

Università degli Studi di Salerno

Dipartimento di Scienze Giuridiche

Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Salerno

Sede Amministrativa del Dottorato di Ricerca

SCUOLA DOTTORALE STUDI GIURIDICI

“Giovann Battista Vico”

Dottorato in

“Comparazione e diritti della persona”

XII° ciclo

ACCESSO ALLE RETI, REGOLAMENTAZIONE E CONCORRENZA NEL MERCATO
DELLE TELECOMUNICAZIONI.

DOTTORANDO

Mignacca Gianluca

RELATORE

Chiar.mo Prof. Giovanni Maria Riccio

ACCADEMICO 2013/2014

CAPITOLO I
CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

1. – *Premessa.*
2. – *Liberalizzazione e concorrenza nei servizi pubblici a rete.*
3. – *Servizi a rete e concorrenza: gli istituti principali della regolazione concorrenziale.*
4. – *Il diritto di accesso alla rete. Cenni.*

CAPITOLO II
SERVIZI A RETE E CONCORRENZA. GLI ISTITUTI DELLA REGOLAZIONE
PROCONCORRENZIALE.

1. – *Liberalizzazioni e politica industriale.*
2. – *Mercato e intervento pubblico nei servizi di pubblica utilità.*
 - 2.1. – *Cenni sui principi dell'economia della regolazione.*
3. – *Il ruolo delle Autorità di regolazione.*
4. – *Servizi a rete e concorrenza. La nozione di rete, una introduzione.*
 - 4.1. – *I servizi a rete.*
 - 4.2. – *L'accesso regolato (third party access).*
 - 4.3. – *Le tariffe di accesso.*
 - 4.4. – *La separazione (cd. unbundling).*
5. – *La preferenza per la "facility based competition" nel settore delle Telecomunicazioni.*

CAPITOLO III
L'ABUSO DI POSIZIONE,
IL RIFIUTO DI CONTRARRE E LA *ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE* NEL SISTEMA
EUROPEO E NORDAMERICANO

1. – *Premessa.*
2. – *Il rifiuto di contrarre con clienti esistenti, con effetto escludente "diretto" ed "indiretto".*
3. – *Il rifiuto di contrarre con nuovi clienti.*
 - 3.1. – *I prodromi della dottrina delle "essential facilities" in Europa.*
 - 3.2. – *La dottrina delle "essential facilities" nell'esperienza della giurisprudenza americana.*

- 3.3. – *La dottrina delle “essential facilities” nel diritto comunitario, nelle decisioni della Commissione e nella giurisprudenza comunitaria.*
4. – *Comparazione tra approccio nordamericano ed europeo nei confronti della dottrina delle “essential facilities”.*
5. – *Il contributo della dottrina delle “essential facilities” nel processo di liberalizzazione dei mercati.*

CAPITOLO IV

LIBERALIZZAZIONE DEL MERCATO DELLE TELECOMUNICAZIONI. LA REGOLAMENTAZIONE DELL'ACCESSO E DELL'INTERCONNESSIONE IN EUROPA E NEL SISTEMA NORDAMERICANO.

1. – *Premessa.*
2. – *Liberalizzazione del mercato delle Telecomunicazioni.*
3. – *Politica regolamentare e sviluppo della concorrenza.*
4. – *Il mercato statunitense delle telecomunicazioni: processo regolatorio e interazione con il sistema antitrust.*
5. – *La liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione e il quadro regolatorio comunitario in materia di accesso ed interconnessione.*
- 5.1. – *Segue. Il quadro regolatorio del 1998, il cd. Framework 2002 e la nuova disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche del 2009.*

CAPITOLO V

IL DIFFICILE RAPPORTO TRA REGOLAZIONE E CONCORRENZA. DIALETTICA TRA NORME ANTITRUST GENERALI E DISCIPLINA REGOLATORIA DELLE TELECOMUNICAZIONI IN ITALIA, EUROPA E STATI UNITI.

1. – *Premessa.*
2. – *Il caso Deutsche Telekom nella giurisprudenza delle corti europee: la non deferenza dell'antitrust rispetto alla regolazione.*
3. – *Il paradigma tra processo regolatorio e interazione con il sistema antitrust nel mercato statunitense delle telecomunicazioni. I casi Trinko e LinkLine*
4. – *La dialettica tra regolazione e concorrenza in Europa e negli Stati Uniti: analogie, differenze, tendenze attuali e sviluppi prevedibili.*

CAPITOLO VI CONCLUSIONI

CAPITOLO I

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

1. – Premessa. 2. – Liberalizzazione e concorrenza nei servizi pubblici a rete. 3. – Servizi a rete e concorrenza: gli istituti principali della regolazione concorrenziale. 4. – Il diritto di accesso alla rete. Cenni.

1. – Premessa.

È noto che la disciplina delle telecomunicazioni ha conosciuto negli ultimi anni, in Europa e nel mondo, profonde trasformazioni.

Lo schema del monopolio legale con finalità di pubblico servizio è stato progressivamente abbandonato in favore di nuovi modelli che contemplassero un mercato aperto e concorrenziale.

Secondo tale prospettiva, la disciplina delle telecomunicazioni ha rappresentato l'esperienza più sviluppata dell'intera stagione delle liberalizzazioni, che ha condotto al superamento di quasi tutti i vecchi regimi di monopolio legale.

Si è man mano registrato una contrazione delle restrizioni amministrative all'ingresso nei mercati delle comunicazioni elettroniche, tuttavia l'apertura di tali mercati non ha coinciso con la loro deregolamentazione, ma, piuttosto, è venuto a crearsi un nuovo modello di attività regolatoria, con l'obiettivo dichiarato di favorire la concorrenza.

Si è passati così – sul retroterra concettuale che l'apertura legale dei mercati non garantisca gli attesi risultati benefici in termini di efficienza – da una regolazione monopolistica ad una regolazione pro-competitiva.

In tal senso è stato dimostrato che, quasi sempre, la funzione di stabilire regole specifiche è stata affidata dai legislatori ad una o più autorità amministrative

dotate di specifiche conoscenze tecniche ed organizzate in modo tale da garantire un certo grado di indipendenza dall'industria regolata.

Dal raffronto delle diverse esperienze nazionali emerge poi che la regolazione pro-competitiva di settore non si sostituisce, salvo alcuni casi che saranno oggetto di analisi e discussione, alla disciplina *antitrust* generale, tendendo piuttosto a divenirne un complemento.

Ciò comporta, tendenzialmente, la soggezione delle imprese di telecomunicazioni ad un doppio livello di regole: le disposizioni specifiche di settore e le norme generali *antitrust*.

Sul piano concettuale i due tipi di intervento sono chiaramente distinguibili. Le norme generali *antitrust* hanno una finalità di garanzia ed opera *ex post*, quando il mercato è sviluppato; la regolazione ha invece una finalità di promozione e ed opera *ex ante*, con la conseguenza che sul piano applicativa risulta difficile delineare il confine tra le due regolazioni.

Come premessa d'analisi dei numerosi problemi interpretativi posti dalla disciplina regolatoria nel mercato delle telecomunicazioni, appare opportuno una riflessione in chiave comparatistica all'esperienza di liberalizzazione del settore.

A fronte della complessità del problema si rende dunque necessaria una attenta riflessione che metta in luce la portata effettiva del fenomeno e le sue implicazioni e che ricomponga le potenziali interazioni secondo soluzioni coerenti capaci di assicurare il buon funzionamento del mercato.

2. – *Liberalizzazione e concorrenza nei servizi pubblici a rete.*

Le politiche di liberalizzazione dei settori dei servizi pubblici hanno implicato, certamente in una prima fase, un potenziamento ed una più complessa articolazione degli interventi di regolazione dei pubblici poteri.

Un assetto di mercato più competitivo ed aperto ha richiesto, infatti, misure di regolazione sofisticate rispetto a quelle necessarie in sistemi caratterizzati da un monopolio legale dei servizi¹.

Specifiche regolamentazioni si sono imposte nel contesto di un mercato concorrenziale, innanzitutto per garantire la sicurezza e la continuità nell'erogazione del servizio, nonché per conferire effettività a quei corollari del principio di universalità quali l'accessibilità economica e geografica.

L'eliminazione di monopoli legali sui servizi, dunque, di per sé non rappresentava una condizione sufficiente per superare il problema competitivo di effettiva promozione della concorrenza posto dalla presenza di operatori *ex* monopolisti detentori di un rilevante potere di mercato, nonché titolari delle infrastrutture necessarie per l'erogazione del servizio.

¹ Sui servizi pubblici in generale e sui processi di liberalizzazione in particolare, SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, 7; RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; CASSESE, *Le trasformazioni dei servizi pubblici*, in *Economia pubblica*, 1995, 5; CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 181; BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006; CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in MAZZAROLLI – PERICU – ROMANO – ROVERSI MONACO – SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 945 ss.; NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 945; PREDIERI – MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino 2001; AMMANNATI – CABIDDU – DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001; AMMANNATI e BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance multilivello regolazione reti*, Torino, 2008; CARDI, *Mercati e regole*, Padova, 2005; AMMANNATI, *Governance e regolazione attraverso reti*, in AMMANNATI - BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance multilivello regolazione reti*, in www.astrid-online.it, 2008.

È emersa dunque la necessità di prevedere apposite misure di regolazione accanto agli strumenti offerti dalla disciplina generale *antitrust*.

Invero tutte le normative di liberalizzazione dei vari mercati dei servizi pubblici² contengono misure dirette a promuovere una concorrenza effettiva tra gli operatori, in quanto la pura e semplice soppressione di diritti esclusivi e/o speciali su cui si fondava il regime monopolistico preesistente non è sufficiente a dar luogo ad un assetto realmente competitivo del mercato considerato.

Le politiche di liberalizzazione tendono dunque a perseguire obiettivi di efficienza allocativa all'interno di mercati ancora caratterizzati dalla presenza dominante dell'operatore *ex monopolista* (cd. *incumbent*).

In tal senso, imprescindibile appare il ruolo che un corretto funzionamento dei mercati, ed una conseguente e coerente regolazione della concorrenza, possono avere nel determinare un accrescimento della produttività³. L'attivazione di efficaci dinamiche concorrenziali ha dunque richiesto, e tuttora richiede, un generale processo di liberalizzazione, una rigorosa applicazione della disciplina della concorrenza e un'altrettanto incisiva attività di tutela del consumatore.⁴

² Per una indagine esauriente sulle normative di liberalizzazione dei singoli settori dei servizi pubblici, VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004; CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma Bari, 2004; PAMMOLLI - CAMBINI - GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, 2007, 27; DE VINCENTI - VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, Astrid, 2006.

³ Uno studio gius-economico degli obiettivi di efficienza allocativa delle misure di regolazione è condotta da BIANCARDI, FONTINI, *Liberi di scegliere? Mercati e regole nei settori dell'energia*, Bologna - Roma, 2005, 12 ss. Ampiamente in CATRICALÀ, *Considerazioni e proposte per una regolazione proconcorrenziale dei mercati a sostegno della crescita. Relazione annuale 2008 del Presidente Autorità garante per la concorrenza ed il mercato*, 11 giugno 2008, in www.agcm.it.

⁴ La tutela del consumatore risulta decisiva a garantire il mantenimento di efficaci condizioni di concorrenza, in quanto rafforza gli stimoli alla selezione delle imprese effettivamente più virtuose, promuovendo una maggiore mobilità della domanda. La tutela del consumatore è quindi uno strumento complementare dell'*enforcement antitrust* e fattore essenziale per lo sviluppo di una

Le questioni di ordine generale cui si è accennato risultano particolarmente decisive nel settore dei servizi pubblici a rete⁵, servizi per la cui fornitura ha un rilievo centrale l'utilizzo di infrastrutture a rete.

Energia, trasporti, telecomunicazioni costituiscono *input* essenziali per la quasi totalità delle attività economiche. L'efficienza e la qualità di tali servizi producono infatti un impatto cruciale sulla competitività e le prospettive di sviluppo dell'intera comunità nazionale.

Il sistema produttivo è fortemente condizionato dagli oneri e dagli svantaggi connessi ai maggiori prezzi e alla minore qualità ed efficienza di servizi e risorse essenziali, diretta conseguenza di una dotazione infrastrutturale complessivamente deficitaria e di un assetto di regolazione oggettivamente inadeguato.

La circostanza che l'*ex* monopolista sia di regola proprietario di larga parte dell'infrastruttura indispensabile per l'erogazione del servizio richiede al legislatore di predisporre misure normative di regolazione da accompagnare all'eliminazione dei monopoli legali⁶.

Per lungo tempo, il monopolio pubblico dei servizi di pubblica utilità è stato giustificato con le condizioni di monopolio naturale delle infrastrutture produttive a rete. Si riteneva che ragioni di efficienza, dettate dalla tecnologia prevalente,

sostenuta pressione concorrenziale. Sul rapporto tra misure di liberalizzazione e politiche in favore dei consumatori, NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 1999.

