mercato: questi ultimi erano sì equiordinati all'ex-monopolista nella titolarità formale del diritto di iniziativa economica, ma postergati nelle concrete *chances* di vincere la gara. L'ex-monopolista infatti, aveva conservato una posizione di vantaggio in ragione della sua storia pregressa e della sua identità di operatore verticalmente integrato – perché presente sul mercato all'ingrosso, come gestore di rete, e su quello al dettaglio, come fornitore del servizio – al quale i nuovi concorrenti si dovevano rivolgere per negoziare gli input di rete necessari per la prestazione del servizio di comunicazione elettronica al cliente finale¹.

Tali carenze strutturali² del mercato richiedevano l'intervento di una disciplina asimmetrica, preconditione all'operatività della *lex mercatoria*, diretta a riequilibrare la diversità di posizioni iniziali tra gli operatori.

2 *La regolazione asimmetrica: nozione, obiettivi, rapporti con la disciplina antitrust*

Chiarito, anche se in termini sintetici, cosa si intenda per deficienza strutturale di mercato esaminiamo se e in che misura la norma asimmetrica possa fornire il rimedio adeguato.

L'attributo della norma rimanda al metodo impiegato per correggere i fallimenti della *lex mercatoria*: il rapporto tra l'*incumbent* e i neo-competitori ricorda le relazioni obbligatorie a senso unico. Per cui il primo, in quanto obbligato a prestare il consenso, dovrà concludere contratti di uso della sua struttura aziendale a favore dei neocompetitori alle medesime condizioni riservate alle proprie divisioni commerciali; i secondi, invece, creditori del consenso, potranno chiedere la conclusione dei contratti in oggetto. Il principio di uguaglianza sostanziale in tema di libertà economiche ha azzerato lo spazio dell'autonomia negoziale nel binomio obbligo legale a contrarre/dovere di non discriminazione: l'imprenditore

guito: *Retail Price Controls*, in www.Ofcom.org.uk), alleggerite per compensare lo scorporo, né sulla parità di accesso alla rete, condizione assicurata solo da un gestore neutrale.

¹ S. FROVA-E. PONTAROLLO (a cura di), *La liberalizzazione zoppa. Il caso della telefonia fissa*, 2004, p. 35 ss.

² La tematica dei fallimenti del mercato appartiene alle discipline economiche, il che la rende non pertinente al nostro oggetto di indagine. Per una sua trattazione in termini sistematici, si rinvia comunque a J.E. STIGLITZ, *Economia del settore pubblico*, ed. italiana a cura di G. PISAURO, Milano, 1989, pp. 3-7.

infatti non decide più se condividere o meno i suoi impianti con il concorrente, ma si attiene a quanto impostogli dalla norma asimmetrica. Ne consegue che il contratto tra l'*incumbent* e il neo competitore è la fase terminale di una vertenza tra le contrapposte parti sociali che si è trasferita a livello di decisione politica e si è risolta nell'incondizionata fiducia nella capacità redistributiva della norma asimmetrica.

Questo intervento eteronomo conformativo dell'autonomia negoziale pretende di "mimare" un mercato concorrenziale creando secondo il noto paradigma della *fictio iuris* condizioni analoghe a quelle che un mercato competitivo produrrebbe da sé³.

Qui la finzione consente alle *new entries* l'accesso agli input di rete dell'ex-monopolista alle medesime condizioni praticate da questi alle sue divisioni commerciali. Questa simulazione implicitamente pone una domanda, alla quale risponde positivamente: l'"*equal access*" tra clienti indipendenti e non – cioè l'equiordinazione nelle richieste di accesso – equivale all'affidamento della rete a un gestore preferibilmente pubblico ed estraneo alle negoziazioni sul mercato a valle?

Noi, invece, non daremo per scontata la risposta, che costruiremo parallelamente all'analisi dei rimedi. Abbiamo però avvertito l'esigenza di porre in apertura l'interrogativo perché esso rimanda all'esistenza di una relazione ausiliaria tra la norma asimmetrica e la *lex mercatoria*. Precisamente, la prima si comporta come "the preconditions of a competitive marketplace rather than substituting regulation for competition, ... Necessary when antitrust cannot successfully maintain a workably competitive market place ..."⁴.

Pertanto, la disciplina asimmetrica e la regolazione antitrust convergono sul terreno degli obiettivi, ma divergono nella misura della loro attuazione.

Il fine della normativa asimmetrica è promuovere l'economia di libero scambio⁵, simulando condizioni strutturali equivalenti a quelle di un mercato ma-

³ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, rist., 2001, a p. 37. Ricorre al concetto di simulazione, da ultimo, G. AMATO, *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano*, in L. TORCHIA-F. BASSANINI (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze, 2005, p. 45 "Con tali regolazioni si cerca di 'mimare' un mercato concorrenziale. Ma è una concorrenza in ogni caso artificiale, diversa da quella che naturalmente si sviluppa fra operatori indipendenti l'uno dall'altro, giacché gli equilibri non li determina la dinamica dei loro rapporti, ma la disciplina delle modalità di accesso all'infrastruttura, dei prezzi per usarla, della soluzione dei conflitti che ne possono derivare".

⁴ In proposito, cfr.: S. BREYER, *Regulation and its reform*, Cambridge, 1982, pp. 158-159; ID., *Antitrust, deregulation and the newly liberated marketplace*, in *Cal. L. Rev.*, 75, 1987, p. 1007.

⁵ Direttiva 7 marzo 2002, n. 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 2002/21/CE, che "istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica"; in partic. cfr. art. 8, par. 2, lett. b) e c).

turo. Essa gioca al rialzo, guarda in avanti, perché il suo compito non è difendere lo *status quo* del mercato, ma stimolarlo ad andare oltre, condurlo alla competizione sostenibile.

La disciplina antitrust invece, preserva lo stadio competitivo raggiunto, indipendentemente dal suo livello. Essa mira infatti a far rientrare sul mercato l'operatore pregiudicato dalla condotta anti-competitiva del concorrente: ne consegue l'operatività *ex post* del rimedio repressivo, che interviene a violazione consumata (cioè ad abuso commesso o a cartello concluso) per rimuovere l'illecito e ripristinare la situazione di concorrenza pregressa.

La normativa asimmetrica si applica in prevenzione di un probabile abuso, il quale potrà essere commesso o no, ma ciò sarà ininfluenza ai fini del perfezionamento della norma, il quale coinciderà con il verificarsi di una situazione di pericolo per la competizione: la presenza sul mercato di un ex-monopolista in posizione dominante, fatto di per sé suscettibile di degenerare in abuso.

Qui il potere di mercato è trattato come "male in sé", perché secondo un giudizio di prognosi *ex ante* è probabile che l'operatore in posizione dominante, libero da un sistema di *checks and balances*, sfrutti il vantaggio a suo esclusivo profitto e a danno degli altri concorrenti. In altri termini, non si scommette sulla buona fede dell'imprenditore, ma si parte dall'opposta presunzione: si teme l'involuzione corporativa del potere personale e si argina sul nascere tale deriva egoistica con le norme asimmetriche⁶.

Gli economisti, dal canto loro, traducono l'ausiliarità della disciplina asimmetrica alla *lex mercatoria* nel modello matematico della proporzionalità inversa. Per cui un mercato caratterizzato da una forte insufficienza competitiva richiederà un apporto massiccio di disciplina correttiva; contrariamente a un mercato maturo, che ricorrerà solo in via residuale alle forze esogene. In sintesi, il flusso di norme asimmetriche cresce in principio, decresce con l'incremento della competitività del mercato e si azzerà quando il mercato sarà in condizione di funzionare da solo⁷.

⁶ L.J.H.F. GARZANITI, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EU competition Law and regulation*, Sweet & Maxwell, 2003, 2^a ed., p. 539: "They have been adopted on the assumption that market forces alone, even under the threat of *ex post* application of competition rules, would not suffice, at least not in the short term, to achieve a fully competitive market given that at liberalisation, incumbent operators had monopoly or very strong market position. In this sense, sector-specific rules complement the competition rules". Da ultimo: I. WALDEN-J. ANGEL, *Telecommunications law and regulation*, Oxford, 2005, p. 322 ss. Ancora si veda: P. NIHOUL-P. RODFORD, *EU electronic communications law*, Oxford, 2004, pp. 18-19.

⁷ Per una più ampia concezione della funzione della disciplina asimmetrica, si veda T. PROSSER, *The limits of competition law. Markets and public services*, Oxford, 2005, pp. 237, 244 e 245; l'Autore assegna alle regole correttive il compito sociale di rendere effettiva la disponibilità dei servizi pubblici ai cittadini in condizioni di uguaglianza sostanziale. Da qui il permanere della regolazione asimmetrica pur in presenza di un mercato competitivo nella mi-

Il carattere ausiliario della disciplina asimmetrica giustifica infine che essa si componga di principi ispiratori e modalità di costruzione propri del diritto antitrust⁸, processo che però non assiste la disciplina asimmetrica lungo tutto il suo arco evolutivo, accompagnandola solo dalla fase discendente fino al suo azzerramento.

