

CAMERA DEI DEPUTATI

COMMISSIONE IX

TRASPORTI, POSTE E TELECOMUNICAZIONI

SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO RECANTE
IL CODICE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE,
IN RECEPIMENTO DEL NUOVO QUADRO
REGOLAMENTARE EUROPEO

AUDIZIONE DEL PROFESSOR GIUSEPPE TESAURO

PRESIDENTE DELL' AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E
DEL MERCATO

ROMA, 2 LUGLIO 2003

Signor Presidente, Onorevoli,

ringrazio anzitutto la Commissione per aver dato all'Autorità garante della concorrenza e del mercato l'opportunità di fornire il proprio contributo su un tema così rilevante. Il nuovo quadro regolamentare europeo in materia di comunicazioni elettroniche è infatti destinato ad incidere in modo significativo e duraturo sull'evoluzione degli assetti competitivi dei mercati in questione; e rappresenta un passaggio essenziale e ineludibile per l'introduzione di condizioni concorrenziali, che garantiscano una migliore qualità e varietà dei servizi di comunicazione elettronica, favorendo lo sviluppo di infrastrutture alternative e l'interoperabilità di quelle esistenti.

L'Autorità in data 23 maggio 2003 ha inviato al Ministro delle Comunicazioni un parere, richiesto dallo stesso Ministro, sullo Schema di decreto legislativo all'esame di questa Commissione. In tale occasione, l'Autorità ha evidenziato la necessità di un'attuazione delle nuove norme europee che sia compiuta e fedele, in piena conformità ai principi di promozione della concorrenza, razionalizzazione dell'intervento regolamentare, semplificazione e unificazione del regime giuridico di ingresso e fornitura dei servizi e delle reti di comunicazione elettronica, neutralità tecnologica, uso efficiente e trasparente gestione delle risorse frequenziali. Aggiungo che rispetto allo Schema su cui l'Autorità ha formulato il proprio parere, la versione qui in esame contiene delle modifiche che sicuramente attuano in modo più compiuto i principi appena richiamati.

La concorrenza come principio ispiratore del nuovo quadro regolamentare

Il principale tratto distintivo della recente regolamentazione comunitaria oggetto di recepimento è rappresentato dal ruolo preminente attribuito alla concorrenza rispetto alla regolamentazione.

Ed infatti la concorrenza costituisce il normale modo di funzionamento dei mercati, essendo l'azione di regolamentazione concepita come attività per sua natura di carattere eccezionale, come emerge con chiarezza dal testo della Direttiva Quadro (n. 2002/21/CE), in base alla quale gli obblighi *ex ante* possono essere imposti esclusivamente quando non esista una concorrenza effettiva, vale a dire sui mercati in cui una o più imprese detengono un significativo potere di mercato e quando i mezzi di tutela apprestati dal diritto nazionale e comunitario della concorrenza non siano sufficienti a risolvere il problema (Considerando 27).

Coerentemente, fra gli obiettivi generali e principi dell'attività di regolamentazione, la medesima Direttiva Quadro all'art. 8, comma secondo, prevede che le autorità nazionali di regolamentazione promuovano la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica, dei servizi di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati.

L'ispirazione a questo principio generale trova un riscontro specifico nell'utilizzazione di concetti e istituti propri del diritto antitrust in funzione dell'attività di regolazione. Ciò vale, in primo luogo, per l'identificazione dei mercati dei prodotti e dei servizi "*le cui caratteristiche siano tali da giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione*", da svolgersi in base ai principi del diritto antitrust al fine di verificare le condizioni di effettiva concorrenza in essi esistenti ed in funzione dell'eventuale regolazione asimmetrica. In secondo luogo, l'allineamento con il diritto della concorrenza si riscontra nel ricorso alla definizione antitrust di dominanza per l'individuazione del significativo potere di mercato, fondato su di un approccio che impone un accertamento caso per caso della sussistenza della posizione dominante per l'imposizione delle misure *ex ante*.

Osservazioni in merito agli effetti concorrenziali sui punti rilevanti dello schema di decreto legislativo

Le Direttive europee cui si intende dare attuazione con il Codice sono dunque ispirate alla necessità di assicurare condizioni di effettiva concorrenza nel settore delle

comunicazioni e richiedono che il legislatore nazionale introduca una disciplina organica dell'intero settore delle comunicazioni elettroniche. Tale disciplina, recependo le istanze di convergenza tecnologica del settore, include nel proprio campo di applicazione tutte le reti e i servizi relativi sia al settore delle telecomunicazioni sia a quello della radiodiffusione e televisivo, al fine di ridurre gradualmente le specifiche norme *ex ante* settoriali in concomitanza con lo sviluppo della concorrenza sul mercato.

