

RETI & SERVIZI DI NUOVA GENERAZIONE PER I CITTADINI ITALIANI: UN BINOMIO POSSIBILE?

Martedì 4 dicembre 2012, ore 9.30-13.00
Roma, Istituto Luigi Sturzo, Via delle Coppelle 35

“LA CORSA DEI PIANI DI SVILUPPO DELLE RETI E GLI OSTACOLI TECNOLOGICI, ECONOMICI E REGOLATORI DA SUPERARE”

Introduzione

Lo sviluppo di connessioni internet veloci e ultra veloci, oltre ad assumere un ruolo chiave come volano per la crescita economica e per la coesione sociale¹, rappresenta anche una fase delicata nel processo concorrenziale dei mercati interessati. Infatti si presentano opportunità di ingresso per nuovi operatori e si pongono le fondamentali strutturali che incideranno sullo sviluppo della concorrenza nel medio-lungo periodo.

Incentivare la concorrenza infrastrutturale

In linea con la Raccomandazione della Commissione europea sulle reti d'accesso di nuova generazione (c.d., reti di “*next generation access*” o NGA)², e con la delibera AGCOM n.1/12/CONS del gennaio 2012, l'Autorità Antitrust auspica che la nuova regolamentazione delle reti NGA incentivi effettivamente la cosiddetta **concorrenza infrastrutturale**, laddove sostenibile. Seguendo il principio dell'ascesa della scala degli investimenti (*ladder of investment*) la regolamentazione deve garantire la possibilità di offerta anche da parte di operatori non infrastrutturati e, al tempo stesso, deve incentivare la competizione basata sulle infrastrutture.

Background su concorrenza infrastrutturale

Finora, nel settore della telecomunicazione su rete fissa la concorrenza si è sviluppata principalmente nei servizi, attraverso l'accesso all'ingrosso da parte degli operatori alternativi alle risorse infrastrutturali di Telecom Italia e in particolare grazie allo strumento dell'accesso disaggregato alla rete fissa.

Nel caso delle NGA da costruire o in fase di costruzione, la Commissione europea e le Autorità di regolamentazione dei paesi comunitari stanno incentivando la **concorrenza infrastrutturale**, utilizzando come strumento regolamentare il principio dell'ascesa della scala degli investimenti (*ladder of investment*, figura 1).

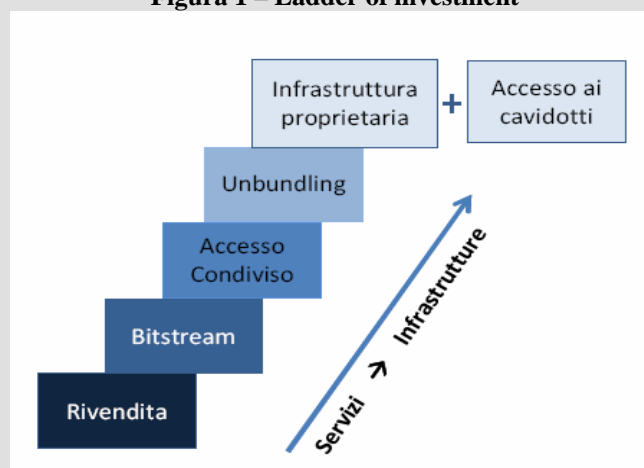
In base a tale principio, il regolatore dovrebbe garantire da subito forme di accesso al mercato pur in presenza di una scarsa dotazione infrastrutturale, tipicamente attraverso meccanismi di rivendita del servizio. In seguito esso deve indurre gli operatori a risalire gradualmente la scala degli investimenti con strumenti di accesso disaggregato alla rete sempre più controllabili dall'operatore alternativo e sempre più prossimi al cliente finale. Lo scalino conclusivo è lo sviluppo di una propria rete d'accesso alternativa a quella dell'operatore dominante.