⁵ La bibliografia sui servizi pubblici a rete è vastissima. Cfr. FERRARI (a cura di), *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, Milano, 2000, 86; CARDI, *La nozione di rete. Seminario reti europee*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 17; BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006; VETRO', *Il servizio pubblico a rete. Il caso paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005; PREDIERI – MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino 2001.

⁶ Ampiamente, in CAFFERATA - MARTELLINI - VELO, (a cura di), *Liberalizzazioni, impresa pubblica, impresa d'interesse generale nell'Unione Europea*, Bologna, 2007. GRILLO, *Infrastrutture a rete e liberalizzazione delle public utilities*, in VIGNERI e DE VINCENTI (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna, 2006, 197.

rendessero necessario estendere il monopolio a tutta la filiera verticale. Nel caso di molti servizi, era inoltre connessa al monopolio naturale della rete la necessità di assicurare l'offerta universale, evitando il rischio che la concorrenza inducesse le imprese a investire nell'infrastruttura di rete con l'obiettivo di servire soltanto la parte più lucrativa della domanda, lasciando prive del servizio le parti meno redditizie⁷.

Negli anni Ottanta, gli sviluppi della tecnologia hanno reso possibile la separazione verticale tra le diverse fasi della filiera e, con questo, l'enucleazione delle fasi produttive in monopolio naturale da quelle che potevano essere operate in concorrenza. Questo ha dato l'avvio alle politiche di liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità che sono tuttavia in corso di attuazione sia in Europa che negli Stati Uniti⁸.

La chiave per il loro successo sta, pertanto, nella capacità di regolare in modo efficiente l'interazione tra il monopolio delle infrastrutture a rete e le fasi in concorrenza.

Appare dunque cruciale realizzare un assetto normativo e di regolazione connesso all'utilizzo dell'infrastruttura in monopolio per l'interazione concorrenziale tra tutti gli operatori del servizio: in particolare diventa indispensabile assicurare condizioni di imparzialità quando, l'ex monopolista detiene, sia pure in parte, il controllo della rete. La regolazione è finalizzata, in questo caso, a vanificare il porre in essere, nell'offerta dei servizi di rete, comportamenti opportunistici a danno dei concorrenti a monte e a valle.

⁷ Un'ampia trattazione della dogmatica afferente il servizio universale, in CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002.

⁸ Per una ricostruzione delle politiche di liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale in Europa, BERTONAZZI - VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in CHITI - GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2007, 1793.

Tuttavia, le condizioni imparziali di accesso⁹ non esauriscono il novero delle preoccupazioni che attengono al monopolio della rete.

Occorre in tal senso favorire l'ingresso nei mercati di nuovi attori, che allarghino l'offerta di servizi anche se questo richiede, in linea teorica, una modifica strutturale del contesto di interazione concorrenziale nel mercato, che può realizzarsi solamente con un ampliamento della capacità di rete.

Premesso, dunque, che la pura e semplice soppressione di diritti esclusivi e/o speciali su cui si fondava il regime monopolistico preesistente non è sufficiente a dar luogo ad un assetto realmente competitivo del mercato, l'analisi della regolazione dei settori in questione, deve essere affrontato a partire dalle peculiari condizioni date per individuare quelle misure indispensabili per rendere effettivo il confronto concorrenziale.

Occorre rilevare come nel settore delle telecomunicazioni l'operatore *ex* monopolista è ancora proprietario di larga parte delle infrastrutture indispensabili per l'erogazione del servizio.

Ciò impedisce quelle economie di scala che normalmente una presenza consolidata nel settore riesce a realizzare, con la conseguenza che l'*incumbent* trae beneficio dai sussidi incrociati tra attività liberalizzate e segmenti di attività ancora gestiti in monopolio.

Sono, questi, alcuni degli elementi da cui occorre partire per rimuovere quegli ostacoli che si frappongono tra le politiche di liberalizzazione e la realizzazione di una effettiva concorrenza nel mercato considerato, ivi compresi gli obiettivi di efficienza allocativa in direzione della tutela del consumatore.

⁹ In generale, sulle misure di regolazione nell'accesso alle reti, CARASSITI – LANZI, *Regolamentazione dell'accesso nei settori a rete: la tariffazione delle essential facilities in Italia*, in *Econ. pubbl.*, 2002, n. 5, 93.

3. – *Servizi a rete e concorrenza: le ragioni e gli istituti principali della regolazione concorrenziale.*

Il servizio pubblico a rete si configura dogmaticamente come una *species* del *genus* servizio pubblico, perimetrata per l'appunto attraverso il riconoscimento di tratti essenziali comuni riconducibili alla presenza di una rete attraverso cui erogare un servizio.

Il termine rete evoca l'esistenza di una infrastruttura fisica, sebbene la letteratura – non solo giuridica – faccia spesso riferimento a tale nozione anche prescindendo dalla materialità della stessa.

Con riferimento alla politica delle reti, negli ultimi anni l'obiettivo perseguito dai poteri pubblici, tanto dal legislatore quanto dalle autorità di regolazione, sia nazionali che comunitarie, è stato quello di realizzare un più ampio grado di concorrenza tra gli operatori economici privati, subentrati in settori fino ad allora caratterizzati dal controllo pubblico, attraverso l'abbattimento di barriere e protezioni ovvero mediante la rimozione di ostacoli al libero svolgimento delle attività economiche ad esse connesse, un tempo gestite direttamente dal pubblico.

Incisive politiche di regolazione si rendono tanto più necessarie nell'ambito di tali servizi in quanto le reti risultano strutturalmente caratterizzate da condizioni di monopolio naturale che rendono sconsigliabile e diseconomico, sia in termini di investimenti che di impatto ambientale sul territorio, la duplicazione dell'infrastruttura.

Le discipline normative effettuano così una prima distinzione tra reti, connotate appunto dalla sussistenza di condizioni di monopolio naturale, e gestione del

servizio¹⁰. Per le prime, dunque, i legislatori stabiliscono, in via generale, il diritto d'accesso come condizione per garantirne l'utilizzazione da parte di più operatori, così neutralizzando le criticità connesse al monopolio naturale; per il secondo, una volta fissato il diritto di accesso, la previsione di livelli minimi di qualità nell'erogazione dei servizi e nel livello dei prezzi in modo da garantire il rispetto del principio di universalità del servizio.

Gli interventi normativi pro-concorrenziali hanno assunto differenti gradazioni sia in relazione al servizio considerato, in particolare per quanto concerne le caratteristiche tecnologiche dello stesso, nonché in ordine al livello istituzionale afferente¹¹.

Nell'ambito dell'indagine sui servizi a rete e, in particolare, sulla tipologia e sulle caratteristiche delle infrastrutture di rete, emergono taluni tratti peculiari comuni, quali:

- i. il fatto che le infrastrutture costituiscono fattore di sviluppo economico e condizione essenziale per la coesione territoriale, sociale, economica e politica di una collettività;

¹⁰ SEBASTIANI (a cura di), *Infrastrutture e servizi a rete tra regolazione e concorrenza*, in www.astrid-online.it.

¹¹ Per quanto concerne la disciplina legislativa relativa al livello locale, si pensi alle norme del d.lgs. 267/2000 (Tuel), a più riprese modificato e ben lungi dal ritenersi esaurito. Tra le modifiche più significative, si veda l'art. 35 legge finanziaria per il 2002 (l. 448/2001), art. 14 l. 326/2003, art. 4, c. 234, l. 350/2003. L'art. 113 del Tuel dispone, inoltre, la separazione della proprietà delle reti e degli impianti dalla relativa gestione. Sulla ricostruzione delle evoluzioni normative e giurisprudenziali in materia di servizi pubblici locali, per tutti DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Bologna, 2001; DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2581; DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 1219 ss.; GRAZIANO, *Servizi pubblici locali: modalità di gestione dopo le riforme di cui alla l. 24.11.2003 n. 326 e alla l. 24.12.2003, n. 350 e compatibilità con il modello dell'in house providing alla luce delle ultime pronunce della Corte di Giustizia (Sentenze Stadt Halle del 11.1.2005; Parking Brixen del 25.10.2005 e Modling del 10.11.2005)*, dicembre 2005, www.giustizia-amministrativa.it.

- ii. il carattere essenziale di esse – seppure con diverse accentuazioni – che assegna allo Stato il ruolo di garante di un’adeguata dotazione di base di infrastrutture e del pieno esercizio del diritto di accesso ad esse;
- iii. la localizzazione, che è vincolata da un insieme di fattori, inclusa la circostanza che “le reti non tollerano interruzioni”; la realizzazione richiede pertanto l’intervento dei pubblici poteri, che soli possono rendere coattivamente disponibili le aree e soli possono gestire le complesse problematiche legate alle esternalità.

A questa base comune si accompagnano elementi fortemente distintivi – fra settori e nei settori – sia di carattere fisico che discendenti dalle diverse caratteristiche dei mercati.

In primo luogo vanno menzionate le diverse combinazioni fra opere e tecnologie, da un lato, e parallelamente la diversa invasività o materialità.

Inoltre, il fondamento della regolazione dell’accesso alle reti sta nella loro natura di *essential facilities*¹², vale a dire, nella compresenza di una serie di condizioni, in vario grado presenti a seconda dei settori e dei comparti al loro interno, le quali evolvono nel tempo in misura differenziata da caso a caso.

Mentre in alcuni settori e comparti il carattere di *essential facilities* delle reti è permanente, in altri può progressivamente attenuarsi o venire meno a causa dello sviluppo della domanda, dei processi di liberalizzazione, del progresso tecnico. Di conseguenza, i modelli regolatori dovrebbero evolvere di pari passo con i cambiamenti.

¹² CARASSITI – LANZI, *Regolamentazione dell’accesso nei settori a rete: la tariffazione delle essential facilities in Italia*, in *Econ. pubbl.*, 2002, n. 5, 97.

Inoltre, quello delle infrastrutture è un mercato intermedio rispetto al mercato dei servizi. Una delle caratteristiche distintive dei mercati dei servizi finali è il diverso potenziale di redditività, in parte derivante dai differenziali nei costi di realizzazione e di gestione delle infrastrutture, in parte derivante dalla diversità dei costi di offerta dei servizi rispetto alla sostenibilità dei prezzi per la collettività.

I tratti principali delle politiche di regolazione variano, dunque, in funzione di molteplici fattori, quali la tipologia del settore, la struttura del mercato, le caratteristiche tecnologiche del servizio e delle reti infrastrutturali, l'assetto istituzionale del paese considerato, per quel che concerne sia la reale inclinazione pro-concorrenziale dei regolatori sia la forza politica degli *ex* monopolisti rispetto ai potenziali concorrenti.

Come vedremo meglio nel capitolo successivo, affianco alle specifiche misure settoriali, la dottrina giuridica individua un nucleo di misure di promozione della concorrenza pressoché comuni a tutti i servizi infrastrutturali, che si affianca alla disciplina generale *antitrust*.

Il primo è rappresentato dal cd. *third party access*, ossia il diritto di accedere alle infrastrutture necessarie per fornire la prestazione all'utenza, da chiunque detenute. Come si chiarirà ampiamente nel corso della trattazione, strettamente connesso all'istituto dell'accesso è lo sviluppo della dottrina cd. *essential facilities*.

L'*essential facilities doctrine* (EFD), di origine nordamericana, è una teoria giuridica che può essere racchiusa nel concetto per cui, a certe condizioni, il

rifiuto di concedere ad altri il diritto di uso di un bene è qualificato alla stregua di un abuso di posizione dominante¹³.

Finalità della dottrina in questione è quella di coniugare l'interesse privato – del monopolista proprietario dell'infrastruttura – con quello pubblico connesso al cd. *third party access*, ossia al diritto di altri imprenditori di concorrere in un mercato, quale quello dei servizi a rete, per i quali la disponibilità della stessa è condizione indispensabile. Il rischio è che tale sforzo possa tradursi nel disincentivo per gli operatori a massimizzare la propria posizione per non incorrere nella limitazione all'utilizzo dell'infrastruttura.

In estrema sintesi, il carattere dell'essenzialità della rete si ravvisa allorché, prescindendo del tutto dall'indagine soggettiva sulle intenzioni del monopolista, il controllo sulla rete renda di fatto impossibile l'accesso di altri concorrenti nel mercato, ossia quando il controllo sulla stessa rechi con sé il potere di eliminare la concorrenza.