Ciò premesso, l'Autorità intende formulare alcune osservazioni sullo schema di decreto in oggetto. Una prima questione generale riguarda la necessità, in coerenza anche con le disposizioni della legge-delega 1° agosto 2002, n. 166 (art. 41, comma 1), di un completo recepimento del nuovo quadro regolamentare del settore, che dunque non può non ricomprendere anche i principi generali e le disposizioni particolari contenute nella direttiva della Commissione n. 2002/77/CE, del 17 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica. Diversamente da quanto rappresentato nella Relazione di accompagnamento dello Schema in esame, è precisamente la natura generale dei principi e delle disposizioni contenute nella richiamata Direttiva a renderne indispensabile il recepimento esplicito nel nuovo Codice delle Comunicazioni.

Necessità di un tempestivo allineamento al regime di autorizzazione generale

Per quanto concerne le osservazioni più puntuali, va anzitutto evidenziata l'esigenza di "allineare" i titoli amministrativi di cui dispongono i diversi operatori del settore al nuovo quadro normativo europeo. Un importante obiettivo della nuova legislazione europea è infatti costituito dalla semplificazione del regime giuridico di ingresso nei mercati delle comunicazioni elettroniche e di fornitura dei relativi servizi e infrastrutture. Le Direttive in corso di recepimento si caratterizzano per il ricorso ad un sistema di autorizzazioni generali, meno oneroso dell'attuale per gli operatori, nonché dall'omogeneità della disciplina applicabile nei vari Paesi, indipendentemente dalle

tecnologie impiegate e sempre nel rispetto del principio dell'uso efficiente dello spettro frequenziale.

A tale riguardo, l'Autorità ritiene di dover sottolineare la necessità di provvedere ad un tempestivo adeguamento delle autorizzazioni, licenze individuali e concessioni attualmente esistenti entro il termine di recepimento delle direttive in materia, al fine di allinearle nei tempi previsti dalla Direttiva Autorizzazioni (n. 2002/20/CE, art. 17, comma 1) alla nuova disciplina e definire un quadro regolamentare chiaro e certo che garantisca condizioni di effettiva concorrenza per gli operatori del settore e fruibilità dei servizi per gli utenti finali.

In tal senso, le previsioni dell'art. 38 dello Schema non appaiono conformi al disposto comunitario laddove stabiliscono la persistente validità "*fino alla loro naturale scadenza*" dei diversi titoli autorizzatori esistenti in materia di telecomunicazioni, alcuni di durata ventennale, e fanno salve le norme speciali in materia di radiodiffusione sonora e televisiva.

L'Autorità ritiene che qualsiasi previsione che abbia l'effetto di ritardare o prorogare il necessario allineamento al regime di autorizzazione generale, al di là di quanto espressamente consentito nella Direttiva Autorizzazioni, appaia suscettibile di pregiudicare la corretta applicazione della disciplina europea delle comunicazioni elettroniche, compromettendo lo sviluppo della concorrenza nel settore.

Sempre in tal senso, l'Autorità riscontra la difformità della normativa nazionale rispetto a quella comunitaria laddove la prima introduce un regime giuridico per le reti ad uso pubblico distinto da quello delle reti ad uso privato per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica (che forma oggetto di un apposito Titolo dell'emanando Codice). Poiché tale distinzione non trova riscontro nelle definizioni adottate nella normativa europea oggetto di attuazione, volte a dettare una disciplina unitaria per tutte le reti e i servizi di comunicazione elettronica, la sua introduzione dovrebbe trovare una specifica giustificazione, a livello nazionale, ad esempio in relazione a una diversità delle caratteristiche delle modalità di offerta dei servizi, dei limiti di fornitura, degli eventuali obblighi di contribuzione.

Gestione delle radiofrequenze per i servizi di comunicazione elettronica

L'art. 14 dello Schema, facendo salve le norme in materia di radiodiffusione sonora e televisiva, riserva esclusivamente agli operatori di telecomunicazioni la possibilità di trasferire i diritti di uso sulle radiofrequenze su base commerciale (c.d. *frequency trading*). L'Autorità ritiene ingiustificata, alla luce della disciplina europea in materia, tale disposizione.

Appare parimenti restrittiva la previsione che limita il ricorso al meccanismo di negoziazione solo a quei soggetti che siano provvisti di un titolo autorizzatorio idoneo a *“fornire una rete con analogia tecnologia”*. Infatti, in un sistema caratterizzato dal regime di autorizzazione generale, la possibilità di trasferimento dei diritti d'uso delle frequenze dovrebbe essere garantita a tutte le imprese che dispongono del suddetto titolo, salvo il rispetto dei limiti previsti dalla relativa disposizione comunitaria (art. 9 direttiva quadro, n. 2002/21/CE).