Chiarito che la relazione che corre tra le due discipline è di complementarietà reciproca, non si pongono questioni di alternatività in quanto quella asimmetrica, come ogni disciplina di tipo precauzionale, interverrà in anticipo rispetto a quella antitrust al fine di impedire che la dominanza si converta in abuso, ma ciò non pregiudicherà l'intervento residuale della misura repressiva antitrust in caso di insuccesso della prima. Dunque, le due discipline si completano a vicenda: quella asimmetrica crea le condizioni di effettività della normativa antitrust, quest'ultima si applica in *extrema ratio*, cioè accertata l'incapacità della prima a prevenire.

3 Dalle direttive comunitarie di prima generazione al pacchetto direttive 2002

La normativa asimmetrica di prima generazione (per intenderci fino alle direttive '98) era collegata al c.d. peccato originale⁹ dell'ex monopolista, la cui situazione di vantaggio iniziale era considerata un pericolo in sé per la *par condicio* competitiva; si trattava cioè di un giudizio di pericolosità presunto, perché in-

sura strettamente necessaria ad assicurare l'equo accesso dei cittadini alle prestazioni essenziali per la crescita collettiva. In tema, si veda altresì: D. GERARDIN-M. KERF, *Controlling market power in telecommunications: striking the right balance between antitrust and sector specific rules and institutions*, Oxford, 2003.

⁸ Volendo, G. DE MINICO, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Padova, 1997, pp. 8-25.

⁹ L'espressione si deve a A. DE STEEL, *Remedies in the European electronic communications sector*, in D. GERARDIN (ed.), *Remedies in Network Industries: EC competition law vs. sector-specific regulation*, in *Intersentia*, 2004, a p. 31, dove l'Autore afferma che "Under the 1998 framework, the SMP regime was mainly related to the competitive conditions under which infrastructures have been deployed. It mainly applied to markets previously under legal monopoly [...] and was thus linked to the so-called original sin of the previous monopolist".

In proposito, cfr.: P. LAROCHE, *A closer look at some assumptions underlying EC regulation of electronic communications*, in *Jour. of network industries*, 3, 2002, p. 141: "As time goes by and the incumbent progressively loses its grips on the market, then the fundamental question begin to arise more seriously: were regulatory burdens imposed on the incumbent because of its size and market position or because of certain features of telecommunications which were only present in the incumbent since it represented for all intents and purpose the whole sector? Second, the determination of the regulated areas should be more flexible to keep pace with rapid market evolution?".

dipendente dall'accertamento in concreto dell'esistenza di meccanismi interni al mercato, i c.d. strumenti di *checks and balances*, in grado di attenuare l'eccesso di potere individuale dell'*incumbent*. In altri termini, veniva posta l'equazione posizione dominante/presunzione di rischio per la concorrenza.

Questa premessa ideologica giustifica la particolare costruzione della fattispecie asimmetrica nelle direttive di prima generazione, quelle che hanno accompagnato la fase di avvio del processo di liberalizzazione: mercati, operatori in dominanza, rimedi si riducevano rispettivamente in valutazioni legali tipiche, previsioni di dominanza *ex ante* imm modificabili in ragione della dinamica competitiva, imposizioni integrali delle misure correttive.

Col pacchetto direttive 2002 l'avvio del processo regolativo asimmetrico si colloca in basso, precisamente nella "necessità" di valutare i mercati per ciò che sono nel loro divenire storico, e non per ciò che la lettura politica vorrebbe che fossero in una dimensione tendenzialmente ferma nel tempo. Alle valutazioni predefinite dal legislatore comunitario, si sostituiscono gli accertamenti sul campo rimessi alle Autorità nazionali di regolazione (d'ora in poi "ANR"), alle etichette standard di operatore dominante, le valutazioni caso per caso porose alle specifiche dei mercati, ai rimedi ad applicazione automatica e integrale, la loro selezione puntuale e proporzionata al *defeat* da correggere. Si è dinanzi a un mutamento radicale di prospettiva: le nuove regole correttive si propongono più sofisticate delle precedenti nei presupposti, modulabili nei contenuti e temporanee nella vigenza.

Quindi, le tre fasi costitutive della fattispecie asimmetrica si evolvono nel seguente modo.

I mercati, un tempo contenuti negli elenchi chiusi del legislatore comunitario e compilati in base a opinabili criteri tecnici, vengono ora selezionati in coerenza con le proprie specificità dalle ANR secondo i principi del diritto antitrust¹⁰, sintetizzati nella Raccomandazione sui mercati rilevanti. Detta Raccomandazione¹¹ affida l'esito della selezione a un test, già noto al diritto della concorrenza, basato sull'esistenza di barriere all'accesso forti e non transitorie, nonché sull'assenza prospettica di competizione effettiva, e, infine, sull'insufficienza della sola legge antitrust a sanare le individuate disfunzioni del mercato. Quindi, la definizione di "mercato rilevante" vive nella concretezza delle dinamiche economiche e strutturali, indizi sintomatici della sua concreta capacità di autoregolarsi. Alla rigidità di un sistema meccanico e impermeabile alla realtà si è invece sostituito un approccio pragmatico, che ha il pregio di evitare il rapido invecchiamento dei

¹⁰ Direttiva-quadro, art. 15, par. 1.

¹¹ Cfr. la Raccomandazione della Commissione del 11 febbraio 2003 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", in part. il *Cons.* 9.

mercati, sottoposti nel settore delle comunicazioni elettroniche a forti tensioni evolutive per l'incessante progresso tecnologico, giudicandoli secondo il punto di vista della concorrenza dinamica.

L'operatore con significativo potere di mercato, un tempo fotografabile *ex lege* in ragione del superamento della soglia critica di fatturato, è ora individuabile *ex post* dalle ANR in virtù dei criteri tecnico-economici elaborati dalla Commissione e dalla Corte di giustizia in tema di posizione dominante¹².

I rimedi, non più applicabili in blocco, vengono selezionati dalle ANR entro un ventaglio di correttivi formulati nelle direttive in modo da individuare la misura più appropriata alle specificità del *defeat* da curare, nonché proporzionata, giustificata e compatibile con gli incentivi alla sua esecuzione¹³.

In conclusione questo girare pagina è certamente l'obiettivo programmatico del pacchetto direttive, obiettivo che avrebbe dovuto avviare un nuovo corso del flusso normativo: più snello e, al tempo stesso, più sofisticato. Più snello, nella quantità di regole asimmetriche da immettere sul mercato, decrescenti al crescere del grado di competitività; più sofisticato, nella tecnica di formulazione dei precetti che, basandosi sulle complesse analisi di mercato, sul criterio della sostituibilità della domanda e dell'offerta, sul parametro costi/benefici, richiederà però tempi lunghi di definizione del *rule-making*, problemi sconosciuti alle vecchie procedure caratterizzate da una certa rozzezza e automatismo, ma anche da una maggiore speditezza nella conclusione.

4 Si è avverata la rivoluzione annunciata nelle direttive 2002?

È stata mantenuta questa promessa di flessibilità nella costruzione normativa, di riduzione della massa normativa e di adeguatezza del rimedio alla disfunzione da sanare?

4.1. Secondo l'azione della Commissione

La Commissione, per suo conto, ha blindato un tessuto normativo a vocazione flessibile o in sede di direttiva o con gli atti implementativi di *soft law* co-

¹² Secondo la lettura che la Corte di giustizia (causa n. 322/81, *Michelin/Commission* [1983] ECR 3461, 3503) ha dato all'art. 82 Trattato CE – ora riprodotta fedelmente nell'art. 14 della direttiva-quadro – la posizione dominante è “a position of economic strength enjoyed by undertaking which enables it to hinder the maintenance of effective competition on the relevant market by allowing it to behave to an appreciable extent independently of its competitors and customers and ultimately consumers”.

¹³ Direttiva 7 marzo 2002, n. 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa “all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime”, in part. cfr. art. 8.

munitaria in modo da assicurare la coerenza della regolazione nazionale al programma dell'Unione: ridurre allo stretto indispensabile la regolazione asimmetrica sui mercati orientati alla competizione sostenibile¹⁴.