Le esigenze di differenziazione ed innovazione dei servizi offerti, proprio per le elevate potenzialità tecniche trasmissive delle reti di accesso di nuova generazione, possono essere soddisfatte con una sequenza che veda immediatamente disponibile un'offerta bitstream su fibra, assieme all'accesso alle infrastrutture di ingegneria civile, ed, in prospettiva, la disponibilità dell'unbundling della fibra ad un punto di distribuzione intermedio

¹ La Banca Mondiale stima che una variazione di 10 punti percentuali della penetrazione della banda larga possa generare un aumento di 1,2p.p. di crescita del PIL pro capite dei Paesi sviluppati. La banda larga attualmente in uso ha già rivoluzionato le possibilità di comunicazione di milioni di famiglie. La banda larga ad alta velocità accelererà ulteriormente tale processo, ma gli effetti sulle attività produttive saranno altrettanto rilevanti. La banda larga è una tecnologia multi-funzione strategica che può trasformare le modalità operative di qualsiasi attività commerciale.

² La sostituzione del doppino in rame con la fibra, effettuata tempo fa nell'ambito della rete di transito, interessa ora il c.d. anello locale (detto anche *local loop*, o ultimo miglio), che connette gli utenti alla rete. Le NGA consentono di aumentare la velocità in maniera esponenziale e possono agevolmente essere utilizzate per la prestazione di servizi simmetrici downstream e upstream (ossia, servizi di trasmissione che garantiscono la medesima velocità e capacità sia in ricezione che in invio dei contenuti), di cui le imprese hanno generalmente bisogno, ma per fornire i quali la banda larga attualmente in uso è meno adatta.

Figura 1 – Ladder of investment



Non a caso, la stessa Commissione europea, dopo avere definito la Raccomandazione sull'accesso regolato alle reti di nuova generazione, con cui delinea l'approccio normativo comune per la disciplina dell'accesso alle nuove reti veloci in fibra ottica, impone ai regolatori europei un **approccio equilibrato ai temi della concorrenza e della promozione degli investimenti**.

Uso dello spettro

L'esigenza di una concorrenza tra infrastrutture è particolarmente sentita nel contesto italiano, caratterizzato dall'assenza di alternative alla rete in rame dell'*incumbent*, come le infrastrutture per la TV via cavo.

L'accesso condiviso a risorse aggiuntive di rete diviene quindi un tema strategico per lo sviluppo di reti di nuova generazione a banda ultra-larga, sia fisse che mobili e, in generale, per l'avvio di molti processi innovativi. In tal senso, l'Antitrust nella sua segnalazione di ottobre 2012 (AS988) ha sollecitato il governo a mettere in piedi un sistema di impiego più efficiente delle risorse spettrali inutilizzate o sotto-utilizzate, orientato a promuovere forme più flessibili:

- sia con riguardo alla riallocazione degli usi frequenziali nel tempo;
- sia con riferimento alla fruibilità degli stessi da parte di un numero ampio di soggetti interessati, basate sulla condivisione delle risorse frequenziali pubbliche.

Si tratta di attuare il paradigma della condivisione delle risorse spettrali (*shared access*), promosso anche dalla Commissione Europea nella Comunicazione "*Promoting the shared use of radio spectrum resources in the internal market*", che non comporta una rinuncia dello Stato alla titolarità delle risorse e al loro controllo³.

L'Antitrust ha proposto nella sua segnalazione al governo l'adozione di una norma che attribuisca all'Agcom, sentiti il Ministero della Difesa e dell'Interno, il compito di individuare le porzioni inutilizzate di spettro cui dare accesso, su base esclusiva, ad un numero limitato di operatori, previa la stipula di accordi sulla non-interferenza rispetto al servizio principale.

³ Lo *shared access* può essere di due tipi: "non-licenziatario" (*unlicensed*), in base al quale tutti i soggetti dotati di un'autorizzazione generale possono fruire della medesima risorsa, (come nel caso del wi-fi); e "licenziatario", in base al quale è prevista una fruizione esclusiva della risorsa in un certo ambito spaziale (ad esempio, il territorio subnazionale o locale), temporale (ad esempio, in periodi nelle quali lo spettro è sottoutilizzato - periodi di pace per autorità militari) e frequenziale (blocchi di frequenze inutilizzate per motivi di segretezza da parte di autorità militari).

Investimenti: incentivi e forme di condivisione

Gli investimenti necessari nella fasi iniziali dello sviluppo delle NGA sono ingenti, soprattutto nelle aree geografiche dove non sia economicamente sostenibile più di una infrastruttura di rete.