Infine, l'Autorità segnala come la norma contenuta all'art. 14, comma 5, che attribuisce al Ministero il compito di stabilire se apporre o no all'autorizzazione le eventuali condizioni proposte all'esito di una verifica svolta dall'AGCOM, sentita questa Autorità, al fine di verificare le condizioni di concorrenza conseguenti al trasferimento delle frequenze, appare non del tutto soddisfacente. Da un lato, infatti, la previsione in questione sembra lasciare sussistere la possibilità di non corredare di condizioni l'autorizzazione, anche qualora sia accertato che la concorrenza è falsata a seguito del trasferimento di frequenze; dall'altro, si tratta di una disposizione idonea a determinare possibili conflitti con le previsioni contenute nella legge n. 287/90 in ordine al controllo delle concentrazioni.

Gestione delle radiofrequenze per uso televisivo

Per quanto concerne l'armonizzazione del regime regolamentare e dei criteri e modalità di assegnazione delle frequenze radioelettriche, il testo in esame, all'art. 27, comma quinto, ripropone una delle preoccupazioni di ordine concorrenziale che

l'Autorità ha già avuto occasione di segnalare¹, relativa in particolare al problema dell'assegnazione delle frequenze per uso televisivo. Come noto la sottoposizione a due differenti regimi normativi non trova più giustificazione nel nuovo quadro regolamentare europeo, che richiede, al contrario, anche in omaggio al principio di neutralità tecnologica, una sua omogeneizzazione.

Il legislatore comunitario, in considerazione del fatto che le frequenze rappresentano un bene scarso indispensabile per operare in molti dei mercati delle comunicazioni elettroniche, ha previsto che la loro allocazione e assegnazione siano fondate su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori, e proporzionati. Il nuovo quadro regolamentare comunitario, recependo le istanze di convergenza tecnologica del settore, richiede che il legislatore nazionale introduca una disciplina organica dell'intero settore delle comunicazioni, che ricomprende nel proprio ambito anche le reti di diffusione radiotelevisiva.

In ragione di quanto sopra, occorre ribadire che la disciplina dell'assegnazione e dell'uso delle frequenze, siano esse destinate alla radiodiffusione televisiva ovvero alle telecomunicazioni, essendo una delle questioni principali oggetto di regolamentazione, dovrà soggiacere alla medesima normativa. La norma comunitaria in materia (art. 5, comma secondo, della direttiva autorizzazioni), facendo salvi i criteri e le procedure specifiche adottate dagli Stati membri per concedere i diritti d'uso delle frequenze, ribadisce tuttavia che *“tali diritti d'uso”* debbano essere *“concessi mediante procedure pubbliche trasparenti e non discriminatorie”*. La disposizione non consente, dunque, che le procedure e i criteri specifici adottati dagli Stati membri prescindano dai suddetti principi di trasparenza e non discriminazione.

L'art. 27, comma quinto, dello Schema, nella parte in cui prevede che *“fatti salvi i criteri e le procedure specifici previsti dalla normativa vigente in materia di concessione di diritti d'uso delle frequenze radio ai fornitori di servizi di contenuto radiofonico o televisivo, i diritti d'uso sono concessi mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie”*, contiene un riferimento alla normativa vigente. Tale normativa vigente risulta attualmente in corso di revisione attraverso il disegno di

¹ Cfr. il Parere AS247, del 19 dicembre 2002, *“Assetto del sistema radiotelevisivo e della società RAI-Radiotelevisione Italiana”*, in Boll. n. 49/2002.

legge ora all'esame del Senato della Repubblica (AS 2175), il quale, come già osservato dall'Autorità nel succitato parere, facendo salva l'attuale situazione di occupazione di fatto delle risorse frequenziali, non appare conforme ai principi comunitari di trasparenza e non discriminazione nell'assegnazione di tali risorse.

Le difficoltà interpretative della citata disposizione dello schema in esame potrebbero essere eliminate a seguito della fedele attuazione della direttiva n. 2002/77/CE, in base alla quale restano impregiudicati *“i criteri e le procedure specifici adottati dagli Stati membri per concedere l'uso di frequenze radio a fornitori di servizi relativi al contenuto delle trasmissioni radiofoniche e televisive”* solo nella misura in cui essi siano funzionali al perseguimento di *“obiettivi di interesse generale conformemente al diritto comunitario”*; in ogni caso, *“l'attribuzione delle frequenze radio per i servizi di comunicazione elettronica si fonda su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati”*.