Per fare ciò la Commissione ha occupato i tre *steps* del processo regolatorio asimmetrico (mercati, operatori e rimedi), nonostante la direttiva-quadro sembrasse volerli riservare alla competenza delle ANR come la corretta applicazione del principio di sussidiarietà tra livello comunitario e statale pure avrebbe consigliato¹⁵.

a) Quanto *ai mercati*: la loro individuazione è stata già per grandi linee anticipata nell'allegato A) alla direttiva-quadro e poi articolata dettagliatamente nelle 18 aree merceologiche elencate nella Raccomandazione. Considerato il valore orientativo della Raccomandazione, la lista ivi contenuta dovrebbe al più valere come elenco sintomatico di mercati suscettibili di regolazione *ex ante*, lasciando impregiudicato l'accertamento in concreto della corrispondenza del singolo mercato in esame a una delle categorie astratte incluse nell'elenco ad opera delle singole Autorità nazionali. Tale verifica non è affidata però alla discrezionalità tecnica delle ANR, bensì ancorata a parametri economici¹⁶ già sperimentati dal diritto antitrust, richiamati nella Raccomandazione, tendenti ad acquisire alla regolazione asimmetrica le sole piazze prive di meccanismi endogeni capaci di compensare *ex se* la dominanza dell'*incumbent*. Nella prassi le cose sono an-

¹⁴ Per una visione di sintesi quanto all'obiettivo della "lighter regulation" si veda EUROPEAN COMMISSION, *Communication on Market Reviews under the EU Regulatory Framework*, COM (2006), 28 *final*, a p. 10, in http://europa.eu.int/information_society/policy/: "It has also ensured that all regulators base their decisions on sound economic considerations and that regulation of markets for electronic communications has been kept to the minimum necessary". Obiettivo, questo della riduzione del peso regolatorio, che allo stato non si può considerare compiuto, per le ragioni che esporremo nel testo, ne sia prova la sua ossessiva riproposizione nelle affermazioni della Commissione nel corso del processo di revisione del pacchetto, cfr.: EUROPEAN COMMISSION, *Communication on the review of the EU Regulatory Framework for electronic communications network and services*, COM (2006), 334 *final*, in http://europa.eu.int/information_society/policy/.

¹⁵ A. DE STREEL, *A program for reforms for the European regulation of electronic communications, paper*, 1° agosto 2005.

¹⁶ La Raccomandazione al *Cons.* 9 indica alle ANR come metodo cogente (lo si evince dall'espressione "occorre fare riferimento") il test dei tre criteri per l'individuazione dei mercati rilevanti: vale a dire la presenza di barriere forti e non transitorie tecniche o giuridiche all'accesso, l'assenza di concorrenza persino in una dimensione prospettica e l'insufficienza del diritto della concorrenza a correggere le segnalate carenze del mercato. Ma anche a voler prescindere dal tenore letterale dell'espressione di cui sopra, la prassi della Commissione è stata quella di escludere la facoltatività dei criteri; in proposito si veda EUROPEAN COMMISSION, *European electronic communications regulation and markets 2005 (11 th Report)*, COM (2006), 68 *final*, *passim*, in http://europa.eu.int/information_society/policy/.

date diversamente, perché la Raccomandazione è stata interpretata dalle ANR, nonostante la sua natura di atto di *soft law*, come impositiva di una presunzione assoluta in materia di mercati regolabili, con la conseguenza che si sono avuti scostamenti marginali dalla lista e, comunque, non in riduzione, con ciò procurando un risultato opposto alla promessa derogazione.

b) Quanto *all'operatore con significativo potere di mercato*, la sua individuazione non ha avuto sorte diversa da quella riservata ai mercati, perché il rinvio ai principi del diritto comunitario ha determinato la coincidenza tra il concetto di significativo potere di mercato con quello di operatore in posizione dominante. E siccome quest'ultimo in base al diritto antitrust – qui richiamato come criterio costitutivo della fattispecie normativa aperta – si determina in ragione delle specificità del mercato, cioè in base ai quei tre criteri prima impiegati per selezionare un mercato rilevante, è accaduto che l'operatore con quote di mercato considerevoli su un segmento di mercato rilevante è stato con un certo automatismo considerato detentore di significativo potere, il che ha portato all'assorbimento del secondo *step* nel primo.

In sintesi due *step* – mercati e operatori – previsti come concettualmente separati e affidati alle competenze di autorità diverse, nei fatti hanno coinciso nell'imputazione a favore del soggetto sovranazionale.

c) Quanto alle *misure correttive*, il legislatore comunitario, diversamente da come ha disposto in tema di mercati e operatori, si è limitato a stendere un elenco aperto di rimedi, emendabili o integrabili all'occorrenza, cioè in sede di decisione regolatoria da parte delle ANR.

Queste, infatti, avrebbero potuto scegliere la misura più adeguata e proporzionata alle specificità della disfunzione da correggere entro un ambito di rimedi predefinito dal legislatore comunitario.

Adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza sono i parametri orientativi della scelta selettiva delle Autorità, imposti dal legislatore comunitario per contemperare l'esigenza sovranazionale di uniformità normativa con le istanze di differenziazione sollecitate dalle peculiarità dei mercati nazionali. Ma il conseguimento di questo risultato imponeva all'Autorità e alla Commissione il dovere di leale collaborazione. In forza di tale canone, le Autorità, in caso di inadeguatezza dei rimedi tipici a sanare le disfunzioni, avrebbero dovuto sperimentare soluzioni alternative alle prime secondo quanto la clausola di apertura dell'art. 8, par. 3, della direttiva accesso pur consentiva.

Quanto alla Commissione, atteggiamenti di autolimitazione nel proporre emendamenti ai progetti di rimedi delle Autorità sarebbero stati preferibili alle puntuali modifiche suggerite con le lettere di commento. Inoltre, come lealtà impone, la Commissione si sarebbe dovuta astenere dal promuovere la procedura di *infringement* in caso di inosservanza delle lettere, perché a rigore di diritto una lettera di commento è impositiva dell'obbligo di una sua attenta valutazione (art.

7, comma 5, direttiva-quadro), ma non già del dovere per il destinatario di conformarsi¹⁷. È ovvio che l'uso disinvolto di questo strumento di *soft law* ha scoraggiato la sperimentazione normativa delle ANR, che hanno finito per allinearsi alle indicazioni non cogenti delle lettere di commento per sottrarsi al rischio della procedura di *infringement*.

In conclusione, il radicale cambiamento che il pacchetto direttive 2002 sembrava annunciare, cioè il passaggio da una prospettiva astratta e aprioristica a un approccio concreto e pragmatico, non era allo stato disponibile data questa sequenza di eventi: direttiva-quadro, Raccomandazione e atti vari di *soft law*, concorrenti tutti a blindare il tessuto normativo non diversamente da quanto era accaduto in precedenza.

4.2. Secondo l'implementazione degli Stati membri: il caso italiano

Né la prassi delle singole Autorità ha saputo aggiustare il tiro, cosa che era pure in loro potere, visto che la Raccomandazione non si annunciava come un imperativo categorico per le ANR, che l'avrebbero dovuta tenere in debito conto, pur conservando la possibilità di integrare o, meglio, di accorciare la lista sempre che l'esito del test economico lo avesse consentito.

Di fatto ciò non è accaduto. La nostra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (d'ora in poi Ag.Com), non diversamente dalle altre, si è attenuta sostanzialmente all'elenco contenuto¹⁸ nella Raccomandazione. Più precisamente, è indiscutibile l'esuberanza della lista dei mercati all'ingrosso contenuta nella Raccomandazione¹⁹: in essa infatti figurano mercati non sottoponibili a regola-

¹⁷ Il caso è relativo alla *querelle* tra la Commissione e Ficora (l'Autorità di regolazione finlandese); quest'ultima aveva statuito tariffe solo rispetto al mercato di terminazione di chiamate vocali su reti mobili, escludendole per il corrispondente mercato di rete fissa. La contestazione pertanto atteneva al requisito dell'adeguatezza della misura, perché essa "solved only part of the competition problem identified": così EUROPEAN COMMISSION, *Communication on Market Reviews under the EU Regulatory Framework*, cit., a p. 6. A seguito della lettera di commenti non rispettata da Ficora, la Commissione ha avviato la procedura di *infringement* [G(2004) D/233787], perché "this exclusion of fixed-originated traffic is contrary to the objectives of the New Regulatory Framework, since (i) fixed telephony subscribers are excluded from the benefit of the remedies imposed on mobile Call termination, (II) the measures discriminate between fixed and mobile network operators and (III) the measures fail to remove an obstacle to the provision of fixed-to mobile services in Finland".

¹⁸ EUROPEAN COMMISSION, *European electronic communications regulation and markets 2005*, (11th Report), cit., in cui si valuta positivamente l'allineamento pressoché totale degli Stati dell'Unione alla lista normativamente predisposta.

¹⁹ Si pensi, ad esempio, ai mercati del servizio di transito sulla rete telefonica pubblica fissa (riportato al n. 10 della Raccomandazione) o ancora a quello della fornitura all'ingrosso di segmenti terminali di linee affittate (al n. 13 della Raccomandazione).

zione *ex ante*, perché la posizione dominante dell'*incumbent* è ampiamente ammortizzata dall'assenza di barriere all'entrata²⁰. Ora, se le ANR si fossero attenute all'esito del test antitrust, non avrebbero incluso tali mercati nelle liste. Non lo hanno fatto per acquiescenza alla volontà di Bruxelles.