Si tratta, quindi, di individuare il mercato – sia dal punto di vista merceologico che geografico – per accedere al quale si riveli indispensabile accedere all'infrastruttura. Caso emblematico, quello dei mercati verticalmente integrati in uno dei quali l'*incumbent* detenga una posizione di monopolio sulla quale può

¹³ Sull'argomento, il precedente giurisprudenziale più significativo (*leading case*) è il caso *Terminal Railroad Association* del 1912, nel quale la Corte Suprema dichiarò contrario alla Sezione Seconda dello *Sherman Act* (che proibisce l'abuso sotto qualsiasi forma della posizione dominante acquisita legalmente o in via di fatto su un mercato) il rifiuto da parte di imprese ferroviarie proprietarie della rete e di alcune stazioni di concedere ad altri imprenditori il diritto di utilizzare quella rete per fornire servizi di trasporto merci e persone. A seguire, il caso *Otter Tail*, relativo al rifiuto di una società di distribuzione di energia elettrica di rivenderla ad una municipalizzata che l'avrebbe a sua volta fornita ai clienti finali, così facendo concorrenza alla monopolista nel mercato a valle. Ampiamente in ROTIGLIANO, *Beni pubblici, reti e la dottrina delle essential facilities*, in *Dir. Amm.*, 4/2006, 953 ss.

fare leva (effetto cd. *leverage*) per mantenere, consolidare od acquisire il monopolio sull'altro.

In definitiva, le conseguenze giuridiche che discendono dalla natura pubblica di un bene risiedono nella specialità del regime cui sono sottoposti rispetto a quello dei beni privati, in funzione di tutela dell'interesse pubblico¹⁴.

Emerge infine il cd. *unbundling*, che è rappresentato da tutte quelle misure dirette ad introdurre forme di separazione, nelle diverse gradazioni note (contabile, amministrativa, societaria, gestionale o proprietaria), tra le varie fasi della filiera industriale¹⁵. Tale concetto risulta indispensabile allo scopo di impedire sussidi incrociati tra attività liberalizzate, ossia esposte alla concorrenza, e attività ancora gestite in regime di esclusiva, nonché allo scopo di garantire l'imparzialità dei soggetti gestori delle infrastrutture essenziali per l'erogazione del servizio.

E, infine, quelle misure dirette a contenere la permanenza di una posizione dominante degli *ex* monopolisti, pur in presenza di un contesto di mercato liberalizzato.

Accanto alle questioni menzionate, occorre rilevare il ruolo strategico ed imprescindibile che rivestono le autorità di regolazione e, in taluni casi, internazionali, nel completare il quadro normativo ed istituzionale del settore.

4. – *Il diritto di accesso alla rete. Cenni.*

L'obbligo di consentire l'accesso alla rete rappresenta un fondamentale obbligo di servizio pubblico nella dogmatica dei servizi a rete. Una compiuta

¹⁴ Per una ampia trattazione della dogmatica dei beni pubblici, anche con riferimento al tema specifico dell'inquadramento delle reti infrastrutturali nell'ambito della categoria dei beni pubblici, ARSÌ, *I beni pubblici*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003.

¹⁵ CAROLI CASAVOLA, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2001, 469.

liberalizzazione dei suddetti mercati richiede, infatti, che l'ordinamento prescriva e garantisca la realizzazione delle condizioni per l'accesso all'infrastruttura in condizioni di monopolio naturale sia degli utenti che degli operatori economici in concorrenza.

Il tema dell'accesso alla rete si pone come punto centrale e snodo strutturale nella transizione dall'assetto monopolistico di un dato settore, ove si registra per definizione l'integrazione tra le attività di gestione della rete e quella di erogazione del servizio, a quello concorrenziale di libero mercato. Valga qui solo il richiamo al principio ispiratore di ogni disciplina di liberalizzazione dei servizi a rete, consistente appunto nella separazione strutturale e concettuale, dunque tradotta in disciplina positiva, tra i segmenti industriali delle attività caratterizzate da condizioni di monopolio che rendono diseconomica la duplicazione dell'infrastruttura e che pertanto necessitano di una regolazione compiuta, e quelli nei quali ben può esplicarsi una concorrenza tra operatori¹⁶.

Perché possa instaurarsi un regime concorrenziale nei servizi a rete, è necessario infatti che ciascun operatore disponga di una infrastruttura di rete propria, ovvero, nei casi in cui la persistenza di condizioni di monopolio naturale renda impossibile la duplicazione, che il quadro di regolazione definisca le modalità di accesso alle reti esistenti e la specificazione, diversa da settore a settore anche in ragione delle caratteristiche tecnologiche della rete considerata, del regime proprietario degli *assets*. La regolazione dell'accesso, dunque, produce l'effetto (o per lo meno tende all'obiettivo) di sterilizzare la posizione dominante dell'*incumbent*, e gli effetti distorsivi sulla concorrenza che esso determina in

¹⁶ Una completa indagine delle normative di liberalizzazione dei diversi settori dei servizi a rete, in TELESE, *La liberalizzazione dei servizi pubblici a rete in ambito comunitario e la disciplina del diritto di accesso alle infrastrutture: aspetti generali*, in AMMANNATI –CABIDDU –DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001, 169.

quanto proprietario o in grado comunque di controllare la rete, ostacolando l'accesso alla rete da parte dei concorrenti.

Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁷, il diniego di accesso ad infrastrutture essenziali, qualora non suffragato da una adeguata giustificazione, quale la insufficiente capacità dell'infrastruttura, ricade tra i comportamenti di abuso di posizione dominante sanzionabili *ex art. 82 Trattato CE*¹⁸.

E ciò in quanto al di fuori di un quadro regolatorio in grado di consentire e garantire l'accesso alla rete ben difficilmente potrà realizzarsi una effettiva concorrenza a monte e a valle delle fasi della filiera e, dunque, la piena realizzazione dell'interesse pubblico sotteso all'erogazione del servizio.

L'accesso alla rete si declina in un rapporto giuridico, intercorrente tra gestore della stessa e utente che vi accede, configurato alla stregua di un obbligo di contrarre in capo al primo, allorché il secondo ne richieda l'accesso o l'interconnessione, compatibile con le condizioni tecniche ed economiche definite *ex ante*, e dunque dietro versamento di un corrispettivo, definito in via amministrativa, al pari delle stesse condizioni tecnico-economiche di accesso, da

¹⁷ *Leading case*, sulla configurazione dell'abuso *ex art. 82 Tr. CE*, CGCE 3 ottobre 1985, causa 311/84, *SA Centre belge c. SA CLT e SA IPB*, in *Raccolta*, 3261.

¹⁸ Cfr. art. 82 Trattato CE “È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.”

parte delle autorità di regolazione nel rispetto dei principi generali di parità di trattamento, non discriminazione e di concorrenza tra operatori economici.

CAPITOLO II

RETI E CONCORRENZA. GLI ISTITUTI DELLA REGOLAZIONE PRO-CONCORRENZIALE.

1. – Liberalizzazioni e politica industriale. 2. – Mercato e intervento pubblico nei servizi di pubblica utilità. 2.1. – Cenni sui principi dell'economia della regolazione. 3.– Il ruolo delle Autorità di regolazione. 4. – Servizi a rete e concorrenza. La nozione di rete, una introduzione. 4.1. – I servizi a rete. 4.2. – L'accesso regolato (third party access). 4.3. – Le tariffe di accesso. 4.4. – La separazione (cd. unbundling). 5. – La preferenza per la “facility based competition” nel settore delle Telecomunicazioni.

1. – Liberalizzazioni e politica industriale.

Tutte le normative di liberalizzazione dei diversi mercati dei servizi pubblici contengono una serie di misure volte ad introdurre e promuovere una concorrenza effettiva tra gli operatori¹⁹.

L'indagine sulle misure di liberalizzazione adottate negli ultimi anni, il giudizio sulla loro efficacia e la valutazione dei risultati da esse prodotte in relazione alla qualità dei servizi erogati si pongono sullo sfondo di una più ampia riflessione in materia di politica industriale, ed all'interno della quale inquadrare tali fenomeni, settore per settore nonché in senso complessivo, sul livello di apertura alla concorrenza e di competitività dei mercati dei servizi pubblici considerati.

Le recenti e crescenti difficoltà dell'economia impongono di ripensare alcuni dei più tradizionali strumenti di intervento pubblico che, forse troppo frettolosamente, sono stati abbandonati a favore di una visione quasi ideologica che ha determinato delle distorsioni nella considerazione di alcuni concetti fondamentali, giungendo a creare confusione tra mercato e concorrenza, tra impresa ed efficienza.

¹⁹ BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale nei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, 9.

La tendenza in questione, ha condotto, nel corso degli ultimi, ad una visione del mercato quale strumento più efficace di governo dell'economia.

Tale orientamento si è concretizzato nella progressiva diminuzione del peso del ruolo pubblico nel tessuto industriale e nella riduzione della gestione diretta dei servizi infrastrutturali, a favore di modelli più o meno formali di privatizzazione ovvero nell'introduzione di forme di concorrenza per il mercato per effetto di estese politiche di liberalizzazione.

Il graduale, sebbene non sempre coerente e lineare, processo di arretramento del pubblico nella gestione diretta di alcune tipologie di servizi, in particolare di quelli, quali le telecomunicazioni, considerati essenziali per la competitività e lo sviluppo del sistema economico, è avvenuto sul presupposto che il monopolio verticalmente integrato e la gestione centralizzata da parte delle autorità pubbliche generasse un elevato grado di inefficienza per la qualità del servizio reso agli utenti finali, sia in termini di maggiori tariffe che in livelli inferiori di qualità del servizio.

Probabilmente, al netto delle situazioni e dei contesti specificamente considerati, i benefici derivanti dalle politiche di liberalizzazione si sono rivelati minori delle aspettative e ciò è dipeso senza dubbio dalla difficoltà di creare un sistema di regole capace di contemperare le esigenze del mercato e gli interessi della collettività in un quadro di equilibrio del sistema economico nel suo complesso.

2. – Mercato e intervento pubblico nei servizi di pubblica utilità.

Le descritte carenze riscontrate risultano tanto più evidenti e problematiche se calate nell'indagine sullo sviluppo infrastrutturale delle reti e sulla efficacia della

regolamentazione dell'accesso ad esse in termini di trasparenza e non discriminazione.

In un contesto di liberalizzazione incompiuto, la scelta di lasciare al mercato e all'iniziativa economica privata l'onere del finanziamento delle politiche infrastrutturali presenta l'evidente criticità che la naturale propensione del mercato verso orizzonti temporali e obiettivi reddituali di breve periodo confligga con una programmazione strategica di investimenti infrastrutturali i cui ritorni possono misurarsi soltanto su periodi assai più lunghi.

Tale distonia tra interessi imprenditoriali privati e scelte strategiche di lungo periodo ha generato ritardi nella dotazione e manutenzione delle infrastrutture di rete, nella loro gestione tecnica e nella regolazione giuridica ed amministrativa.

L'interesse imprenditoriale privato alla massimizzazione del profitto in un'ottica di breve periodo ha condotto, in taluni settori, ad investimenti in tecnologie considerate a bassa rischiosità economica ovvero trainate principalmente dalla domanda²⁰, ovvero più in generale ad interventi concentrati alle sole zone geografiche la cui densità o i cui caratteri geomorfologici ne rendessero lucrativa la domanda (effetto cd. *creamskimming*).

Tale impostazione ha rischiato di pregiudicare irrimediabilmente gli obiettivi di politica industriale che costituiscono i tratti peculiari caratterizzanti la dogmatica sui servizi pubblici, quali ad esempio l'universalità del servizio²¹.

²⁰ E' il caso delle telecomunicazioni, rispetto alla scelta di trarre il massimo beneficio possibile dall'infrastruttura esistente (Adsl) piuttosto che puntare sulla diffusione delle tecnologie a banda larga che, al contrario, permette servizi di trasferimento dei dati e delle informazioni a livelli qualitativi molto superiori.

²¹ Emblematico il caso della liberalizzazione del settore dei trasporti ferroviari inglesi. La frammentazione verticale delle attività in cui si articola il servizio, e l'affidamento della gestione dell'infrastruttura ferroviaria al privato hanno determinato sia la difficoltà di gestire l'accesso alla stessa da parte degli operatori interessati alla gestione del servizio, sia disincentivato gli

Nel settore dei servizi di interesse economico generale, considerati come tali dalle autorità pubbliche, e dunque soggetti a specifici obblighi concernenti la promozione e la garanzia delle condizioni di offerta e fruibilità, non è in discussione la centralità dell'intervento pubblico, che trae infatti alimento dalla presenza dei cosiddetti *market failures* messi in luce dalla teoria economica.

Ciò che è in discussione sono le forme da dare al rapporto tra intervento pubblico e mercato in modo da promuovere efficienza ed efficacia nell'erogazione dei servizi e quindi realizzare al meglio gli obiettivi pubblici.

Al riguardo, la soluzione tradizionalmente adottata in gran parte dei sistemi giuridici, quella cioè basata sulla produzione pubblica diretta in condizioni di monopolio – da parte di enti pubblici economici o di imprese controllate dallo Stato o da altri enti pubblici²² – ha svolto inizialmente un ruolo importante nel promuovere l'offerta sul territorio nazionale e nel garantire condizioni di accesso generalizzate, salvo poi dimostrare limiti relativi ad inefficienze gestionali con conseguenti costi elevati che appesantivano il bilancio pubblico.