Al fine di non disincentivare gli investimenti occorre garantire, per quanto possibile, la certezza del quadro regolamentare ed economico, in particolare:

- La normativa in materia di proprietà di rete: i proprietari/operatori di rete in fibra possono esser dissuasi ad investire per paura di un intervento successivo del governo che ridurrebbe la redditività di tali investimenti;
- La regolamentare delle condizioni d'accesso tariffarie;
- Lo sviluppo della domanda di servizi digitali in grado di utilizzare le grandi potenzialità delle reti NGA.

Inoltre, onde fronteggiare gli elevati costi che devono essere sostenuti per costruire finanche la versione più economica di NGA, può essere opportuno prendere in considerazione modalità di condivisione degli investimenti, che possono assumere almeno tre diverse forme: intervento pubblico, condivisione orizzontale o verticale.

Stato come co-investitore

Lo Stato potrebbe agire come investitore o co-investitore, ricevendo come contropartita una forma di controllo sull'organizzazione, sulla struttura e sull'implementazione del progetto. Sul piano concorrenziale questi tipi di intervento generano due preoccupazioni:

- che l'intervento pubblico possa spiazzare gli interventi privati e far venir meno il modello concorrenza tra infrastrutture;
- che l'intervento pubblico sia in contrasto con la normativa sugli aiuti di stato.

Inoltre, dati gli stringenti vincoli di finanza pubblica, risulta improbabile immaginare che si possano trovare le risorse per un investimento pubblico di rilievo come è avvenuto in alcuni Paesi (Giappone e Corea del Sud). Pertanto, sarebbe opportuno intraprendere un indirizzo strategico che prevede il ricorso alle risorse pubbliche solo per la copertura del digital divide di base⁴, l'infrastrutturazione delle aree a fallimento di mercato e a iniziative di stimolo della domanda, lasciando alla sfera privata la costruzione di reti NGA nelle aree più profittevoli.

Sulle criticità dell'intervento pubblico in termini di aiuti di stato si è recentemente soffermata la Commissione Europea, che ha avviato una procedura d'infrazione contro la Provincia di Trento per valutare se possa configurarsi un aiuto di Stato nella struttura societaria di Trentino NGN, il veicolo per la fornitura di fibra ottica alla popolazione locale, a cui partecipano l'ente e Telecom Italia con il conferimento delle infrastrutture civili (cavidotti) e della rete in rame.

Anche l'Antitrust è intervenuta con un suo parere ai sensi dell'articolo 22 della legge n.287/90, osservando che, si versi o meno in un'ipotesi di aiuto di stato ai sensi dell'art. 107 del Trattato, la scelta discrezionale effettuata dall'Ente, consistente nell'individuazione di Telecom Italia quale socio privato della società Trentino NGN, configura una restrizione grave dei principi a tutela della concorrenza attribuendo a tale operatore un indebito vantaggio concorrenziale. Infatti, la selezione del socio privato di una società mista da parte di un'amministrazione pubblica deve avvenire sempre ad esito di una procedura competitiva ad evidenza pubblica. In caso contrario, l'Antitrust attiverà la procedura ai sensi dell'art. 21 bis della legge n.287/90.

⁴ Il 4,8% della popolazione italiana (circa 2,9 milioni di cittadini) permane, a oggi, in una situazione di digital divide di base (ossia non ha accesso ad una connessione a una velocità pari almeno a 2 Mbps o su rete fissa o su mobile).

La *Comunicazione della Commissione sugli aiuti di stato in materia di banda larga* (par. 2.2.) prevede esplicitamente che gli aiuti compatibili con il mercato comune debbano essere concessi “*direttamente agli investitori della rete, selezionati nella maggior parte dei casi tramite gara d'appalto a procedura aperta. La procedura di gara garantisce che l'importo d'aiuto si limiti al minimo necessario per la realizzazione di un determinato progetto [...]*”.

Pertanto, l'assenza di una procedura di evidenza pubblica, secondo gli orientamenti comunitari, rappresenta uno degli indizi idonei a svelare la reale natura di aiuto di una manovra pubblica apparentemente proposta nella logica del “contraente privato”.

Anche nella *Comunicazione sugli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico*, la Commissione ribadisce la necessità di una procedura ad evidenza pubblica per scongiurare il rischio di sovra-compensazione integrante un aiuto di Stato incompatibile.