Analogo giudizio riguarda i mercati al dettaglio, luoghi della negoziazione dei servizi tra il fornitore e l'utente finale, suscettibili di regolazione nella remota ipotesi di insufficienza della disciplina asimmetrica dei mercati all'ingrosso. Ma la lista della Raccomandazione risulta anche in questo caso sovrabbondante.

In sintesi, la Commissione e le ANR hanno assunto un atteggiamento iperregolatorio nonostante i dichiarati intenti deregolatori per ora rimasti solo sulla carta²¹, e la promessa di spostare l'oggetto della regolazione dai mercati al dettaglio a quelli all'ingrosso si è risolta nella duplicazione dell'oggetto regolatorio: accanto ai primi si sono aggiunti i secondi.

La prova definitiva del fallimento del progetto deregolativo è altresì nel fatto che solo con il 2006, anno di apertura della procedura di riesame delle direttive e della Raccomandazione sui mercati rilevanti, la Commissione ha iniziato a valutare se mantenere o ridurre la lista²². A nostro avviso non ci sarebbe stato bisogno dell'annunciata riformulazione in riduzione se solo le Autorità avessero selezionato i mercati in ragione dei test economici, e non in forza della loro astratta appartenenza a un elenco consegnato nella Raccomandazione, interpretazione peraltro coerente con la rilevanza giuridica riflessa di quest'ultima.

Quanto ai rimedi, le ANR, e tra queste la nostra, hanno finora dato attuazione alle sole disposizioni generali sui rimedi, ignorando cioè l'esistenza di norme speciali al riguardo. Invero, le prime prevedono i rimedi comportamentali, cioè quelli diretti a conformare per l'avvenire le negoziazioni tra l'*incumbent* e gli operatori terzi al canone della buona fede oggettiva; quelle speciali²³ consen-

²⁰ Per un esame dettagliato anche da un punto di vista economico si veda: C. KOBOLDT, *Regulatory obligations to be imposed on operators with significant market power: narrow-band services, paper for the European Commission*.

²¹ Da ultimo, P. RICHARDS, *The limitation of market-based regulation of the electronic communications sector*, in *Telecommunications policy*, 30 marzo-aprile 2006, p. 201 ss.

²² EUROPEAN COMMISSION, *Call for input on the forthcoming review of the EU regulatory framework for electronic communications and services, including review of the Recommendation on relevant markets*, (25 novembre 2005) in: http://europa.eu.int/information_society/policy/ecom/doc/info_centre/p.

²³ L'art. 8, par. 3 ultima parte, della Direttiva accesso, dispone che: "In circostanze eccezionali l'autorità nazionale di regolamentazione, quando intende imporre agli operatori aventi un significativo potere di mercato obblighi in materia di accesso e di interconnessione diversi da quelli di cui agli articoli da 9 a 13 della presente direttiva, ne fa richiesta alla Commissione, la quale, in conformità dell'art. 14, par. 2, adotta una decisione che autorizza o impedisce all'autorità nazionale di regolamentazione di prendere tali misure".

tono, in deroga alla disciplina generale, di formulare misure strutturali atipiche, cioè correttivi statici relativi al modo di essere dell'imprenditore. Tali rimedi pertanto potranno interessare l'assetto societario, la compagine azionaria e persino quella proprietaria, articolandosi in una vasta gamma di soluzioni organizzatorie dalla misura minimale della separazione strutturale – consistente nell'imputazione rispettivamente delle funzioni di gestione della rete e di fornitura dei servizi a due divisioni, o addirittura a due società, distinte benché parti della stessa impresa dal punto di vista economico – a quella estrema della separazione proprietaria, in cui le due funzioni fanno capo a società indipendenti anche economicamente in modo da assicurare la neutralità del gestore di rete dai traffici sul mercato a valle, terreno di azione delle imprese fornitrici dei servizi.

Aver disegnato solo rimedi comportamentali è stata una risposta inadeguata alla disfunzione da correggere, perché essa non riesce a evitare che l'operatore verticalmente integrato ricorra abusivamente alle sinergie tra gestione integrata di rete e fornitura di servizi.

Per esaminare più nel dettaglio la questione, si consideri la delibera 152/02/CONS²⁴ – disciplina asimmetrica madre – con cui l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha riproposto l'obbligo legale a contrarre – mutuato dalla dottrina delle *essential facilities* in tema di abuso di posizione dominante²⁵ – completato dal principio di non discriminazione: l'*incumbent* pertanto sarà tenuto a stipulare il contratto di accesso con gli altri operatori alle medesime condizioni negoziali praticate alle proprie divisioni commerciali. Tale delibera ha il merito di avere inaugurato il principio della parità di trattamento interno/esterno, di cui è applicazione il test economico della doppia sostenibilità, parametro vincolante per l'*incumbent* nella fissazione della tariffa di accesso al fine ultimo di consentire che gli operatori terzi possano replicare ai propri clienti il prezzo praticato dall'*incumbent* ai suoi.

Dall'esame del contenuto della delibera si trae un giudizio positivo, quanto alla specificazione del principio di non discriminazione, la cui articolata formulazione anticipa quanto poi dirà il d.lgs. n. 259 del 2003 al riguardo²⁶; il suo pre-

²⁴ Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, *Delibera 152/02/CONS*, 15 maggio 2002, in <http://www.agcom.it>, anticipatrice del principio della parità di trattamento interno/esterno.

²⁵ OECD, *The essential facilities concept*, Parigi, 1996, p. 93; CAPOBIANCO, *The essential facility doctrine: similarities and differences between the american and the european approach*, in *E. L. R.*, 2001, 26, p. 548.

²⁶ Decreto legislativo di recepimento delle direttive 2002/19/CE (direttiva accesso), 2202/20/CE (direttiva autorizzazioni), 2002/21/CE (direttiva quadro) e 2002/22/CE (direttiva servizio universale), recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche", in *G.U.* n. 214 del 15 settembre 2003.

gio diventa però anche il suo limite, perché non affronta neanche in termini di ipotesi prospettica il tema dei rimedi strutturali²⁷.

In punto di diritto, va detto che la ricordata delibera non poteva aprire alla piena separazione strutturale: lo vietava all'epoca il contesto comunitario che indicava le sole misure comportamentali, limite oggi non più opponibile ai nuovi rimedi, in quanto l'art. 8 della direttiva accesso consente alle ANR di superare l'elenco delle misure comportamentali con proposte atipiche da sottoporre al vaglio della Commissione.

Quest'ultima poi acconsentirà al rimedio strutturale, sempre che l'Autorità dia prova tanto dell'inefficacia dei rimedi comportamentali a prevenire l'abuso dell'operatore verticalmente integrato²⁸, che della proporzionalità e dell'indi-

²⁷ Rilievi critici al progetto di delibera erano, infatti, stati formulati dall'Antitrust nel parere del 29 aprile 2002 – come richiamato e riportato per stralci nella citata delibera – in cui si indicava all'A.G.Com. “la separazione strutturale proprietaria, o societaria, delle attività di gestione dei servizi di rete da quelle di fornitura di servizi finali dell'operatore verticalmente integrato” come soluzione definitiva sia ai problemi di asimmetria informativa, cui è esposto il regolatore, che a quelli connessi ai comportamenti abusivi dell'operatore verticalmente integrato.

²⁸ Il fatto che nonostante i correttivi comportamentali il dominante persevera nelle condotte escludenti verso gli altri concorrenti è già un buon indizio. Vedi il caso di abuso di posizione dominante contestato dall'Antitrust con *Prov. 13752*, del 16 novembre 2004 (reperibile nel sito: www.agcm.it) ora confermato parzialmente dalla decisione del Cons. Stato, sez. VI, n. 1271 del 2006, che ha valutato i contratti con prezzi all'inglese o sconti fidelizzati a favore di un certo tipo di clientela lesivi del gioco competitivo per violazione degli obblighi di equità e non discriminazione, non essendo estesi alla generalità dei clienti. Oppure, si pensi al recentissimo caso, in corso di accertamento giudiziario, di presunto abuso di Telecom a danno di FastWeb, consistente in trattamenti negoziali di favore rivolti agli ex-clienti Telecom allo scopo di recuperarli sottraendoli a FastWeb. Qui l'abuso è stato reso possibile in quanto le divisioni commerciali di Telecom, accedendo illecitamente ai dati degli ex clienti conservati dalla sua divisione di gestione della rete, hanno formulato proposte più vantaggiose agli ex clienti rispetto a quelle concluse con il concorrente. Ad oggi la vicenda giudiziaria è ancora in corso e parallelamente l'Antitrust sta esaminando se ricorrono gli estremi per l'avvio dell'azione di abuso, mentre per i profili di violazione della legge sulla privacy è ovviamente competente la rispettiva Autorità, conseguentemente non si può esprimere un giudizio sulla fondatezza dell'accusa rivolta a Telecom, salvo che sulla verosimiglianza di diritto. Così si è già espressa la Corte di Appello di Milano, sez. I civ., 2 maggio 2006, adita *ex art. 33*, comma 2, legge n. 287 del 1990, che ha in via cautelare *ex art. 700 c.p.c.* ordinato a Telecom la desistenza immediata dalle condotte abusive contestate. Se la contestazione risultasse fondata nel merito, la Telecom avrebbe violato proprio gli obblighi di separazione dei sistemi informativi e di reciproca incomunicabilità posti dalla ricordata delibera Ag.Com. 152/02/CONS (art. 2, comma 2, lett. *d*), il che dimostrerebbe due cose. In primo luogo, che questa violazione, in quanto risalente nel tempo, non è stata rilevata e sanzionata tempestivamente dall'Ag.Com.; in secondo luogo, che il rimedio dell'incomunicabilità informativa, se non sorretto da serie garanzie strutturali, è del tutto incapace a evitare la commissione dell'abuso per sfruttamento delle si-