Attività di regolamentazione dei soggetti detentori di un significativo potere di mercato e promozione dei servizi innovativi

Con riferimento alle disposizioni sulle modalità di regolamentazione dei soggetti detentori di un significativo potere di mercato, l'Autorità rileva la non completa coerenza, con i principi comunitari in materia, della previsione di cui all'art. 19, comma sesto, dello Schema, in base alla quale l'Autorità di settore deve tener conto, nel decidere sulla imposizione degli obblighi a carico delle imprese, degli obiettivi di regolamentazione volti a realizzare, tra l'altro, le finalità di promozione dello sviluppo di reti e servizi di comunicazione elettronica a larga banda.

Al riguardo, non può non osservarsi che l'eventuale decisione di non imporre obblighi di regolamentazione specifici deve fondarsi, ai sensi delle direttive comunitarie di riferimento, sull'accertamento della struttura effettivamente concorrenziale del mercato oggetto di analisi, nonché dell'assenza di imprese con significativo potere di mercato. Laddove, invece, la decisione di non imporre gli specifici obblighi di regolamentazione fosse collegata all'obiettivo generico di promozione delle reti e dei servizi a larga banda, al quale si rinvia nello Schema in

commento, si potrebbe incorrere nel rischio di aggravare il divario competitivo esistente fra gli operatori nuovi entranti e l'*incumbent*, a danno dello sviluppo competitivo dei mercati in questione.

Analogamente, ad avviso di questa Autorità, la disposizione dello Schema di cui all'art. 50, comma primo, relativa alle procedure di controllo degli operatori dominanti in materia di prezzi e contabilità dei costi dei servizi di interconnessione e accesso, non appare conforme alla normativa comunitaria, laddove si prevede che, nel determinare le suddette procedure, l'Autorità nazionale di regolamentazione tenga conto degli investimenti effettuati e del ragionevole margine di profitto anche "*in considerazione dei rischi connessi e degli investimenti per lo sviluppo di reti e servizi innovativi*". La normativa nazionale appare infatti introdurre, in tal modo, un parametro aggiuntivo relativo alla remunerazione del rischio d'impresa per lo sviluppo di reti e servizi innovativi che non trova alcun riscontro nella normativa europea e appare suscettibile, in considerazione del ridotto sviluppo della concorrenza nel settore, di ostacolare condizioni effettive di pari opportunità per tutti gli operatori.

Con riguardo alle implicazioni derivanti dalla più volte prescritta finalità di promozione della c.d. "*banda larga*", l'Autorità rileva come tale definizione, oltre a non trovare riscontro testuale nella normativa europea, sia utilizzata nello Schema con modalità apparentemente improprie, tendenti a stabilire asimmetrie regolamentari che rischiano di incidere artificiosamente sulle condizioni concorrenziali dei mercati delle comunicazioni elettroniche a danno dello sviluppo delle dinamiche competitive e dell'ingresso di nuovi operatori.

Funzioni di regolamentazione, cooperazione istituzionale e scambio di informazioni

In merito alla disposizione relativa ai meccanismi di consultazione e cooperazione tra autorità e ai sistemi di scambio di informazioni, contenuta all'art. 8 dello Schema in esame, emergono talune difformità rispetto alla disciplina europea in

materia, destinate ad incidere anche sull'attività dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato. Tali difformità permangono anche alla luce delle modifiche nel frattempo introdotte all'art. 8 in commento. In particolare, l'art. 8, comma 1, prevede uno scambio di informazioni volto ad assicurare una generale e generica "reciproca cooperazione". La previsione in termini così indefiniti di obblighi di trasparenza e scambio di informazioni appare differire dal disposto della disciplina europea, secondo cui le autorità di regolazione e le autorità di concorrenza si forniscono reciprocamente le sole informazioni necessarie per l'applicazione delle direttive sulle comunicazioni elettroniche (art. 3, comma quinto, della Direttiva n. 2002/21/CE). La medesima previsione dello Schema appare inoltre contrastare con le esigenze, tutelate anche dal diritto interno, di non divulgazione delle informazioni che normalmente caratterizzano l'attività istituzionale delle Autorità di concorrenza per evitare che le informazioni raccolte nel corso dell'esercizio di autonomi poteri istruttori vengano poi utilizzate per finalità diverse.