Anche l'offerta del pubblico monopolio, soffrendo dei vizi tipici quali l'assenza di pressione concorrenziale, si è convertita in minore propensione all'efficienza, in costi elevati e, in certi casi, in scadente qualità del servizio. A ciò si aggiunga che

investimenti di lungo periodo e la corretta manutenzione della rete. La spinta all'efficienza si è tradotta pertanto nel conseguimento di risparmi nelle spese per manutenzione e nei costi del personale con conseguente diretta diminuzione della qualità delle infrastrutture, della professionalità degli addetti all'erogazione del servizio, determinando un abbattimento della qualità complessiva del servizio, soprattutto con riferimento alla puntualità e alla sicurezza del trasporto. Peraltro, pur a fronte di tali criticità, non si è registrato un aumento della redditività dell'impresa che gestiva la rete né ciò è valso a ridurre i sussidi complessivamente erogati all'industria ferroviaria, lasciando al contrario sostanzialmente inalterata la misura dell'intervento pubblico a sostegno del settore.

²² BOZZI, *Municipalizzazioni*, *Enc. Dir.*, 1977; CAIA, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. Giur.* 1990; CASSESE, *Azionariato*, in *Enc. Dir.* 1959; MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. Amm.*, 1/2004, 37.

le autorità pubbliche hanno spesso concepito i soggetti erogatori dei servizi come mero braccio esecutivo delle proprie politiche allocative o redistributive: al di là della maggiore o minore rispondenza a effettivi interessi pubblici, questi obiettivi *extra*-aziendali hanno comunque consolidato prassi gestionali che avevano poco a che vedere con l'efficienza e l'efficacia del servizio.

La moderna economia della regolazione ha così disegnato un quadro di nuovi strumenti che pone l'accento sull'esigenza di sfrondare la pletora di regolazioni e di artificiose barriere all'entrata che, proteggendo vecchie posizioni di rendita e interessi costituiti, ha bloccato la concorrenza anche ove possibile e mortificato le capacità di iniziativa imprenditoriale; ma che al tempo stesso definisce le forme di una regolazione dell'assetto di mercato che previene il cristallizzarsi di nuove posizioni di rendita, promuove la concorrenza e ne garantisce il corretto svolgimento, contrastando la tendenza spontanea degli *incumbents* a comportamenti anti-competitivi.

Nel far ciò, la regolazione definisce anche il quadro di regole entro cui la discrezionalità politica nella scelta degli obiettivi da raggiungere, delle risorse da mettere in campo, degli incentivi da fornire agli operatori può relazionarsi in forme corrette con l'operare dei mercati e quindi può conseguire al meglio gli stessi obiettivi pubblici.

2.1. – Cenni sui principi dell'economia della regolazione.

Senza la pretesa di sviluppare la sterminata produzione dottrinale e bibliografica sul tema²³, appare utile richiamare tre acquisizioni della moderna economia della

²³ Per tutti, recentemente, BOITANI - PETRETTO, *Le politiche di regolamentazione*, in NINNI - SILVA (a cura di), *La politica industriale: teorie ed esperienze*, Roma Bari, 1997.

regolazione, decisive per costruire il contesto di mercato entro cui la politica economica può al meglio svolgere il suo ruolo di indirizzo e governo del sistema delle *utilities*.

La prima sta nel ricondurre a regolazione diretta – aggiuntiva rispetto alla regolazione con cui la legislazione e i pubblici poteri dettano le regole di base del funzionamento dei mercati – i soli segmenti di un servizio che presentano condizioni di monopolio naturale non contendibile o quei servizi per i quali, per le rilevanti esternalità positive che presentano o perché l'autorità pubblica ritiene che abbiano caratteristiche di *affordability* (ossia di accessibilità a prezzi contenuti per gli utenti), vengono introdotti obblighi di servizio pubblico e oneri corrispondenti. In tutti gli altri casi, il conseguimento dei risultati allocativi di interesse generale deve essere lasciato all'operare del mercato eventualmente con il supporto di un regime di autorizzazioni o di licenze individuali a carattere oggettivo, trasparente e non discriminatorio.

I confini del monopolio naturale e delle attività da sottoporre a obblighi di servizio pubblico variano con l'evoluzione della tecnologia, della domanda e della stessa configurazione dell'organizzazione sociale. E uno degli avanzamenti decisivi dell'ultimo ventennio del secolo appena trascorso è stato proprio l'identificazione dei nuovi confini che nelle condizioni odierne assumono monopolio naturale e obblighi di servizio pubblico.

Di qui, per esempio, il processo di separazione verticale tra gestione della rete e le attività a monte e a valle, da aprire alla concorrenza *nel* mercato.

La seconda indicazione sta nella netta distinzione dei ruoli tra soggetto pubblico regolatore e impresa regolata, con il primo che si colloca nella posizione di rappresentante di interessi generali, e con l'impresa che persegue obiettivi

propriamente aziendali. All'opposto, quando il soggetto pubblico è proprietario e gestore dell'azienda che deve anche regolare si trova in una condizione di oggettivo conflitto d'interessi che rende inconciliabili gli obiettivi del contenimento delle tariffe con la redditività dell'azienda, la qualità del servizio con la gestione meno conflittuale possibile dei rapporti di lavoro, la riduzione dei costi con la protezione dell'azienda dal confronto concorrenziale.

Per contro, separare nettamente i compiti di indirizzo e regolazione da quelli di gestione del servizio ha almeno due conseguenze: le diverse spinte presenti nel soggetto pubblico vengono ricondotte a un obiettivo unificante di tutela degli interessi degli utenti; l'attività dell'impresa è ricondotta a obiettivi propriamente aziendali, grazie al fatto che il *management* rende conto a un solo interlocutore, gli azionisti, cui spetta il diritto al residuo sui risultati di impresa. La funzione pubblica di indirizzo e regolazione ne viene esaltata, mentre si neutralizza la discrezionalità della burocrazia pubblica.

La terza indicazione sta nell'orientamento pro-concorrenziale che deve assumere l'attività di regolazione. Per un verso, adottando, nella regolazione del monopolio naturale, metodologie di tariffazione che, come nel caso del *price-cap*, approssimano per via regolatoria risultati simili a quelli tipici della concorrenza, scremando la rendita del monopolista e, al tempo stesso, incentivandone la propensione all'efficienza. Per altro verso, regolando prezzi e condizioni di accesso all'infrastruttura in monopolio naturale in modo da garantire il dispiegarsi della concorrenza tra gli operatori che quella infrastruttura utilizzano. Infine, promuovendo forme di affidamento in concessione che rendano contendibile il diritto a gestire il servizio e forme di regolazione delle modalità di copertura degli oneri di servizio pubblico che riducano al minimo i rischi di trascinarsi dei

sussidi da parte dell'impresa nelle attività in cui essa opera in condizioni di concorrenza nel mercato.

Il ruolo dei pubblici poteri si sostanzia, dunque, nella corretta identificazione dei segmenti da regolamentare, lasciando che negli altri operi la concorrenza così come nella riduzione degli interventi intrusivi del regolatore nella gestione dell'impresa, al fine di ridurre al minimo indispensabile vincoli e ostacoli al dinamismo imprenditoriale.

Il punto centrale, dunque, non sta in una presunta ritirata dell'intervento pubblico bensì in un suo cambiamento di forma, che in realtà ne esalta le capacità di governo effettivo dei mercati, curando che questi ultimi svolgano bene la propria funzione di promotori dell'efficienza e dell'innovazione. La moderna economia della regolazione fornisce perciò una chiave di lettura nuova del rapporto tra intervento pubblico e mercato: regole e istituzioni efficienti non sono il mero prodotto spontaneo dell'interazione tra gli operatori sul mercato, ma sono il prodotto di una interazione più complessa, in cui le autorità di politica economica intervengono introducendo o rimuovendo regole, costruendo istituzioni pubbliche che interagiscono con gli operatori, adattando regole e istituzioni all'evoluzione del contesto economico e sociale. La concorrenza stessa non è un prodotto spontaneo del mercato, ché anzi le strategie degli operatori tendono di per sé a porre argini alla concorrenza e, specie nel campo delle *public utilities*, hanno spesso buon gioco nel ricostituire barriere anticoncorrenziali: la politica economica è chiamata a prendersi cura dell'assetto dei mercati per ricostituirvi continuamente, nella misura massima possibile, le condizioni necessarie al dispiegarsi del gioco concorrenziale.

3. – Il ruolo delle Autorità di regolazione.

La descritta evoluzione legislativa ed economica del concetto e del ruolo stesso dei servizi pubblici risulta completata, sul piano ordinamentale, dall'«erompere» sulla scena istituzionale delle autorità indipendenti²⁴.

All'inizio degli anni Novanta del secolo scorso si è prefigurato, come è noto, un nuovo assetto dei grandi servizi a rete, ispirato alle riforme introdotte nel Regno Unito negli anni Ottanta, secondo cui gestori privati operano sul mercato sotto il controllo di apposite autorità indipendenti.

²⁴ PREDIERI, *L'erompere delle autorità indipendenti*, Firenze, 1997. AA.VV., *La nuova disciplina delle Autorità indipendenti*, atti del seminario Astrid, 18 giugno 2007; ABBAMONTE, *Profili costituzionali sul ruolo dell'amministrazione*, in *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992, 35; AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, 647 Ss.; ARCIDIACONO, *Governo autorità indipendenti e pubblica amministrazione*, in *Le autorità indipendenti*, a cura di Labriola, Milano, 1999, 68 ss; BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle autorità garanti?*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, 86 ss.; BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova 2000, 87 ss.; CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.* 1997, 346; CAMMELLI, *comunicazione*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, 108 ss; CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in *I Garanti Delle Regole*, Bologna, 1996, 165; CASAVOLA, *Quale statuto per le autorità indipendenti*, *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, 22; CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, *Mercato Concorrenza e Regole*, 2002, 271; CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle autorità indipendenti*, in *Mercati e Amministrazioni Indipendenti*, a cura di BASSI e MERUSI, Milano, 1993; CIOLLI, *L'autorità per la vigilanza sui llpp: il primo passo....*, in *Giur. Cost.*, 1996, 3806; CLARICH, *Le autorità indipendenti raccontate agli economisti*, in *Dir.Amm.*, 1999, 181; COSSU, *Questioni aperte e soluzioni nuove*, in www.giustizia-amministrativa.it; CRISCUOLO, *I poteri ispettivi e sanzionatori delle Autorità indipendenti fra conflitti di attribuzione e garanzie procedurali*, in DI RAIMO - RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana, Napoli, 2007, 359; DE BENEDETTO, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, 2000; DE MINICO, *Spunti per una riflessione in merito al sindacato giurisdizionale sugli atti dell'antitrust e della consob*, in *Politica del Diritto*, 1998, 243; DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, 1995, 249; DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Mercato e concorrenza*, 2000, 474; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 110 ss; MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, 41; Manetti, *Autorità Indipendenti*, in *Enc. Giur. It.*, Vol. IV, Roma, 1997, 6; RICCIUTO, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*.

Il passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore²⁵ si completa, dunque, con l'istituzione di tali soggetti indipendenti e dotati di altissima competenza tecnica, nonché titolari di poteri e funzioni pubbliche nuove²⁶.

Dal punto di vista generale, l'erompere delle autorità indipendenti sulla scena ordinamentale nazionale rappresenta il tratto più caratterizzante dell'evoluzione del sistema tradizionale verso un modello costituito da entità organizzative atipiche, titolari di funzioni pubblicistiche nuove, non riconducibili alla classica tripartizione dei poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario), caratterizzate da un accentuato grado di indipendenza rispetto al potere politico ed economico, anche in ordine ai criteri e alla titolarità del potere di nomina dei componenti, del requisito della neutralità rispetto agli interessi in campo, nonché dotate di un elevato livello di specializzazione tecnica indispensabile per la cura di interessi riconducibili a settori tecnicamente sensibili tali da richiedere, appunto, particolari e riconosciute competenze, sulla scorta dell'esperienza già sperimentata in altri Paesi europei²⁷.

Le ragioni poste a fondamento della scelta di istituire le autorità di regolazione sono, dunque, essenzialmente riconducibili alla inadeguatezza dei sistemi giuridici a rispondere alle mutate e più complesse articolazioni degli interessi, pubblici e

²⁵ Uno studio dei passaggi storico-giuridici più significativi nella trasformazione dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore compiuto attraverso la ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in DI RAIMO - RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana *Cinquanta anni della Corte Costituzionale della repubblica Italiana*, Napoli, 2007.

²⁶ Tra gli spunti dottrinali più recenti in ordine ad uno dei profili più problematici e controversi relativi alla natura paragiurisdizionale delle autorità, CAMILLI - CLARICH, *I poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in *Rassegna Astrid*, n. 18/09, in www.astrid-online.it.