spensabilità della misura strutturale proposta. Queste condizioni, benché non espressamente poste nella direttiva accesso, riteniamo che debbano valere in ragione del ricordato carattere ausiliario e anticipatorio²⁹ della disciplina asimmetrica rispetto a quella antitrust. Infatti, come la *lex mercatoria* oggi può ricorrere³⁰ ai rimedi strutturali per reprimere l'abuso, nello stesso modo tali rimedi saranno disponibili per prevenire l'abuso come impone la logica precauzionale della disciplina asimmetrica.

Finora la nostra Autorità non ha ancora avanzato questa proposta alla Commissione; ne è conseguita l'operatività dei soli rimedi comportamentali.

A questo punto dell'analisi possiamo finalmente rispondere alla domanda posta in apertura: il fine ultimo del rimedio, cioè creare una "situazione simulata di mercato concorrenziale", è stato conseguito? In termini più espliciti: l'equo accesso alla rete è equivalente al caso di una infrastruttura gestita da un operatore preferibilmente pubblico ed estraneo ai traffici sul mercato a valle?

La risposta è a nostro avviso negativa, perché l'*incumbent*, operatore verticalmente integrato, vive una condizione fisiologica di conflitto di interessi, non neutralizzabile con la buona fede nelle contrattazioni: per lui i clienti non potran-

nergie tra rete e servizi. In sintesi, tale condotta provverebbe l'ulteriormente l'inadeguatezza dei rimedi comportamentali a prevenire gli illeciti anticompetitivi, perché le sole regole di condotta non possono controbilanciare le disfunzioni strutturali del mercato.

²⁹ L'espressione si deve a P. BUIGES, *A Competition policy approach*, in P. BUIGES-P. REY (eds.), *The economics of antitrust and regulation in telecommunications*, E. ELGAR, 2004, che qualifica la disciplina asimmetrica come "sort of pre-emptive competition law" in ragione del suo mutare dal diritto antitrust la tecnica aperta di costruzione della fattispecie normativa. Altri Autori (cfr.: A. DE STREEL, *Remedies in the European electronic communications sector*, in D. GERADIN (ed.), *Remedies in network industries: EC competition law vs. Sector-specific regulation*, cit., a p. 39) preferiscono invece parlare di "hybridisation" del diritto asimmetrico in ragione del suo allinearsi ai concetti elastici del diritto antitrust. Gli Autori non riflettono, invece, su quella che, a nostro avviso, è la principale conseguenza desumibile da questo processo osmotico: l'avvalimento da parte del diritto asimmetrico di tutte le soluzioni a disposizione del secondo, comporta altresì il ricorso ai rimedi strutturali propri della *lex mercatoria*.

³⁰ I rimedi strutturali sono ora ammessi anche in diritto positivo, art. 7 Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, che ha codificato una prassi giurisprudenziale che da tempo li aveva ritenuti compatibili con la fattispecie aperta dell'art. 82 del Trattato CE, i cui provvedimenti ordinatori non hanno un contenuto tipizzato ma determinabile all'occorrenza secondo le necessità del caso e nel rispetto dei principi d'indispensabilità e di proporzionalità. Questo bagaglio di regole pretorie ha sostanzialmente il contenuto prescrittivo della disposizione in esame, che pertanto apre espressamente alle misure deconcentrative "quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale". In dottrina, da ultimo, cfr.: M. CAVE- P. CROWTHER, *Pre-emptive competition policy meets regulatory antitrust*, 2005, a p. 14.

no mai essere tutti uguali. Pertanto, pur nel rispetto formale della disciplina asimmetrica, questi riserverà ai clienti indipendenti condizioni di accesso alla rete peggiori di quelle praticate alle sue divisioni commerciali e ciò allo scopo di ridurre la pressione competitiva sul mercato a valle³¹.

A conferma ulteriore dell'inidoneità dei rimedi comportamentali a compensare la dominanza dell'operatore verticalmente integrato si consideri che nell'esperienza italiana, l'operatore dominante, la Telecom, pur rispettando formalmente la normativa sui rimedi, è stato più volte sanzionato dall'Antitrust per abuso di posizione dominante. Si è trattato di comportamenti negoziali escludenti³² – sconti fidelizzati o “prezzi all'inglese” – diretti ad assicurare clienti inamovibili, perché privi di fatto della possibilità di scegliere un operatore alternativo. Ebbene, se la norma asimmetrica fosse stata davvero efficace, avrebbe avuto un effetto deflattivo sull'applicazione della normativa antitrust, evitando cioè la consumazione dell'abuso: il fatto che ciò non sia accaduto conferma l'inutilità dei soli rimedi comportamentali in situazioni estreme.

Una soluzione intermedia tra il rimedio comportamentale e quello strutturale estremo della separazione proprietaria³³ è offerta dall'accordo tra l'*Office of Communications* e la *British-Telecom*³⁴, con cui la seconda si è obbligata a rea-

³¹ Rilievi critici all'inadeguatezza dei soli rimedi comportamentali sono stati esposti dall'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione sull'attività svolta (anno 2004)*, Roma, 2005, pp. 14-15.

³² Cfr. AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Prov. 351/2004*, del 16 novembre 2004, in www.agcm.it.

³³ M. HARDT, *The non-equivalence of accounting separation and structural separation as regulatory device*, in *T.P.*, 1, 1995, p. 69 ss., dove l'Autore svolge forti obiezioni prevalentemente economiche al rimedio comportamentale per la sua inefficienza a sanare l'anomalia strutturale dell'operatore verticalmente integrato.

³⁴ OFFICE OF COMMUNICATIONS, *Final statements on the strategic review of telecommunications, and undertakings in lieu of a reference under the Enterprise Act 2002*, 22 settembre 2005, in www.ofcom.gov.uk/. Va ricordato che la soluzione concordata è il risultato di un articolato processo avviato il 28 aprile 2002 con la prima consultazione pubblica lanciata da OFCOM allo scopo di verificare se fosse opportuno procedere a una separazione solo funzionale dell'operatore dominante o imporre la più drastica misura della separazione proprietaria. La seconda consultazione pubblica, del 30 giugno 2005, si aprì con la proposta di BT di un accordo sostitutivo all'attivazione da parte di OFCOM della procedura repressiva dell'illecito competitivo dinanzi alla *Competition Commission* (ai sensi della sect. 131 *Enterprise Act 2002*). I termini della proposta pattizia furono resi più stringenti per BT in accoglimento delle sollecitazioni provenienti dal mercato e poi riversati nel perfezionamento definitivo del accordo del 22 settembre 2005. Per la precisa articolazione diacronica delle varie fasi si rinvia all'OFFICE OF COMMUNICATIONS, *Notice under section 155(1) of the Enterprise Act 2002*, 30 giugno 2005, in www.ofcom.org.uk/consult/condocs/sec155/sec155/pdf.

In dottrina, cfr.: C. LONG, *Ofcom strategic review of telecommunications: a new form of regulatory contract*, in *Communication Law*, 10 gennaio 2005, pp. 4-5.

lizzare una *governance* interna alternativa rispetto a quella originaria, improntata al modello della separazione strutturale e funzionale tra la divisione operante sul mercato all'ingrosso e quella commerciale presente sul mercato a valle. Si tratta di una modalità avanzata di disciplina asimmetrica sia in ragione della sua provenienza bilaterale e negoziata, e non unilaterale e imperativa, sia per il suo dispositivo: non si decreta l'esproprio della rete dell'operatore verticalmente integrato a favore di un gestore neutrale, ma neanche ci si limita a imporre all'*incumbent* il mero obbligo di comportarsi secondo buona fede oggettiva, preferendo invece affidare alle "muraglie cinesi" tra le due divisioni interne, nonché al sistema degli incentivi, l'effettività del principio di non discriminazione.