Condivisione orizzontale

Nella condivisione orizzontale degli investimenti un determinato numero di imprese potrebbe unire le forze per condividere i costi di costruzione della NGA. A tale gruppo di imprese potrebbero partecipare operatori che utilizzano la rete fissa, operatori mobili o entrambe le tipologie di investitori. Tale condivisione sembra maggiormente fattibile sul piano commerciale. Eventualmente, un operatore potrebbe installare più linee in fibra, nella prospettiva di affittare alcune di esse ai concorrenti.

Dal punto di vista antitrust, tali accordi verrebbero valutati alla luce della normativa e della prassi nazionale in materia di impresa comune o joint-venture (JV), che si distinguono in JV concentrative, cui si applica la normativa sulle concentrazioni e le JV cooperative, che ricadono invece nell'ambito delle intese.

JV concentrative vs JV cooperative

La normativa italiana riprende dal reg. n.4064/89/CE i due requisiti che distinguono le JV concentrative:

- in positivo, per la capacità di “esercitare stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma” (la **natura full function**);
- in negativo, per la mancanza di ogni “coordinamento del comportamento concorrenziale tra le imprese fondatrici o tra queste ultime e l'impresa comune”.

La verifica sulla sussistenza del primo requisito si svolge sui seguenti criteri:

- 1) la JV dispone di **risorse finanziarie e di altra natura**, ossia di mezzi finanziari, di personale e di attività materiali e immateriali sufficienti per poter esercitare durevolmente un'attività economica.
- 2) La JV è capace di dirigere l'impresa con un **management proprio ed indipendente**;
- 3) La JV è in **grado di svolgere le funzioni** normalmente svolte dalle altre imprese attive sul medesimo mercato **in autonomia dalle imprese fondatrici**⁵;
- 4) L'attività economica intrapresa dalla JV ha **carattere stabile e durevole**.

La verifica sulla sussistenza del secondo requisito consiste nel verificare se due o più imprese fondatrici della JV siano concorrente dirette e attuali tra loro, operando nello stesso mercato della impresa comune o in uno contiguo. Rischi elevatissimi di coordinamento vi sono se tutte le imprese fondatrici rimangono sullo stesso mercato rilevante in cui opera l'impresa comune, con la conseguenza che la JV sarà sempre qualificata come JV cooperativa. Rischi di coordinamento rilevanti sussistono se le imprese fondatrici sono concorrenti dirette su un mercato contiguo a quello in cui opera la JV, che tenderà ad esser qualificata come JV cooperativa, sebbene poi i rischi vadano poi provati con un'analisi delle relazioni di contiguità e dipendenza esistenti tra il mercato in cui opera la joint venture e i mercati in cui operano le imprese madri.

⁵ Un'impresa comune non è un'impresa a pieno titolo se assume soltanto una delle funzioni specifiche facenti parte delle attività delle imprese madri, senza operare sul mercato. È questo il caso, per esempio, delle imprese comuni che si limitano a svolgere attività di R&S o di produzione. Queste imprese comuni sono soltanto unità ausiliarie al servizio delle imprese madri. Lo stesso vale per le imprese comuni la cui attività è essenzialmente limitata alla distribuzione o alla vendita dei prodotti delle imprese madri e che fungono quindi principalmente da agenti di vendita.

La valutazione della natura della JV spetta alle imprese (*self-assessment*), che possono notificare l'accordo in via preventiva all'AGCM ai sensi dell'art. 13 della L.287/90.

Qualora si versi in un caso di JV concentrativa, le imprese dovranno notificare la JV all'AGCM (se sono raggiunte le soglie di fatturato) la quale applicherà la disciplina sulle concentrazioni.

Qualora si versi in un caso di JV cooperativa, le parti possono notificare in via preventiva l'accordo ai sensi dell'art. 13 della L.287/90 e chiedere l'autorizzazione in deroga laddove l'intesa soddisfi talune condizioni ai sensi dell'art. 4 della L. 287/90, ossia, l'intesa:

- (i) determini un miglioramento delle condizioni di offerta sul mercato dei beni o servizi interessati;
- (ii) riservi una congrua parte dei benefici da essa prodotti ai consumatori;
- (iii) non realizzi restrizioni della concorrenza non strettamente necessarie al raggiungimento delle condizioni (i) e (ii) (dette "condizioni positive");
- (iv) non elimini la concorrenza da una parte sostanziale del mercato ((iii) e (iv) dette anche "condizioni negative")

L'AGCM può avviare un'istruttoria anche ex-officio per verificare se la JV sia di natura concentrativa o cooperativa. Per evitare incertezze derivanti dal rischio antitrust, le imprese possono notificare all'AGCM l'accordo di JV in via preventiva ai sensi dell'art. 13 della legge n.287/90.