L'Autorità non può inoltre non rilevare come il sistema di scambio di informazioni nel settore delle comunicazioni elettroniche, quale prefigurato nello Schema, rischia di porsi in contrasto con le disposizioni contenute nel Regolamento del Consiglio CE n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato UE. Tale Regolamento prevede infatti un sistema di scambio di informazioni, che possono assumere anche valore di prove nei limiti del *network* delle Autorità di concorrenza (composta dalla Commissione e dalle Autorità degli Stati membri) e, comunque, (i) nei limiti dello scopo per il quale furono raccolte (artt. 12.2 e 28.1), e solo limitatamente (ii) ai fini dell'applicazione degli artt. 81-82 CE, eventualmente in parallelo con le norme nazionali (art. 12).

Stante la vigenza delle suddette disposizioni comunitarie di cui al Regolamento CE n. 1/2003, lo scambio di informazioni potrebbe determinare una situazione di incompatibilità e, comunque, risultare di difficile applicazione.

Organismi con potestà di regolazione ai sensi del diritto comunitario

Per quanto concerne l'individuazione dei soggetti preposti ad esercitare funzioni regolamentari, si deve osservare che la disciplina europea in materia di indipendenza prevede espressamente che le ANR debbano essere *“giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da tutti gli organi che forniscono reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica”*, precisando che *“gli Stati membri che mantengono la proprietà o il controllo di imprese che forniscono reti e/o servizi di comunicazione elettronica provvedono alla piena ed effettiva separazione strutturale delle funzioni di regolamentazione dalle attività inerenti alla proprietà o al controllo”* (art. 3.3 della Direttiva Quadro).

Alla luce di ciò, in un contesto quale quello italiano, in cui lo Stato conserva ed esercita poteri di controllo o detiene diritti speciali, sia in alcune importanti imprese operanti nel settore delle telecomunicazioni, sia in imprese che gestiscono reti di radiodiffusione sonora e televisiva, il conferimento di talune funzioni regolamentari al Ministero delle Comunicazioni potrebbe essere di dubbia compatibilità con la necessaria separazione fra le funzioni di proprietà e regolamentazione alla base del richiesto requisito di indipendenza e imparzialità del regolatore².

Pertanto, l'importanza dell'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione è stata inoltre recentemente evidenziata, con particolare riferimento all'ulteriore requisito della separazione dal potere politico, dalla Commissione Europea nella sua VIII Relazione sull'attuazione della disciplina comunitaria sulle Telecomunicazioni, nel dicembre 2002: *“Data l'ampia discrezionalità conferita alle Autorità Nazionali di Regolamentazione nel nuovo quadro, i vincoli stabiliti in quest'ultimo in particolare per assicurare indipendenza strutturale e operativa dagli operatori di mercato continueranno a ricoprire un ruolo essenziale [...] in particolare*

² In tal senso, anche le recenti disposizioni di cui alla legge n. 66/01 e alla legge n. 3/03, recanti un ampliamento delle competenze del Ministero in ragione dell'attribuzione di funzioni regolamentari prima nella titolarità dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sembrano non in armonia con la nuova disciplina europea in corso di recepimento, che prevede criteri unitari per l'identificazione delle autorità nazionali di regolamentazione. Tali norme, anche in ragione della mancata attuazione della direttiva concorrenza n. 2002/77/CE, che dispone in merito alla necessità di procedere all'abrogazione a livello nazionale di tutte le disposizioni non coerenti con le direttive comunitarie in materia di comunicazioni elettroniche, permangono in vigore nell'ordinamento nazionale e ad esse rinvia l'art. 7, comma 1 dello Schema.

nei casi in cui decisioni ministeriali connesse all'attribuzione di licenze o al controllo dei prezzi possono essere viste dal mercato come influenzate da considerazioni politiche. A prescindere da tali valutazioni, la performance complessiva di un organismo indipendente può essere semplicemente migliorata attraverso la cessione di tutte le potestà regolatorie da parte del Ministero[....]”³.

In ogni caso, l'attuale formulazione delle disposizioni dello Schema in commento è suscettibile di determinare duplicazioni e sovrapposizioni di competenze dei due soggetti istituzionali, Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni, nell'esercizio della funzione di regolamentazione, con conseguenti difficoltà interpretative in ordine alla titolarità della funzione regolamentare, ciò che potrebbe risolversi a danno dello sviluppo concorrenziale del settore.

In conclusione, ad avviso dell'Autorità, la definizione di un quadro regolamentare interno chiaro e stabile, coerente con i principi comunitari, costituisce una condizione indispensabile per un pieno sviluppo della concorrenza nel settore economico in oggetto.

³Cfr. Ottavo Rapporto della Commissione sull'implementazione del Pacchetto regolamentare nelle telecomunicazioni, 3 dicembre 2002, COM(2002)695 (par. 4.1.1., traduzione AGCM).