In conclusione, la soluzione è apprezzabile più per quello che denuncia che non per il risultato che consegue, in quanto a nostro avviso non sarà la rivalità interna tra le due divisioni a risolvere il conflitto di interessi, perché le due articolazioni continueranno a soggiacere alla medesima regia economica. Ma l'accordo è oggetto di riflessione perché sintomatico dell'insufficienza dei soli rimedi comportamentali; ne sia prova il fatto che l'OFCOM, in più parti dell'atto, ricorda di avere conservato il potere di adire la *Competition Commission* e, per suo tramite, di infliggere la più drastica misura della separazione proprietaria nel caso in cui l'accordo non pervenisse a buon fine.

Qui si è voluto ricordare la soluzione alternativa individuata da OFCOM non perché essa sia applicabile così come è nel nostro ordinamento, in quanto è diverso il contesto giuridico³⁵, ma perché potrebbe rappresentare un'utile idea di riferimento per la Commissione europea nel corso della revisione del pacchetto. Questo orientamento, ad oggi, non sembra però accolto dalla Commissione che, pur avendo sottoposto a consultazione pubblica le direttive³⁶, ha formulato interrogativi solo sulla lista dei mercati e sui criteri per la loro individuazione, evitando di chiedere se bastassero i soli rimedi comportamentali a prevenire gli abusi dell'ex dominante. Ancora una volta è stato l'OFCOM a intervenire in proposito,

³⁵ Il potere di concludere accordi sostitutivi di provvedimenti repressivi di condotte anticompetitive è espressamente previsto nella disposizione normativa, sect. 370 del *Communication Act 2003*, che conferisce all'OFCOM funzioni concorrenti con quelle dell'Antitrust britannica ai sensi della parte 4 dell'*Enterprise Act 2002*. In altri termini, nell'ordinamento italiano mancherebbe sia il titolo legittimante tale accordo, che la fungibilità dell'Autorità di regolazione a quella antitrust, pur se in casi residuali, presupposti ricorrenti invece nell'ordinamento anglosassone.

³⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Call for input on the forthcoming review of the EU regulatory framework for electronic communications and services, including review of the Recommendation on relevant markets*, (25 novembre 2005), cit., a p. 3 dove nell'elencazione dei quesiti specifici da sottoporre a consultazione non figura la questione relativa ai rimedi. Parimenti, nella sua *Communication on the review of the EU Regulatory Framework for electronic communications network and services*, cit., manca ogni riferimento al tema in oggetto.

benché non oggetto di domanda, invitando la Commissione a riflettere su soluzioni concordate, del tipo di quella da lui sperimentata, conformative della struttura dell'operatore verticalmente orientato³⁷.

Il vero limite della attuale disciplina asimmetrica è dunque nella sua preclusione ai rimedi strutturali, i quali rimandano a un sistema di valori opposto a quello di riferimento dei rimedi comportamentali: i primi non hanno una pretesa educativa verso l'ex-monopolista, nutrono sfiducia nelle sua reale volontà di convertirsi all'etica del buon imprenditore, anzi presupponendo l'inevitabile involuzione egoistica della sua dominanza, la correggono alla radice azzerando la sua posizione di vantaggio iniziale espropriandogli la rete e affidandola a un gestore terzo e neutrale, presente unicamente sul mercato a monte. In questo modo, spezzata la duplicità di ruoli, si è annullata la fonte del pericolo di abuso, perché per il gestore neutrale le richieste di accesso alla rete saranno ora finalmente tutte uguali. In questa nuova accezione la regolazione asimmetrica si dovrebbe confrontare con il diverso problema di come assicurare l'indipendenza del gestore, cioè la sua equidistanza rispetto alle richieste dei vari fornitori al fine di evitarne la cattura da parte dell'ex monopolista.

5 *Il modello regolativo a regia unica è conforme alla legalità comunitaria?*

Questo modo di procedere contraddittorio – perché prima si accordano spazi decisionali alle ANR in nome della flessibilità del discorso normativo, ma poi si negano riconducendoli sotto la regia unitaria della Commissione – denuncia la preoccupazione del legislatore comunitario di garantire l'omogenea applicazione della disciplina sopranazionale; risultato che si consegue non solo imponendo ai legislatori nazionali obiettivi comuni, ma altresì assicurandosi l'applicazione uniforme del diritto comunitario in sede di esercizio della funzione amministrativa.

Ma questo modello regolativo pone due questioni: una interessa le relazioni tra l'ordinamento sovranazionale e quello statale; l'altra i rapporti tra le istituzioni comunitarie.

La prima si risolve nella violazione del riparto di competenze tra Unione e Stati membri; e ciò perché la materia delle telecomunicazioni, non rientrando tra quelle in titolarità esclusiva dell'Unione, non poteva essere disciplinata in via

³⁷ OFFICE OF COMMUNICATIONS, *Response to the call for input on the forthcoming review of the recommendation on relevant markets*, del 3 gennaio 2006, in http://europa.eu.int/information_society/policy/, a p. 6, par. 5.1.1., dove si chiede se non sia necessario “to consider whether some of the remedies which form part of the undertakings offered by BT should be explicitly made available under the EU framework”.

esaustiva da una fonte comunitaria vincolante, salvo un'applicazione a rovescio del canone della sussidiarietà. La Commissione pertanto ha prescritto con gli strumenti di *soft law* quanto mancava negli atti vincolanti, pervenendo così a un risultato in termini di copertura sostanziale della materia non distante da quello realizzabile attraverso un regolamento. Pertanto si è scelta una via formalmente lecita per conseguire un esito altrimenti vietato: privare il regolatore nazionale – politico o indipendente – di ogni competenza decisoria, nella materia in esame, persino di quella meramente implementativa.

La seconda questione di legalità comunitaria si misura col principio di separazione dei poteri tra le istituzioni comunitarie, sottoposto a tensione dall'uso disinvolto della *soft law*, che, producendo effetti non distanti da quelli degli atti vincolanti, nega a soggetti diversi dalla Commissione la partecipazione ai processi decisionali cui in principio avrebbero titolo. La questione non verte sulla rilevanza giuridica riflessa³⁸ del diritto debole, bensì sul superamento del ben più basilare principio della corrispondenza biunivoca atto/funzione, in quanto con un atto dedicato alla funzione orientativa si tende a conformare le condotte statali³⁹. Precisamente, la coppia raccomandazione/veto ha l'effetto di ordinare alle ANR di riformulare l'atto regolatorio per allinearlo al modello posto nella raccomandazione.

In punto di diritto, la raccomandazione non potrebbe fondare obblighi giuridici per gli Stati, diversamente il suo valore si convertirebbe da meramente orientativo delle condotte statuali in conformativo delle medesime. L'abbinamento del veto alla raccomandazione determina appunto questa alterazione della funzione orientativa della raccomandazione, la quale si comporta non diversamente da un atto *binding* quanto all'imposizione agli Stati dell'obbligo di "compliance" alle sue statuizioni con tutto ciò che ne consegue. Con la sola differenza che in questo caso l'imperatività con il suo effetto conformativo non si realizza in prima battuta, ma grazie a una sequenza di atti: raccomandazione e veto, in danno dell'economicità dei mezzi giuridici.

Se dunque una raccomandazione assistita dal potere di veto produce effetti sostanzialmente equivalenti a quelli di una direttiva, essa condividerà con gli atti di *soft law* solo la forma, perché nel contenuto essa è *hard* non meno di un atto vincolante.

La seconda differenza tra queste due categorie di atti attiene al loro procedimento di formazione. Visibile e a competenze tipizzate quello degli atti *bin-*

³⁸ F. SNYDER, *Soft law and institutional practice in the European Community*, in S. MARTIN (ed.), *The construction of Europe: essays in honour of Emile Noël*, Kluwer academic publishers, 1994, p. 19; P. CRAIG-G. DE BURCA, *Eu law: text, cases and materials*, 2^a ed., Oxford, 1998, a p. 109.

³⁹ L. SENDON, *Soft law in European community law*, Oxford-Portland Oregon, 2004, p. 490.

ding; oscuro, non scrutinabile dall'esterno, e a competenze variabili quello di un atto di *soft*. Ne consegue che la Commissione supera con disinvoltura il principio di competenza interno quando ricorre a un atto di *soft law*, perché estromette il Parlamento dalle sue prerogative, conseguendo sul piano degli effetti un risultato analogo a quello di un atto vincolante.

Rompere la corrispondenza atto/funzione crea pertanto un *vulnus* alla democraticità complessiva del sistema comunitario: assenza del Parlamento dalla formazione degli atti di *soft law*, difetto di una loro pur minima proceduralizzazione, attenuazione delle garanzie giurisdizionali del cittadino⁴⁰.

Considerati questi effetti, la Commissione si sarebbe dovuta avvalere di questi atti solo in via residuale, e comunque senza crearne di nuovi⁴¹, a meno che il loro uso non fosse giustificato dal conseguimento dell'obiettivo primario: ridurre la regolazione asimmetrica a vantaggio della *lex mercatoria*.