²⁷ Il riferimento è alle *Regulatory agencies inglesi*, alle *Autorités administratives indépendantes francesi*. Per un inquadramento comparato, D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazione dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 992.

privati, rilevanti nel contesto di un'economia di mercato in forte evoluzione²⁸. Il progressivo sgretolamento della concezione piramidale del potere statale in favore di una *governance* istituzionale multilivello a rete, la soggezione di apparati della pubblica amministrazione al potere politico e la carenza delle competenze tecniche e specialistiche richieste dalla complessità di taluni settori economici, l'esigenza di sganciare la tutela di interessi individuali o collettivi relativamente nuovi dalle forme dei rimedi giurisdizionali per garantire loro effettività e certezza, sono alcuni dei profili che hanno condotto il legislatore, complice l'influenza del diritto comunitario, a conferire funzioni pubbliche di regolazione a soggetti istituzionali indipendenti e neutrali rispetto ai fornitori dei servizi stessi, nonché strutturalmente autonomi rispetto al potere politico, e ciò

²⁸ D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in *La riforma delle autorità indipendenti*, in *Rassegna Astrid*, 17/09, www.astrid.eu, secondo cui: "Come nascono amministrazioni con queste caratteristiche peculiari nella storia dei poteri pubblici? Nascono per esigenze molto diverse a seconda dei casi. Non c'è un modello che presiede all'istituzione delle autorità indipendenti; esse nascono là dove servono. Lo dimostra bene la storia americana, che è una storia molto importante per le autorità indipendenti. Nel 1887 nasce la prima federal independent agency, la Interstate Commerce Commission, che si occupa di trasporti terrestri, di ferrovie soprattutto, e viene istituita, nell'intento del legislatore, come autorità di tutela degli utenti delle compagnie ferroviarie, dei passeggeri e di coloro che fanno circolare le proprie merci sopra quei convogli. Dunque, tutela gli utenti nei confronti delle compagnie ferroviarie, che erano tra i soggetti economici più potenti nella realtà americana di quel periodo, insieme ai petrolieri e ai produttori di tabacco. Nel 1914 nasce la Federal Trade Commission, che si aggiunge al Department of Justice, un'istituzione interna all'esecutivo, e si affianca ad essa per la tutela della concorrenza e per la protezione dei consumatori. Nel 1933, a seguito della crisi economica della fine degli anni Venti, nasce la Securities and Exchange Commission, a tutela degli investitori e dei risparmiatori, che erano andati in rovina a seguito della crisi di Wall Street. Ciascuna autorità nasce perché c'è un'esigenza in un settore o in una materia: la tutela degli utenti delle ferrovie, la protezione dei risparmiatori, la garanzia della concorrenza. Se si volesse tracciare una storia europea di queste autorità - che in Italia si sono consolidate quasi un secolo dopo l'avvio statunitense - avremmo delle immagini analoghe. La Consob, negli anni Settanta del XX secolo, è istituita per la tutela dei risparmiatori; nel 1990, l'Autorità antitrust è chiamata a garantire la concorrenza e il libero mercato; e poi l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è preposta alla regolazione delle telecomunicazioni e delle radiotelevisioni."

non senza dubbi ed interpretazioni mutevoli sulla compatibilità con il modello costituzionale²⁹.

In particolare, ai fini della presente trattazione, rilievo preminente assume in ambito nazionale, l'Autorità di garanzia per le comunicazioni, istituita con la legge n. 481/95. L'istituzione delle autorità di settore costituiva il presupposto di legittimità richiesto dall'art. 1 *bis* della l. n. 474/94 che, per l'appunto, condizionava le dismissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici nelle attività di taluni settori dei servizi pubblici, quali le telecomunicazioni, alla creazione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe ed il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico. Tale previsione normativa si giustificava sul presupposto e sulla finalità di apprestare al settore dei servizi di pubblica utilità forme di tutela surrogatorie rispetto a quelle sino ad allora garantite dalla proprietà pubblica delle società operanti sui medesimi settori.

Il disegno riformatore appare, tuttavia, ben lungi dal potersi ritenere compiuto³⁰. Piuttosto che dall'organico completamento delle riforme avviate, infatti, la recente evoluzione normativa ed economica, appare segnata da una serie di promesse mancate e di incertezze sull'approdo finale. Nella maggior parte dei casi ciò dipende da dinamiche interne al sistema politico che prescindono del tutto da una

²⁹ L'incerta collocazione giuridico-istituzionale delle autorità ha posto irrisolti problemi, al pari di quelli insorti per le autorità indipendenti già istituite, di compatibilità costituzionale, sia con riferimento al rispetto del principio di legalità di cui all'art. 97 Cost. ("*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge*") che rispetto alla responsabilità politica di cui all'art. 95. Sul punto, DE VERGOTTINI, *L'Autorità di regolazione dei servizi pubblici e il sistema costituzionale dei pubblici poteri*, in *Rass. Giur. En. Elett.*, 1996, 284; SCOCA, *I modelli organizzativi*, in MAZZAROLLI - ROMANO - ROVERSI MONACO, SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, III, Bologna, 2001, 606. *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2/2009, 381 ss.

³⁰ Recentemente, PAJNO, *Quali prospettive per le autorità indipendenti?*, in *Rassegna Astrid*, n. 18/09, in www.astrid-online.it.

valutazione di merito sul funzionamento del mercato e del sistema regolatorio. Ciò in quanto gli indicatori sulla *performance* delle autorità mostrano, pur con alcune ombre, un sensibile innalzamento degli *standard* della loro prestazione “burocratica”, al pari della capacità di assistere i processi di apertura dei mercati che, nel complesso, ha prodotti indubitabilmente risultati apprezzabili, sia sotto il profilo dell’apertura alla concorrenza che nell’implementazione della qualità dei servizi per il cittadino consumatore.

Completare il sistema di regolazione indipendente nei servizi a rete e superare così l’attuale confusione istituzionale è, dunque, fondamentale innanzitutto per dare specifica evidenza e protezione agli interessi prioritari di introduzione della concorrenza e di soddisfazione degli interessi dell’utenza ed inoltre, per garantire in tutti i settori l’esistenza di un corpo tecnico qualificato, in grado di adottare regole chiare e trasparenti e di controllarne l’effettivo rispetto, anche con misure a tutela di concorrenti e utenti. Infine, per evitare conflitti di interesse e catture della regolazione in presenza di imprese spesso ancora pubbliche, di frequente utilizzate dal governo come strumento di politica economica e come importante leva finanziaria.

In questa prospettiva, l’esigenza di una regolazione indipendente prescinde anche dall’esistenza o meno di un processo di privatizzazione. Per molti versi, anzi, l’importanza di un soggetto terzo preposto al controllo del mercato non è affatto minore quando permangono sul mercato imprese pubbliche: queste, infatti, sono per definizione portatrici, nei confronti del potere politico, di una fisiologica e naturale richiesta di privilegio rispetto ai concorrenti privati.

Allo stesso modo, l'esigenza di una regolazione indipendente non è eliminata dalla liberalizzazione³¹, posto che quest'ultima non risulta comunque, di per sé sola, in grado di assicurare un'immediata concorrenzialità del mercato: ciò per il permanere, soprattutto nelle infrastrutture di reti, di condizioni di monopolio o comunque di colli di bottiglia; e, nel mercato a valle, di un'asimmetria informativa e contrattuale a svantaggio del consumatore, specie se piccolo e senza effettiva possibilità addirittura di rappresentare e difendere la propria posizione (cd. *voice*).

L'evoluzione delle dinamiche competitive inciderà sul tipo di interventi regolatori, sui presupposti del loro esercizio, e sui rapporti tra le misure promozionali di competenza delle autorità settoriali, anche in relazione alla fase attuativa connessa allo svolgimento delle gare locali, con le forme di tutela assicurate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Si tratta, perciò, di individuare un punto di equilibrio tra due contrapposte esigenze: la prima è quella di garantire ed offrire protezione agli utenti in mercati formalmente liberalizzati ancorché privi di una sufficiente libertà di scelta; la seconda è di evitare un eccesso di regolazione che conduca le autorità di settore a perpetuare interventi protettivi, anche con effetti paradossalmente inibitori rispetto allo sviluppo di un effettivo mercato.

³¹ BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano 2006, 1 ss. Nell'analisi dell'impatto delle politiche di liberalizzazione in mercati strutturalmente caratterizzati dalla presenza di monopolisti, l'Autore rileva che "E' ormai un dato comunemente riconosciuto, da tempo messo in rilievo da giuristi ed economisti, che le politiche di liberalizzazione dei settori dei servizi pubblici" almeno in una prima fase "implicano non già una riduzione ma un potenziamento e una più complessa articolazione degli interventi di regolazione dei pubblici poteri".

Qualsiasi decisione sul disegno istituzionale e sulle regole di *governance*, sulle forme di controllo giurisdizionale, deve essere orientata e preordinata al raggiungimento di tale obiettivo. Questo, tuttavia, va perseguito non già in astratto, bensì tenendo conto del pluralismo ordinamentale, valutando e comparando le esperienze delle autorità esistenti e delle altre forme di regolazione, definendo nel modo più chiaro e netto possibile i rapporti con gli organi titolari delle funzioni di indirizzo politico.

4. – Servizi a rete e concorrenza. La nozione di rete, una introduzione.

Nei manuali di diritto amministrativo e pubblico dell'economia non c'è traccia di una trattazione dogmatica delle reti fino agli anni Ottanta, essendo, quella delle reti, una problematica contemporanea più che recente³². Si tratta di un tema da *ruling ninties*, ossia di quegli anni Novanta dedicati alla regolazione.

La nozione di rete va infatti inquadrata nella prospettiva dello stretto rapporto tra la stessa rete e il concetto, relativamente nuovo, di regolazione.

La difficoltà sta nell'operazione di adattare concetti ed istituti del diritto amministrativo classico quali servizi pubblici e funzioni pubbliche ad un contesto ordinamentale profondamente mutato. La trasformazione più incisiva, in questo contesto, è insita nel passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore, il passaggio dal mondo pubblico al mondo privatizzato.

³² PREDIERI e MORISI, *L'Europa delle reti*, Torino, 2001; SALONICO, *Liberalizzazione e sviluppo delle reti. Un difficile equilibrio fra concorrenza e regolamentazione*, in PREDIERI e MORISI, *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, 181; ARSI, *I beni pubblici*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003; GRILLO, *Infrastrutture a rete e liberalizzazione delle public utilities*, in VIGNERI - DE VINCENTI (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Mulino, 2006, 194. Recentemente, AMMANNATI e BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance multilivello regolazione reti*, Giuffrè, 2008. *europea. Governance multilivello regolazione reti*, Torino, 2008.

L'ambito giuridico nel quale ci si muove è quello del mercato dei beni pubblici, un tempo dominato dall'impresa pubblica che produceva quei beni pubblici che gli operatori privati del mercato non riuscivano a riprodurre.

La nozione di rete, dunque, assume una valenza dogmatica autonoma allorquando l'ordinamento giuridico, in un contesto di politica di regolazione, da semplice *asset* di proprietà di una o più imprese connota le reti non più in termini puramente economici, legate cioè non soltanto al profitto, bensì in un'accezione pubblicistica più ampia. Se fossero, infatti, considerate e gestite soltanto come un mero *asset* materiale non garantirebbero alla collettività quelle prestazioni di sistema che un tempo garantiva l'impresa pubblica in sé.

Divenendo dunque la rete, un'entità giuridica autonoma e concettualmente separata dall'impresa, l'ordinamento giuridico assegna alle stesse quei corollari giuridici propri di un sistema di regolazione quali il diritto di accesso, di apertura del mercato, il servizio universale.

A livello normativo comunitario, il concetto di rete rileva soprattutto in funzione dell'esigenza di strutturazione di politiche concernenti le reti infrastrutturali europee, la cui implementazione su scala nazionale avrebbe richiesto senza dubbio un più efficace funzionamento di una rete tra i diversi livelli di governo.

La nozione di rete è centrale nella categoria dei beni destinati a servizio pubblico, ed è altresì nozione essenziale per il modo in cui il sistema costruisce l'organizzazione giuridica dei mercati³³.

L'impossibilità di regolare l'accesso al bene attraverso il meccanismo del prezzo, nel togliere all'imprenditore ogni stimolo a produrlo, produce una situazione di

³³ CARDI, *La nozione di rete. Seminario reti europee*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 17; NAZZARO, *Natura giuridica del bene, proprietà pubblica e monopolio*, in DI RAIMO e RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2007, 91.

sostanziale fallimento del mercato, con ciò determinandosi in capo allo Stato l'onere di produrre il bene pubblico.

In definitiva, dunque, per bene pubblico si intenderà ogni utilità economica, ogni bene materiale od immateriale, utilizzato nella produzione di un servizio pubblico o nell'esercizio di un potere autoritativo, a prescindere dalla natura pubblica o privata del proprietario³⁴.