La valutazione della natura della JV può esser fatta dall'AGCM anche ai sensi dell'art. 101 del TFUE (oltre che ai sensi dell'art. 2 della L.287/90); tuttavia in questo caso non potrà applicare le esenzioni previste all'art. 101(3) (riprese dall'art. 4 della L. 287/90), che invece spettano solo alla Commissione europea.

Da notare che la normativa comunitaria si è evoluta nel senso che ha abbandonato il requisito negativo: tutte le JV sono valutate come concentrazioni se sono imprese *full function* a prescindere dagli effetti concorrenziali con le imprese fondatrici. Gli effetti, se ci sono, vengono valutati dalla Commissione ai sensi dell'art. 101 del TFUE, per ponderarli anche in vista di una loro eventuale esenzione sulla base dell'art.101(3).

Nel valutarli la Commissione dovrà tener conto:

- 1) della presenza significativa e simultanea di due o più imprese fondatrici sullo stesso mercato o su mercati collegati a quello nel quale opera l'impresa comune; nonché,
- 2) della possibilità di offerta alle imprese interessate di eliminare, attraverso il loro comportamento, la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti o dei servizi di cui trattasi:

Concorrenza e efficienza vengono così messe direttamente a confronto nell'ambito del medesimo procedimento, ampliando i margini di discrezionalità dell'autorità antitrust comunitaria.

Ulteriori criticità delle JV:

- occorre evitare che tali accordi possano operare come barriere all'ingresso di altri operatori. Il risultato potrebbe essere un aumento dei rischi di comportamenti escludenti o di un illecito sfruttamento del potere di mercato.
- Per ridurre i disincentivi ad investire - i comproprietari delle reti si assumerebbero rischi non sostenuti dai successivi entranti, che si limiterebbero ad acquistare servizi d'accesso - si potrebbero prevedere in linea di principio la stipula di contratti di lungo termine di tipo take or pay, che di fatto rendono le due parti co-investitori.

Criticità della fase di transizione

Il punto cruciale è il controllo della rete, nel passaggio da quella di oggi (in rame) a quella di domani (in fibra). Occorre dunque eliminare il più possibile incertezza nella fase di transizione: pertanto l'Autorità eserciterà una vigilanza costante e rigorosa al fine di evitare ogni tentativo di *pre-emption* dell'operatore *incumbent* nell'ambito del nascente mercato al dettaglio delle offerte basate su fibra.

Un altro aspetto riguarda la regolazione tariffaria delle attuali reti in rame: tale tariffazione non deve risultare troppo generosa per non scoraggiare gli investimenti in fibra⁶.

Inoltre, in questa fase di transizione risulta cruciale la **tempestività della regolamentazione**. Il contesto del mercato è mutevole, e viene direttamente influenzato dall'azione e l'inazione del regolatore. Una regolamentazione tempestiva e in grado di garantire certezza è cruciale per la pianificazione degli investimenti, in particolare di quelli degli operatori alternativi, che devono adeguare i propri piani a quelli dell'incumbent oltre che alle determinazioni dell'Autorità.

Infine, occorre evitare l'affermazione di un **modello regolamentare unico (one size fits all)**, ma alla luce di accurate analisi di mercato scegliere la ricetta o le ricette regolamentari che meglio possano incidere sui nodi rilevanti per lo sviluppo del settore. In presenza di un contesto sempre più innovativo in termini di tecnologie, anche la regolamentazione deve dimostrare una certa creatività nell'affrontare i problemi che le sono sottoposti di volta in volta.

⁶ Nel triennio 2009-2011, a fronte di una a fronte di un aumento del 10% della tariffa relativa all'accesso disaggregato, i piani di copertura in fibra dell'incumbent, che già non brillavano per audacia, si sono dunque ridotti rispettivamente del 30% per quanto concerne la copertura della rete primaria e del 40% con riguardo alla rilegatura in fibra delle singole unità abitative