6 Armonizzare ha prodotto risultati utili? E in base a quali parametri?

Se il risultato doveva essere "meno norme e norme diverse", non si è raggiunto, perché sono ancora troppe e dello stesso tipo di quelle asimmetriche di prima generazione. Infatti, la revisione in corso del pacchetto direttive si sta muovendo nella duplice direzione di ridurre le aree merceologiche suscettibili di regolazione *ex ante* e di alleggerire il peso normativo.

Se il risultato era da trovare nella qualità ausiliaria delle norme asimmetriche rispetto a quelle antitrust, anch'esso è mancato, perché proponendosi le prime come disciplina *pre-emptive* rispetto alla regolazione antitrust, potrebbero rovesciare su quest'ultima il rischio di un'involuzione nei modelli ingessati della prima. Dunque, la disciplina antitrust potrebbe rimanere vittima del suo stesso successo⁴².

⁴⁰ Volendo, in generale sul tema dei rimedi per recuperare gli atti in esame alla legalità comunitaria, si veda G. DE MINICO, *A Hard look at Self-regulation in the UK*, in *European business law review*, 1, 2006, in part. pp. 204-210.

⁴¹ È il caso delle lettere di commento, che a differenza del veto, non sono neanche contemplate nella Direttiva quadro, e intervengono nei casi in cui la Commissione non ha il potere di ordinare alcunché agli Stati. Dunque, esse non impongono al destinatario il dovere di obbedienza a quanto suggerito, bensì l'obbligo di attenta valutazione del consiglio. La Commissione invece le ha usate in alternativa al veto, per acquisire segmenti decisionali dai quali era estromessa dalla Direttiva. Ne sia prova l'avvio della procedura di *infringement* per inosservanza dei "suggerimenti" contenuti nella lettera. In proposito, si veda il caso citato alla nota 17. I. CHIEFFI, *Integrazione amministrativa europea nelle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2006, p. 103, valuta, invece, favorevolmente il ricorso a essi, ma con argomentazioni meramente formali.

⁴² A.F. BAVASSO, *Electronic communications: a new paradigm for european regulation*, in *Common market law review*, 41, 2004, in part. p. 118, dove l'Autore teme il pericolo

Se il risultato voleva essere una disciplina posta a tutela dei diritti del consumatore, esso di certo è molto lontano dal realizzarsi perché le uniche sanzioni per la violazione dei *remedies* sono amministrative e, peraltro, pecuniarie. Non sono previste a nessun livello, né comunitario, né di ordinamenti nazionali, sanzioni ripristinatorie, benché siano le sole in grado di realizzare il medesimo bene-interesse protetto dalla norma violata. Nel caso italiano, in specie, le sanzioni pecuniarie sono anche di efficacia assai dubbia, perché incerte nell'importo, esposte a facili contestazioni giudiziarie e persino riducibili grazie all'oblazione⁴³. Quindi, contrariamente al disposto comunitario⁴⁴, i rimedi non sono assistiti da

che l'“hybrid approach in national regulation [...] may produce the opposite result of influencing antitrust enforcement in the sector by creating the facto guidance in both the relevant markets [...]. The application of antitrust principles in the context of regulation runs a serious risk of falling victim to its own success”.

⁴³ A riguardo l'Ag.Com. si è resa promotrice di una segnalazione al Governo (Doc. reperibile al seguente indirizzo: www.agcom.it) in cui sollecita il decisore politico a ridisegnare l'intero apparato sanzionatorio la cui inefficienza compromette l'effettività della regolazione asimmetrica, con ciò esponendo l'Italia al rischio di *infringement* per “lack of effectiveness of the sanction system”. Il suo Presidente, C. CALABRÒ, nella *Relazione annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro*, Roma, 20 luglio 2006, a p. 28, parla di “ambiguità, inadeguatezze, sproporzioni, incertezze [...] e complicazioni procedurali che rendono il procedimento sanzionatorio in qualche aspetto simile a un gioco dell'oca per i frequenti ritorni a capo, pure in caso di reiterazione della violazione”. Per ora la segnalazione non ha avuto seguito, eppure la legge 2 agosto 2006, n. 248, poteva essere l'occasione per intervenire in proposito considerato che ha trattato, sebbene in via incidentale, il tema dei poteri dell'Antitrust e dell'Ag.Com.

⁴⁴ L'art. 10, par. 3, Direttiva accesso, pone questo principio. Esso è rispettato se l'operatore trae dall'inosservanza del rimedio correttivo un'utilità economica minore del costo della sanzione pecuniaria per la violazione del rimedio stesso. Ciò comporta che il legislatore nazionale costruisca l'illecito in modo che le sanzioni, quantificabili *ex ante*, disincentivino l'inadempimento, solo così il regolato giudicherà più conveniente osservare la condotta prescritta piuttosto che trasgredirla (In proposito, si veda: ERG, *Common position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework*, nella sua versione definitiva dell'1 aprile 2004, a p. 71 in http://europa.eu.int/information_society/policy/: “It would be preferable if the original remedy could be designed in such a way that the advantages to the regulated party of compliance outweigh the benefits of evasion. To be able to achieve this, the NRA must be able to make the penalty from non-compliance (and the probability) such that the regulated firm will comply voluntarily”). La Commissione è stata sin dal principio molto attenta a questo profilo, arrivando a minacciare l'apertura della procedura di *infringement* verso gli Stati inosservanti. Si veda il percorso evolutivo del suo pensiero dalla *European electronic communications regulation and markets 2004* [(10 th Report), COM (2004) 759 final, a p. 11, in http://europa.eu.int/information_society/policy/], in cui connette l'illecito comunitario alla sola violazione del principio dell'effettività delle sanzioni, alla *European electronic communications regulation and markets 2005* [(11th Report), cit., pp. 49 e 157], in cui si interroga sulla possibilità che l'impugnativa giurisdizionale con la conseguente sospensiva del provvedimento sanzionatorio possa compromettere l'*enforcement* delle misure asimmetriche.

un adeguato sistema incentivante la loro *compliance*. Il sistema sanzionatorio si mostra altresì incompleto perché non è integrato con le sanzioni civili rispettivamente della nullità⁴⁵, riguardo al contratto concluso in violazione della regola di parità di trattamento interno/esterno, e del risarcimento del danno, difese insostituibili per il consumatore⁴⁶.

Se il risultato voleva essere incrementare i diritti del cittadino europeo, in specie ai fini della riduzione del *digital divide*, anche questo obiettivo è mancato ed è lontano dall'essere seriamente considerato nella agenda della Commissione, la quale è ad oggi fermamente contraria a includere il diritto di accesso alla banda larga nel catalogo delle prestazioni oggetto del servizio universale⁴⁷.

Se infine il risultato voleva essere una normativa favorevole alle innovazioni tecnologiche, esso al pari degli altri non si è prodotto. L'uso di parametri ri-

⁴⁵ In assenza della sanzione della nullità, il consumatore potrà reagire solo sul rapporto di servizio, ma se il vizio riguarda il rapporto gestorio, perché concluso in violazione della normativa asimmetrica, il consumatore, pur se pregiudicato nella relazione di servizio – si pensi al caso di un rapporto gestorio dove l'*incumbent* pratica prezzi di accesso troppo alti, il che costringe l'acquirente dell'accesso a rivalersi sui prezzi finali alla sua clientela – non disporrà di alcun mezzo di reazione processuale, perché la mancata previsione della nullità del contratto a monte impedisce il funzionamento della regola della nullità derivata su quello a valle. Per una recente applicazione di questa regola tra contratti derivati violativi della disciplina antitrust si veda la Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

⁴⁶ Questa scarsità di strumenti sanzionatori è invece controbilanciata da una crescente attenzione a livello comunitario verso sistemi integrati di sanzioni ancorché limitatamente al settore delle violazioni al diritto antitrust: cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde, Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM (2005) 672. In questo documento la Commissione si interroga sulla necessità di uniformare le legislazioni nazionali in tema di azioni risarcitorie per violazione della normativa antitrust, prevedendo una disciplina comune diretta a favorire la proposizione della domanda da parte del consumatore danneggiato. Su questo ultimo profilo del *Libro verde*, si veda la possibile soluzione suggerita dal COMPETITION LAW FORUM OF THE BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, *Submission to the European Commission in Response to its Green Paper on damages actions for breach of the EC Antitrust rules*, del 21 aprile 2006, in www.competitionlawforum.org/. Si è voluto richiamare questo documento in quanto espressione di un giudizio: un sistema sanzionatorio è incompleto, se non contempla l'azione risarcitoria, utile al singolo ma, se deterrente all'inosservanza del diritto antitrust, anche all'intera collettività in quanto funziona da misura di coercizione indiretta all'adempimento della normativa pubblicistica.