In questo contesto definitorio, compito del giurista è quello di indicare le misure legislative tali da garantire, attraverso adeguate misure di regolazione, una risposta soddisfacente alla domanda di protezione altrimenti offerta avocando alla mano pubblica, mediante costituzione di monopoli pubblici di beni pubblici, i beni funzionali all'erogazione del servizio o allo svolgimento della funzione.

Le ragioni per le quali di regola è lo Stato proprietario dei beni di cui fa uso o di quelli concessi a terzi in uso sono da ricercarsi nella storia delle istituzioni dell'economia pubblica e delle politiche pubbliche.

Il diritto di proprietà è suscettibile di essere acquistato e detenuto indifferentemente dalle persone fisiche o dalle persone giuridiche, e tra queste ultime da quelle private come da quelle pubbliche.

In ambito nazionale, il riferimento costituzionale alla proprietà pubblica sottintende la specialità del regime dettato per i beni appartenenti allo Stato e agli altri enti pubblici. Se la proprietà privata è soggetta ai limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti, per la proprietà pubblica questi caratteri sono per definizione indefettibili, infatti il codice civile, per quanto dedichi una trattazione asistemica e frammentaria alla disciplina dei

³⁴ ROTIGLIANO, *Beni pubblici, reti e la dottrina delle essential facilities*, in *Dir. Amm.*, 4/2006, 967.

beni pubblici, stabilisce che i beni del demanio naturale sono sottoposti di regola ad una *proprietà pubblica collettiva*. I beni del patrimonio indisponibile sono destinati ad un pubblico servizio (art. 826, comma 3 c.c.).

Quando le *utilities* sono erogate in regime di monopolio è la legge (art. 2597 c.c.) a garantire il diritto dell'utente di accedere al servizio (e quindi alla rete) a condizioni eque e non discriminatorie.

Sotto il profilo della norma o del principio che obblighi il proprietario del bene a concedere a terzi il diritto di goderne o di utilizzarlo per finalità di pubblico interesse, il tema del conflitto tra proprietà pubblica e privata, non può però essere soddisfatto dal solo dato positivo che garantisce l'accesso al cliente finale.

Il tema centrale, nel contesto di uno studio sull'impatto della regolazione ai fini della promozione della concorrenza nei servizi a rete, è quello dei rapporti tra imprese concorrenti.

Il discorso, in altri termini, deve essere orientato in direzione della ricerca di norme che garantendo talune misure pro-concorrenziali, farebbero venir meno molte degli impedimenti all'alienazione in blocco dei beni pubblici.

Si pensi al proprietario della rete, quando sia contemporaneamente, direttamente o tramite una società controllata, fornitore del servizio pubblico: in questa situazione, esso tenderà fisiologicamente a massimizzare le rendite monopolistiche derivanti dalla proprietà dell'infrastruttura, ad esempio limitando l'accesso di terzi, anche mediante condizioni contrattuali asimmetriche e differenziate rispetto a quelle praticate per sé, ovvero ritardando una seria politica di investimenti infrastrutturali e tecnologici nella rete.

4.1. – I servizi a rete.

Con l'espressione servizi a rete possono essere definite le fasi delle filiere industriali in cui si articolano i mercati dei servizi pubblici per la cui erogazione la presenza di una rete risulta tratto caratterizzante ed imprescindibile.

Esistono due tipi di reti, cui corrispondono due diverse tipologie di interventi pro-concorrenziali.

Il primo riguarda il caso in cui la rete sia facilmente duplicabile. In questo caso non si pongono esigenze di limitazione del diritto del proprietario sui singoli punti della rete.

Tuttavia, non sempre è possibile duplicare la rete, potendo sussistere in tal senso ragioni impeditive di carattere scientifico e tecnologico, esternalità negative, eccessiva onerosità, riserva legale allo Stato e, quindi, condizione di monopolio legale. In tali casi, l'accesso alla rete deve essere garantito a tutti i competitori.

A questi due tipi di reti corrispondono due diversi modelli di concorrenza: *inter-system competition* e *intra-system competition*³⁵, locuzioni che alludono, nel primo caso, al fatto che i concorrenti offrono servizi alternativi tra loro (automobili, telefoni cellulari), nel secondo ciascun operatore offre un bene od un servizio che appartiene ad un unico *network* (servizi aerei, ferroviari).

Questa dicotomia non corrisponde a quella tra concorrenza *nel* mercato e concorrenza *per* il mercato, differenza che si coglie non nel dato unificante della presenza di una sola rete per entrambi, ma nella differenza che nel secondo caso anche l'imprenditore che fornisce il servizio è uno e la competizione si sposta dal confronto concorrenziale per l'erogazione agli utenti di quel servizio alla

³⁵ Diffusamente R. ROTIGLIANO, *Beni pubblici, reti e la dottrina delle essential facilities*, in *Dir. Amm.*, 4/2006, 967.

competizione per assumere il ruolo di operatore unico per l'erogazione di quel servizio su quel dato mercato.

I benefici di una rete sono tanto maggiori quanto più è aperta una rete, ciò è senz'altro vero nel settore delle telecomunicazioni, mentre per altri servizi il rischio di congestione è suscettibile di paralizzare il servizio.

Ciò posto, va rilevato come le normative di liberalizzazione tendono ad imporre ai gestori degli impianti due ordini di obblighi: da un lato, garantire il corretto funzionamento dei sistemi di loro competenza, anche mediante l'obbligo di scambiare le necessarie informazioni, nonché il relativo sviluppo in termini economicamente accettabili; dall'altro, garantire l'accesso imparziale a ciascun sistema astenendosi dal porre in essere discriminazioni tra utenti e categorie di utenti, nonché fornendo agli stessi tutte le informazioni necessarie a consentire l'accesso in modo efficiente.

Tali obiettivi sono perseguiti attraverso disposizioni analitiche ed incisive riguardanti l'accesso regolato (*third party access*), gli obblighi di separazione (cd. *unbundling*) e l'implementazione di funzioni e poteri alle autorità di regolamentazione.

La legislazione nazionale e comunitaria che ha interessato negli ultimi anni lo specifico settore delle Telecomunicazioni in chiave pro-concorrenziale e con l'obiettivo dichiarato di liberalizzarne i mercati, si è ispirata, a tre principi classici fondamentali³⁶:

- i. la previsione di un obbligo di accesso regolamentato alle reti di trasporto e distribuzione (cd. *third party access*);

³⁶ Ampiamente, sul rapporto tra regolazione *ex ante* e vigilanza *antitrust ex post* in, CINTIOLI, *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Relazione al convegno "Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza", Firenze, Palazzo Incontri, 5 maggio 2006, Fondazione Cesifin Alberto Predieri.

- ii. l'introduzione di tariffe di accesso regolamentate;
- iii. l'imposizione di misure di separazione tra le attività deputate al funzionamento della rete e le altre attività economiche della filiera, secondo le differenti progressioni della separazione contabile, societaria, gestionale e proprietaria (cd. *unbundling*);

4.2. – *L'accesso regolato (third party access). Cenni sulla dottrina delle essential facilities.*

Tra le principali misure di liberalizzazione e di promozione della concorrenza nei servizi a rete, viene in rilievo l'applicazione generale del principio dell'accesso ai terzi³⁷.

La dottrina gius-economica delinea due tipologie del principio: accesso negoziato, ossia basato su condizioni contrattuali flessibili stabilite tra l'impresa che offre il servizio di rete e le imprese che accedono; e accesso regolato, ossia fondato su termini, criteri e tariffe preventivamente stabilite e pubblicate, fissate dalle autorità di regolazione, che i gestori sono tenuti ad applicare in modo obiettivo e senza discriminazioni a tutti gli utenti.

Occorre, poi, effettuare una distinzione tra l'accesso alle cosiddette *essential facilities* e le cosiddette *bottle neck facilities*, ossia tra i segmenti di mercato caratterizzati o meno da condizioni di monopolio naturale per le quali è impossibile per un nuovo entrante costruire una propria rete perché sarebbe antieconomico e sostanzialmente non sostenibile. Nella filiera industriale in cui si articola il mercato delle telecomunicazioni, sono *essential facilities* le reti di trasporto e di distribuzione.

³⁷ CAVALIERE, *La nozione di rete*, in *Serv. Pubbl. e appalti*, n. 1/2005, 7 ss.; AICARDI, *Energia*, in CHITI - GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 1007.

L'accesso degli utenti alle *essential facilities* alle condizioni regolate non può, salvo deroghe espressamente tipizzate dalle normative di settore, essere rifiutato. L'*essential facilities doctrine* (EFD)³⁸, di origine nordamericana, è una teoria giuridica che può essere racchiusa nel concetto per cui, a certe condizioni, il rifiuto di concedere ad altri il diritto di uso di un bene (*refuse to deal*) è qualificato alla stregua di una strategia di monopolizzazione del mercato e dunque sanzionabile come fattispecie riconducibile all'abuso di posizione dominante³⁹. Finalità della dottrina in questione è quella di coniugare l'interesse privato del monopolista proprietario dell'infrastruttura, con quello pubblico connesso al cd. *third party access*, ossia al diritto di altri imprenditori di concorrere in un mercato, quale quello dei servizi a rete, per i quali la disponibilità della stessa è condizione indispensabile.

³⁸ Sul punto, dottrina giuridica ed economica vastissima SIRAGUSA, *Le essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, 1998, 146; BERTI, *Le essential facilities nel diritto della concorrenza comunitario*, in *Conc. Mercato*, 1998, 335; TOFFOLETTI, *La nozione di essential facility*, in *Conc. Mercato*, 1998, 329; VASQUES, *Essential facilities doctrine: dalla giurisprudenza statunitense alle norme comunitarie e nazionali sull'abuso di posizione dominante*, in *Conc. Mercato*, 1998, 443; BRUTI LIBERATI, *Le scelte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato tra tecnica e politica: il caso delle essential facilities*, in *Conc. Mercato*, 1998, 449; BASTIANON, *A proposito della dottrina delle essential facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica?*, in *Mercato concorrenza e regole*, 1999, 149; NIZI, *Dalla teoria del monopolio naturale alla essential facilities doctrine: nuove forme di regolazione nel settore dell'energia*, in AMMANNATI (a cura di), *Monopolio e regolazione pro concorrenziale nella disciplina dell'energia*, 2006.

³⁹ Il più significativo precedente giurisprudenziale è rappresentato dal caso *Terminal Railroad Association* del 1912, nel quale la Corte Suprema dichiarò contrario alla Sezione Seconda dello *Sherman Act* (che proibisce l'abuso sotto qualsiasi forma della posizione dominante acquisita legalmente o in via di fatto su un mercato) il rifiuto da parte di imprese ferroviarie proprietarie della rete e di alcune stazioni di concedere ad altri imprenditori il diritto di utilizzare quella rete per fornire servizi di trasporto merci e persone. A seguire, il caso *Otter Tail*, relativo al rifiuto di una società di distribuzione di energia elettrica di rivenderla ad una municipalizzata che l'avrebbe a sua volta fornita ai clienti finali, così facendo concorrenza alla monopolista nel mercato a valle. Ampiamente in ROTIGLIANO, *cit.*, 953 ss.

Il rischio, ravvisato puntualmente dalla dottrina, è che tale sforzo possa tradursi nel disincentivo per gli operatori a massimizzare la propria posizione per non incorrere nella limitazione all'utilizzo dell'infrastruttura. Per scongiurare tale rischio, che configurerebbe una sorta di esproprio ai danni dei proprietari delle *facilities* esistenti, si ammette che la limitazione al diritto di proprietà possa sussistere soltanto al ricorrere di talune condizioni.

Innanzitutto, l'eccezionalità dei casi in cui è ipotizzabile la concessione coattiva dell'uso dell'infrastruttura. In secondo luogo, la caratteristica intrinseca della essenzialità della rete all'erogazione del servizio, condizione, questa, che ricorre allorquando il bene costituisca un punto dal quale necessariamente passare, e l'accesso alla rete sia indispensabile ai fini della concorrenza nel mercato⁴⁰.