⁴⁷ La posizione della Commissione è chiaramente esposta nella *Relazione sui risultati del riesame del contenuto del servizio universale ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 2, della direttiva 2202/22/CE*, COM (2006) 136 definitivo, in http://europa.eu.int/information_society/policy/. Per un'impostazione in termini antitetici della questione si veda: T. PROSSER, *Competition law and public services: from single market to citizenship rights?*, in *E.P.L.*, 4, 2005, p. 543 ss., in cui l'Autore propone l'inclusione del diritto di accesso alla banda larga nel catalogo dei diritti del cittadino europeo.

gidi ha impedito l'individuazione dei mercati emergenti⁴⁸. Ne è conseguito l'assorbimento dei nuovi mercati – ancorché immaturi – in quelli vecchi e, quindi, la loro regolamentazione. L'effetto è disincentivante sugli investimenti, annullando per i potenziali investitori il vantaggio della “prima mossa”. Sarebbe stato preferibile seguire il modello della parentesi regolatoria⁴⁹, che permette ai mercati di assumere una veste più matura, prima di subire la regolazione *ex ante*, impedendo, al tempo stesso, all'autore della prima mossa di compromettere *medio tempore* i futuri equilibri competitivi⁵⁰.

In conclusione, la normativa nazionale non può rappresentare il punto conclusivo di un percorso deregolatorio in direzione pro-competitiva, perché non lo è quella comunitaria. Ma si può sempre sperare che la Commissione prenda in considerazione le questioni qui poste, anche se al momento dalla revisione in atto del pacchetto direttive traspare grande compiacimento per i risultati conseguiti e poca consapevolezza dei propri limiti⁵¹.

La bibliografia di questo lavoro e di quelli degli Autori partecipanti all'unità di ricerca da me coordinata è tutta riportata nelle rispettive note ai testi.

⁴⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Communication on the review of the EU Regulatory Framework for electronic communications network and services*, COM (2006), 334 final, cit., a p. 10, dove si esclude che gli investimenti nelle nuove tecnologie e, quindi, l'emersione di nuovi mercati possano di per sé esonerare l'operatore dall'osservanza della disciplina asimmetrica, stante il pericolo di trasferimento di posizioni di dominanza dalle vecchie piazze merceologiche ai nuovi luoghi del traffico elettronico.

⁴⁹ Si deve all'AUSTRALIAN PRODUCTIVITY COMMISSION, *Telecommunications competition regulation, Final report*, 2001, sez. 9.6; in dottrina, per le prime applicazioni cfr.: M. CAVE, *Remedies for broadband service, paper for the European Commission*; Id., *Encouraging infrastructure competition via ladder of investment in telecommunication*, in *Telecommunication policy*, 2006, 30, p. 223 ss.

⁵⁰ Per una posizione intermedia tra l'esonero assoluto dalle regole e la soggezione all'intera disciplina asimmetrica si veda la soluzione di equilibrio avanzata dall'OFFICE OF COMMUNICATIONS, *Response to the call for input on the forthcoming review of the recommendation on relevant markets*, del 31 gennaio 2006, cit., a p. 5; l'Autorità sostiene in presenza di mercati effettivamente nuovi – per intenderci quelli che impiegano nuove tecnologie (novità dal punto di vista dell'offerta) per fornire una nuova prestazione all'utente (novità dal punto di vista della domanda) – l'opportunità di “rely on *ex-post* competition law (i.e. not immediately apply *ex-ante*) for services which are completely novel, on the basis that they constitute an emergent market. I doing so we would need to balance the benefits associated with the promotion of investment and innovation against the risks associated with foreclosure, and consider what steps might be taken to mitigate these risks”.

⁵¹ EUROPEAN COMMISSION, *Public consultation on a draft Commission Recommendation*, SEC (2006) 837, in sito *web* prima citato.

Notizie sugli Autori

- Abbondante Fulvia*, dottore di ricerca – Seconda Università degli Studi di Napoli
Avvisati Marana, dottoranda di ricerca – Università degli Studi di Napoli “Federico II”
Botella Joan, commissario del “Consejo del Audiovisual de Cataluña”
Brogi Elda, assegnista di ricerca – Università degli Studi di Perugia
Cappello Paola, dottoranda di ricerca – Università degli Studi di Genova
Catricalà Antonio, presidente dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato
Costanzo Pasquale, professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Genova
D’Angelo Nicola, commissario dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni
De Minico Giovanna, professore associato di Diritto pubblico – Università degli Studi di Napoli “Federico II”
Di Salvo Roberto, professore aggregato – Università degli Studi di Napoli “Federico II”
Donati Filippo, professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Firenze
Frediani Emiliano, dottorando di ricerca – Università degli Studi di Genova
Gentiloni Paolo, ministro delle comunicazioni
Grazzi Roberto, dottorando di ricerca – Università degli Studi di Genova
Lombardi Giovanna, dottoranda di ricerca – Università degli Studi di Genova
Manfrellotti Raffaele, ricercatore – Università degli Studi di Foggia
Miranda Raffaella, dottore di ricerca – Università degli Studi di Napoli “Federico II”
Monteleone Shara, dottoranda di ricerca – Università degli Studi di Firenze
Pietrangelo Marina, dottore di ricerca – Università degli Studi di Genova
Pizzetti Franco, presidente del Garante per la protezione dei dati personali
Rolando Stefano, segretario generale della Conferenza dei Presidenti delle Assemblee regionali italiane
Sagri Maria-Teresa, dottoranda di ricerca – Università degli Studi di Genova
Siniscalchi Domenicantonio, dottorando di ricerca – Università degli Studi di Napoli “Federico II”
Trucco Lara, ricercatrice di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Genova
Valastro Alessandra, professore associato di Diritto pubblico – Università degli Studi di Perugia
Zaccaria Roberto, professore ordinario di Diritto pubblico – Università degli Studi di Firenze

Finito di stampare nel 2006
nella Stampatre s.r.l. di Torino - via Bologna, 220

La *Parte I* costituisce una prima panoramica dell'assetto dell'e-governement così come delineato dal recente Codice dell'amministrazione digitale, la cui nascita è stata piuttosto tormentata, non mancando di suscitare complessi interrogativi destinati a condizionarne la concreta applicazione. L'indagine è stata di necessità condotta su questioni particolari, ma ritenute esemplari della complessità del tema, cercando nel contempo di porre le premesse per ricerche più elaborate alla luce delle prassi amministrative e giurisprudenziali che non mancheranno di formarsi.

La *Parte II* studia la regolazione sulle comunicazioni elettroniche in ragione della sua fonte: comunitaria (Direttive 2002 e loro revisione in atto), nazionale (d.lgs. 259/2003) e regionale (leggi, giurisprudenza, atti Co.Re.Com.). In realtà, la prassi della Commissione Europea e delle Autorità Nazionali di Regolazione (in particolare, dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e dell'*Office of Communications*) ha messo in discussione la promessa di creare meno regole e regole diverse; quindi, ci si interroga se la deregolazione a favore della *lex mercatoria* sia stata solo annunciata o anche realizzata.

La *Parte III* prende in considerazione la disciplina del settore radiotelevisivo contenuta nel testo unico della radiotelevisione (d.lgs. 177/2005), le prospettive della regolazione europea di settore alla luce della proposta di revisione della Direttiva 89/552/CEE ed alcuni aspetti della normativa in materia di informazione e comunicazione: la tutela dei disabili e la tutela dei dati personali. Quest'ultimo aspetto è esaminato con riferimento alle questioni sulla *data retention* di cui alla Direttiva europea 2006/24/CE.

PASQUALE COSTANZO è professore ordinario di Diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova. Tra i suoi lavori più recenti: *Internet (diritto pubblico)*, in *Digesto. Quarta Edizione (Discipline pubblicistiche)*, UTET, Torino, 2000; *La democrazia elettronica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003; *The impact of new technologies, fundamental liberties and the Italian legal system: an Overview*, in S. Flogaitis, U. Karpen e A. Masucci, *E-Government and E-Democracy*, Esperia Publications Ltd, London, 2006.

GIOVANNA DE MINICO è professore associato di Diritto pubblico nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "Federico II" di Napoli. Fra i suoi lavori: *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Cedam, Padova, 1997; *Regole. Comando e consenso*, Giappichelli, Torino, 2005; *Reflections on the "European Constituent Process"*; *Decreto di recepimento del pacchetto Direttive CE in materia di comunicazioni elettroniche: conformità o difformità dal diritto comunitario?*; *From the 2002 EC Directives on telecommunications to their 2006 revision. Are things at a standstill?*

ROBERTO ZACCARIA è professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze. In aspettativa parlamentare. Fra i suoi lavori più recenti: *Informazione e telecomunicazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1999; *Leggi in materia di informazione e comunicazione*, Cedam, Padova, 2000; *Il sussidiario di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 2003; *Televisione: dal monopolio al monopolio*, Baldini, Castoldi Dalai, Milano, 2003; *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova, 2007.

€ 45,00

ISBN/EAN



9 788834 866818