⁴⁰ Secondo un orientamento condiviso, per attribuire ad un *asset* il carattere di *essential facility* debbono ricorrere congiuntamente le seguenti condizioni: condivisibilità; non sostituibilità ("essenzialità"); non duplicabilità e, come conseguenza, dominanza da parte del soggetto che le controlla. Per condivisibilità si intende la possibilità che l'infrastruttura sia utilizzata in contemporanea da più operatori (dal gestore e dai suoi concorrenti, in caso di integrazione verticale); in questo caso il rifiuto dell'accesso da parte del gestore deve essere giustificato da ragioni "oggettive". Prescindendo da quelle strettamente tecniche (ad esempio, particolari specifiche tecniche o la non inter-operabilità fra reti), altre ragioni opponibili all'accesso sono oggetto di discussione, con prevalente riferimento al caso di soggetti verticalmente integrati che, gestendo in esclusiva l'infrastruttura ma competendo con altri sul mercato a valle, possono avere interesse a negare l'accesso. Debbono, dunque, sussistere valide ragioni economiche per il rifiuto a contrarre. Orbene, escluso che la motivazione possa consistere nel *foreclosure* in sé dei concorrenti, occorre valutare le altre ragioni che possono essere considerate valide. Si pensi alla congestione. Un certo grado di congestione delle infrastrutture di trasporto è fisiologico e positivo (è raccomandato dalla Commissione europea), posto che sarebbe inefficiente dimensionare la capacità sui picchi di traffico; ne segue che la condivisione con nuovi operatori, su basi non discriminatorie, in una certa misura inevitabilmente spiazza l'*incumbent*. Nel caso dei diritti speciali, posto che in presenza di congestione è legittimo riconoscere all'*incumbent* verticalmente integrato un diritto di precedenza nell'uso della sua infrastruttura, la risposta può variare a seconda dell'interesse generale che si intende tutelare. Escluso che questo diritto possa poggiare sulla necessità di ripagamento dell'investimento nella rete (se il prezzo di accesso è corretto il ritorno è garantito, chiunque la utilizzi), due sono i problemi: il ripagamento dell'investimento nei servizi finali, che l'*incumbent* potrebbe aver realizzato nell'assunzione di poter fornire il mercato finale per tutta la capacità che la sua rete gli avrebbe permesso; questo argomento ha la sua presa, soprattutto a seguito di processi di privatizzazione avvenuti in presenza di una regolamentazione

Inoltre, l'accesso di altri operatori deve produrre l'effetto di incrementare la concorrenza, riducendo correlativamente il prezzo ovvero aumentando la produzione o l'innovazione tecnologica. Tale condizione viene esclusa nel caso in cui il richiedente miri a sostituirsi al monopolista concedente, ovvero quando il primo non entri in concorrenza con il secondo.

In estrema sintesi, il carattere dell'essenzialità della rete si ravvisa allorché, prescindendo del tutto dall'indagine soggettiva sulle intenzioni del monopolista, il controllo sulla rete renda di fatto impossibile l'accesso di altri concorrenti nel mercato, ossia quando il controllo sulla stessa rechi con sé il potere di eliminare la concorrenza.

Si tratta, quindi, di individuare un mercato rilevante, sia dal punto di vista merceologico che geografico, per accedere al quale si riveli indispensabile accedere all'infrastruttura. Caso emblematico, quello dei mercati verticalmente integrati in uno dei quali l'*incumbent* detenga una posizione di monopolio sulla quale può fare leva (effetto cd. *leverage*) per mantenere, consolidare od acquisire il monopolio sull'altro.

opaca – caso non infrequente da noi; gli effetti sull'incentivo a investire sulle reti. In tale ultimo caso, il regime di accesso può produrre effetti opposti sugli investimenti: in generale l'*open access* può ridurre l'incentivo ad investire nelle reti da parte sia dell'*incumbent* (perché investire per aprire il mercato ai concorrenti?) che dei nuovi entranti su reti alternative (perché fare investimenti rischiosi se è possibile utilizzare a buon mercato quelli realizzati da altri?); al tempo stesso, anche l'accesso condizionato da diritti di precedenza dell'*incumbent* può disincentivare quest'ultimo dall'investire, posto che l'aumento della capacità allenterebbe gli ostacoli all'entrata dei concorrenti. L'esistenza di obblighi di servizio pubblico può invece costituire senz'altro una valida ragione per "razionare" l'accesso a favore di chi ne è gravato; ciò sarebbe tuttavia conseguenza di una scelta a valle (sul mercato dei servizi) "traslata" su quello a monte dei servizi infrastrutturali; infatti l'esclusione dei concorrenti non sarebbe dall'uso della rete in sé, bensì dal mercato finale, nella misura in cui questo sia attribuito in regime di riserva; e ne sarebbe beneficiario l'operatore incaricato del servizio pubblico, indipendentemente dall'essere quello verticalmente integrato o un altro.

Nel diritto europeo e nella giurisprudenza comunitaria⁴¹, la traduzione dei principi della dottrina EDF è stata tipizzata nel precetto che obbliga a concedere l'uso, anche congiunto, della rete.

La posizione di preminenza detenuta dall'*ex* monopolista è stata neutralizzata per consentire alle altre imprese di competere in condizioni di sostanziale parità e nel caso in cui l'*ex* monopolista sia anche proprietario della rete, in un contesto di mercato aperto, la normativa comunitaria prescrive specifiche misure, tra le quali si annoverano, innanzitutto, l'obbligo di consentire l'accesso alla rete ai concorrenti nel mercato dei servizi a condizioni eque e non discriminatorie, ovvero misure strutturali quali gli obblighi di separazione, nonché profili di regolazione amministrativa quali la fissazione di tariffe da parte delle autorità indipendenti.

4.3. – *Le tariffe di accesso.*

La fissazione delle tariffe e le correlative condizioni tecniche per l'accesso sono stabilite dalle Autorità di regolazione e rappresentano le misure mediante le quali l'ordinamento conferisce effettività al principio del diritto di accesso dei terzi alle altrui infrastrutture.

La disciplina normativa stabilisce che le tariffe di accesso siano certe, trasparenti e non discriminatorie, al fine di consentire che le imprese che operano nel settore, possano conoscere in anticipo e con sicurezza il relativo ammontare e abbiano la

⁴¹ Per una analisi dell'applicazione della *essential facilities doctrine* nella giurisprudenza comunitaria e nelle decisioni della Commissione, MEGLIANI, *L'accesso alle infrastrutture*, in RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001, 61.

certezza di accedervi alle medesime condizioni di trattamento economico riservato alle eventuali altre imprese ad esse collegate⁴².

Le Autorità dispongono di un potere amministrativo di determinazione tariffaria⁴³, che risulta contenuta entro i limiti dell'imposizione ai gestori di pubblicare preventivamente le proprie tariffe e della garanzia di evitare comportamenti discriminatori, nel tentativo di contenere, e se del caso reprimere, la propensione dei gestori a massimizzare la propria condizione di monopolisti naturali attraverso la fissazione di tariffe eccessivamente elevate.

Tale funzione risulta dunque orientata ad evitare che la eccessiva onerosità delle tariffe di accesso all'infrastruttura incida negativamente sull'utenza gravando in misura eccessiva sul prezzo finale a danno degli utenti.

Al fine di inquadrare correttamente l'istituto della potestà di regolazione del prezzo di accesso da parte delle Autorità, e per esso il margine di effettiva autonomia ed indipendenza delle stesse dal potere politico e di governo, è opportuno affrontare il problema della natura giuridica delle scelte, eminentemente tecnica ovvero discrezionale, che l'ordinamento pone in capo alle autorità.

⁴² CARASSITI - LANZI, *Regolamentazione dell'accesso nei settori a rete: la tariffazione delle essential facilities in Italia*, in *Econ. Pubbl.*, 2002, 5, 93; NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001.

⁴³ Sul tema, BOSCOLO, *le telecomunicazioni in Italia alla ricerca della concorrenza*, in FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000.

Tale indagine risulta essenziale sia nella direzione di chiarire il ruolo e la funzione di autorità di regolazione nonché per dirimere il tema dei limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti delle stesse⁴⁴.

Nella maggior parte delle discipline si prevede che nella fissazione delle tariffe sia stabilito in ogni caso, per tutte le tipologie di infrastrutture, una remunerazione congrua del capitale investito. Le tariffe, inoltre, devono essere tali da non pregiudicare le aree del Paese con minori dotazioni infrastrutturali e sono solitamente sottoposte ad un meccanismo di revisione tariffaria basato sul cd. *price cap*. In ogni caso è previsto il principio generalissimo secondo cui le tariffe devono assicurare la qualità, l'efficienza del servizio e l'adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale, nonché la realizzazione degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse, specificando di tenere separato dalla tariffa qualsiasi tributo o onere improprio.

Al di fuori, dunque, di indicazioni univoche desumibili dal dato positivo, l'accertamento può avvenire sulla base di una analisi dell'attività svolta in concreto dal regolatore.

In definitiva, nell'esercitare la sua potestà tariffaria, il regolatore dispone di un margine di discrezionalità che incontra limiti riconducibili a taluni principi elaborati in sede giurisdizionale⁴⁵, quali la partecipazione dei destinatari dei provvedimenti ai procedimenti sanzionatori ovvero, nell'applicazione del calcolo

⁴⁴ Sulle Autorità indipendenti, in generale, e sui limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità in particolare, bibliografia sterminata. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Roma 2001, 11.

⁴⁵ Sul punto, in particolare per quanto concerne l'annullamento del giudice amministrativo di provvedimenti tariffari adottati al di fuori di un effettivo coinvolgimento e partecipazione dei destinatari del provvedimento, Tar Lombardia, Milano, II sez., 19.12.2002, n. 171; Tar Lombardia, Milano, II sez., 28.06.2005, n. 3478; Cons. St. sez. VI, 9.7.2002, n. 5105.

tariffario, il principio del necessario riferimento ai costi effettivamente sostenuti dalle imprese interessate⁴⁶.

4.4. – *La separazione (cd. unbundling).*

Altro principio portante di ogni disciplina di liberalizzazione dei servizi a rete è rappresentato dall'obbligo della separazione (cd. *unbundling*), nelle diverse gradazioni a cui si è accennato e di cui si dirà, tra proprietà della rete e gestione del servizio⁴⁷.

Tutte le misure di regolazione di settori a rete liberalizzati, dalle telecomunicazioni ai trasporti, ai mercati energetici, contengono norme finalizzate a consentire l'accesso alle infrastrutture essenziali a soggetti diversi da quelli che ne detengono la proprietà o la gestione. Ciò anche quando tali infrastrutture non costituiscono tecnicamente un monopolio naturale, ma ragioni di carattere economico o ambientale ne rendano diseconomica la duplicazione.

Le modalità per soddisfare l'utilizzo delle reti anche ai terzi sono riconducibili a due ordini di soluzioni, peraltro combinabili tra loro: la regolazione della condotta dei gestori dell'infrastruttura, ispirata a criteri di trasparenza, non discriminazione e pubblicità delle informazioni sulle condizioni obiettive di utilizzo; ovvero, soluzioni di tipo strutturale, quali l'obbligo in capo alle imprese integrate *ex monopoliste* di introdurre forme di separazione tra le attività connesse alla gestione delle infrastrutture da quelle relative alle attività di produzione e fornitura del servizio. Ciò, allo scopo di limitare ed eliminare la naturale

⁴⁶ Cons. St., sez. VI, 23 ottobre 2001, n. 567; Tar Lombardia, Milano, II sez., n. 6690/2001; Tar Lombardia, Milano, sez. II, n. 130/2003.

⁴⁷ Sulle diverse gradazioni del regime di separazione, CAROLI CASAVOLA, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2001, 469.

propensione del gestore dell'infrastruttura a favorire le imprese collegate o integrate⁴⁸.

La separazione, come anticipato, viene positivamente configurata secondo diverse gradazioni, più o meno penetranti⁴⁹.

La separazione può essere proprietaria, ossia è escluso in radice che le imprese attive nei settori della produzione o della fornitura del servizio possano detenere ovvero gestire le reti e le altre infrastrutture essenziali o strumentali; ovvero gestionale, nel senso che ad essere alle imprese verticalmente integrate è consentito mantenere la proprietà dell'infrastruttura ma non anche l'esercizio delle stesse; societaria, nel qual caso l'integrazione tra segmenti industriali di produzione e attività di gestione della rete è esclusa per la medesima società sebbene resti consentita per la holding; infine, solo contabile. –

La scelta tra le misure – più o meno incisive – di regolazione, sia a livello legislativo che amministrativo, attengono a profili di politica legislativa influenzati, come tali, da fattori di opportunità appunto politica ovvero di politica industriale, nonché di carattere economico e tecnologico.

⁴⁸ In argomento, DENOZZA e POLO, *Le reti*, in BRUTI LIBERATI e FORTIS, *Le imprese multi utility. Aspetti generali e prospettive dei settori a rete*, Bologna, 2001, 41; CAROLI CASAVOLA, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2001, 469; PROSPERETTI, *Benefici e costi di una separazione strutturale tra rete e servizio*, in *L'industria*, 2003, n. 2, 215; BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, 74; VETRO, *Il servizio pubblico a rete*, Torino, 2005.

⁴⁹ DENOZZA e POLO, *Le reti*, in BRUTI LIBERATI e FORTIS, *Le imprese multi utility. Aspetti generali e prospettive dei settori a rete*, Bologna, 2001, 50-51, secondo cui: "Quattro sono in particolare le soluzioni maggiormente utilizzate. 1. Separazione proprietaria tra rete ed altri segmenti: chi possiede e gestisce la rete non può partecipare ai segmenti liberalizzati. 2. Separazione gestionale della rete: la proprietà rimane in capo ad un soggetto che opera anche nei segmenti liberalizzati, ma la gestione della rete e delle condizioni di accesso viene conferita ad un soggetto diverso. 3. Separazione gestionale della rete dagli altri segmenti, in capo a una società dello stesso gruppo di quelle che operano nei mercati liberalizzati. 4. Separazione contabile della rete dagli altri segmenti, all'interno della stessa impresa verticalmente integrata."

L'ordinamento comunitario e nazionale delinea un sistema di regolazione frutto della combinazione di entrambe le descritte modalità, ossia di misure strutturali di separazione e misure di regolazione della condotta dei gestori.

Tra l'altro, è stato riscontrato che la separazione amministrativa e contabile non è di per sé sufficiente a garantire né l'assenza di sussidi incrociati, né la neutralità della gestione delle infrastrutture essenziali per la liberalizzazione, presupposto indispensabile al compiuto dispiegarsi della concorrenza.

Tale neutralità può essere assicurata solo attraverso la terzietà della gestione sia delle infrastrutture medesime sia delle informazioni derivanti dai servizi di misura. Questo obiettivo potrebbe essere efficacemente realizzato, in particolare per le attività di trasporto e di stoccaggio del gas, attraverso la separazione proprietaria, nei termini in cui l'Autorità ha più volte indicato in apposite segnalazioni al Parlamento e al Governo.

5. – La di preferenza per la “facility based competition” nel settore delle Telecomunicazioni.

Con riferimento allo specifico settore delle Telecomunicazioni, va rilevato come, anche in ottica comparatistica, il modello di concorrenza, verso il quale gli odierni sistemi di regolazione delle comunicazioni elettroniche tendono, è, almeno nei programmi di lungo periodo, quello della c.d. *facilities-based competition*, e cioè una competizione fondata, per quanto possibile, sulla costruzione di reti alternative a quelle dell'*incumbent* ⁵⁰.

⁵⁰ In tal senso la IX Relazione del 19.11.2003 della Commissione europea sull'attuazione del quadro normativo per le comunicazioni elettroniche nella UE, dove si legge che l'approccio regolamentare definito dalle direttive “*dovrebbe stimolare la concorrenza a livello di reti e di piattaforme*” Negli USA i commissari della *FCC* hanno più volte che sebbene il *Telecommunication Act* del 1996 contempra come possibile strategia di ingresso sul mercato anche

E' stata dunque rifiutata la scelta alternativa, cioè quella di creare un *common carrier*, con la funzione di offrire un'unica infrastruttura di rete ad una pluralità di operatori, concorrenti nel campo dei servizi.

La scelta compiuta implicata una preferenza per la figura dell'operatore verticalmente integrato, in grado di fornire servizi infrastrutturali ad altri operatori del settore, ma anche servizi di comunicazione ai consumatori finali. Tale scelta non può peraltro impedire l'esistenza di operatori specializzati nella fornitura di sole reti o di soli servizi. La tensione, e i conflitti d'interessi, fra operatori verticalmente integrati e operatori specializzati, diviene così una delle caratteristiche strutturali del settore.

Alla base della scelta politico-legislativa della *facility-based competition* vi è stata, anzitutto, la convinzione che, nel campo delle comunicazioni elettroniche, il costo degli investimenti per la costruzione di reti alternative non è proibito, a differenza di altri settori, in cui può parlarsi di monopolio naturale (per esempio: autostrade, ferrovie, trasmissione dell'energia elettrica).

Una *facilities-based competition* da luogo, certamente, ad un oligopolio naturale (perché gli investimenti per la costruzione di una rete rimangono, in ogni caso, impegnativi), ma è apparsa preferibile, al fine di creare una concorrenza stabile e dinamica.

L'alternativa di lasciare una situazione di monopolio/pubblico servizio per la fornitura di reti avrebbe infatti frenato la concorrenza e l'innovazione proprio in un campo, quale quello delle tecnologie di rete, in cui le trasformazioni sono state enormi, e sono ancora, per larga parte, imprevedibili.

la *service-based competition* l'attività regolatoria dovrebbe mirare nel lungo periodo ad instaurare una *facility-based competition*.

Naturalmente, la scelta di cui si tratta ha comportato anche il sacrificio di legittime aspettative, quali quelle di tanti potenziali piccoli operatori, che avrebbero potuto proficuamente operare come rivenditori di traffico, utilizzando esclusivamente reti altrui.

Questo fenomeno è stato particolarmente evidente nel campo delle comunicazioni mobili, ove è stato frenato, almeno in Italia, dalle scelte regolatorie anche se va riconosciuto che, nel settore della telefonia fissa, ove la preesistenza di grandi reti nazionali di proprietà dell'*incumbent* ha indotto i regolatori ad ammettere sin dall'inizio anche una *service-base competition*, molti operatori nuovi entranti si sono adatti ad un ruolo di *reseller*, senza realmente contrastare il ruolo egemone dell'*ex-monopolista*.

In definitiva, libertà d'accesso in tutti i segmenti dei mercati, presenza di una regolazione pro-competitiva, tendenzialmente transitoria, affidata ad autorità di settore, e parallela applicazione del diritto generale *antitrust*, rappresentano gli elementi che, a distanza di molti anni dall'avvio delle politiche di liberalizzazione, caratterizzano i moderni sistemi di regolazione delle telecomunicazioni.

CAPITOLO III

L'ABUSO DI POSIZIONE, IL RIFIUTO DI CONTRARRE E LA *ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE* NEI SISTEMI EUROPEO E NORDAMERICANO

1. – Premessa 2. – Il rifiuto di contrarre con clienti esistenti, con effetto escludente “diretto” ed “indiretto” 3. – Il rifiuto di contrarre con nuovi clienti. 3.1. – I prodromi della dottrina delle “essential facilities” in Europa 3.2. – La dottrina delle “essential facilities” nell’esperienza della giurisprudenza americana 3.3. – La dottrina delle “essential facilities” nel diritto comunitario, nelle decisioni della Commissione e nella giurisprudenza comunitaria 4. – Comparazione tra approccio nordamericano ed europeo nei confronti della dottrina delle “essential facilities” 5. – Il contributo della dottrina delle “essential facilities” nel processo di liberalizzazione dei mercati.

1. – Premessa.

Una volta analizzate le scelte politiche che hanno portato all’introduzione, nei differenti sistemi giuridici, di norme atte a favorire la regolazione pro-concorrenziale, è importante esaminare nel dettaglio quali siano i comportamenti e le pratiche poste in essere dalle imprese che rientrano nel campo di applicazione della disciplina *antitrust*, e che hanno portato a riconoscere l’esigenza di garantire l’accesso all’uso delle infrastrutture quale corollario della *essential facilities doctrine*, dalla quale deriva l’obbligo a contrarre ed il diritto di accesso alle reti.

Come si vedrà, infatti, l’*essential facilities doctrine* non esaurisce il problema del legittimità o meno del rifiuto di contrarre, ma ha contribuito nel tempo alla elaborazione dottrinarie e all’*enforcement* regolatorio, tentando di codificare le condizioni per le quali il rifiuto opposto può essere considerato abuso di posizione dominante.

Per quanto di interesse, fra le ipotesi lesive della concorrenza è annoverato l'uso abusivo del proprio potere di mercato ponendo in essere pratiche tese all'esclusione o a danneggiare i propri concorrenti per conquistare ulteriori quote di mercato, tali comportamenti sono comunemente definiti abuso di posizione dominante.

Il concetto di posizione dominante viene ricondotto al grado di indipendenza raggiunto dall'impresa sul mercato. Questo è idoneo a generare una posizione dominante quando le consente di assumere comportamenti, come, ad esempio, una riduzione ingiustificata della quantità di beni offerti o prezzi eccessivi rispetto alla qualità del bene, indipendentemente da quelle che potrebbero essere le reazioni, sia dei concorrenti che dei consumatori.

A differenza di quanto previsto dalla normativa americana, va detto che in ambito Comunitario ciò che rileva non è il raggiungimento di una posizione dominante di per sé, ovvero se ciò è dovuto alla crescita dell'impresa grazie alle capacità degli imprenditori e non mediante acquisizioni o fusioni, ma un uso distorto del potere di mercato acquisito in virtù della posizione di predominanza economica, finanziaria o strutturale dell'impresa.

Lo sfruttamento abusivo si esercita per mezzo di comportamenti posti in essere dall'impresa medesima fra cui i principali consistono nell'imposizione, diretta o indiretta di prezzi di acquisto, di vendita o di altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, nell'impedire o limitare la produzione, gli sbocchi, l'accesso al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico a danno dei consumatori; nell'applicazione nei rapporti commerciali di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti; nel subordinare la conclusione

dei contratti all'accettazione di alcune condizioni che non hanno alcuna connessione con l'oggetto degli stessi.

Tra le fattispecie di abuso di posizione dominante ha attirato, in particolare, l'attenzione della dottrina e della prassi il cd. "rifiuto di contrarre" o "di contrattare" (in inglese, "*refusal to deal*" o "*refusal to supply*").

Per inquadrare i tratti caratterizzanti di tale pratica è necessario premettere che anche il sistema di diritto della concorrenza – salvo rare eccezioni, come quelle dei *regulated sectors* – riconosce ad ogni impresa la libertà di scegliere i propri *partners* commerciali. Di conseguenza, ogni impresa è libera di decidere autonomamente, nel perseguimento delle proprie strategie di mercato, con quali controparti negoziare e concludere contratti, per quali prodotti o servizi, per quali quantità e per quale durata⁵¹.

Tale libertà subisce tuttavia una limitazione per l'impresa in posizione dominante. Infatti, la speciale responsabilità quanto al mantenimento di un certo grado di concorrenzialità nel mercato che spetta alle imprese dominanti comporta che, in presenza di determinate condizioni, sia loro imposto l'obbligo di contrarre anche con soggetti con cui, in assenza di tale costrizione, non avrebbero contrattato.

Conseguentemente, il rifiuto di concludere un contratto, che sarebbe del tutto legittimo se opposto da una qualsiasi impresa sul mercato, può integrare i tratti

⁵¹ In ambito comunitario cfr. Tribunale di primo grado, 26 ottobre 2000, *Bayer AG c. Commissione*, caso T-41/96, in Racc. 2000, II-3383 (la sentenza è stata impugnata davanti alla Corte di giustizia la quale ha rigettato il ricorso con provvedimento 6 gennaio 2004, *BAI c. Bayer e Commissione*, cause riunite C-2 e 3/01, in Racc. 2004, I- 23), par. 180 : "*la giurisprudenza della Corte riconosce indirettamente l'importanza della tutela della libertà d'impresa nell'applicazione delle regole in materia di concorrenza del Trattato allorché ammette espressamente che anche un'impresa in posizione dominante può, in determinati casi, rifiutarsi di vendere o mutare la sua politica di consegna o d'approvvigionamento senza cadere nel divieto dell'art. 86 (ora 82, n.d.a.)*". A questo riguardo, v. SUBIOTTO, O'DONOGHUE, *Defining the scope of the duty of dominant firm to deal with existing customers under article 82 EC*, in *European Competition Law Review*, 2003, p. 683 ss., spec. 683.

dell'abuso vietato, in ambito comunitario, dall'art. 82 TCE, se opposto dall'impresa dominante.

D'altra parte, proprio perché determina un'evidente limitazione alla libertà di iniziativa economica delle imprese, si ritiene che l'obbligo di contrarre possa trovare applicazione solo in ipotesi eccezionali, quando cioè sia necessario per garantire la concorrenzialità del mercato di riferimento a tutela del benessere della collettività e dei consumatori.

Accanto alla figura più classica del rifiuto di contrarre puro, che può avere ad oggetto rispettivamente la somministrazione di beni o servizi, la fornitura di informazioni, la concessione di licenze o dell'accesso ad infrastrutture essenziali, sono fatte rientrare nell'ambito di questa fattispecie abusiva anche le condotte con cui l'impresa dominante accetta di concludere un contratto a condizioni tali da risolversi di fatto in un rifiuto di negoziare: si pensi ai casi di un'impresa che proponga di concludere un contratto sul presupposto di svolgere un controllo sulla destinazione del prodotto finito⁵², oppure a condizioni inique o discriminatorie⁵³, o, infine, sulla base di vincoli che sa essere inaccettabili per la controparte⁵⁴.

⁵² Commissione CE, *Polaroid c. SSI Europe*, in *XIII Relazione sulla politica di concorrenza*, 1984, p. 95, dove la Commissione ha ritenuto equivalente ad un rifiuto di contrarre l'atteggiamento di *Polaroid* che, temendo l'esportazione parallela di suoi prodotti, forniva il materiale richiesto a *SSI* a condizione di conoscere la destinazione dei beni o l'identità dei clienti finali.

⁵³ Commissione CE, caso IV/28.841, *ABG/Oil Companies*. La discriminazione nelle forniture resa inevitabile dalla crisi petrolifera è stata comunque considerata giustificata, e quindi non abusiva, dalla Corte di giustizia (v. caso C-77/77, *BP c. Commissione*) V. anche 27 agosto 2003, *GVG/FS*, caso COMP/37.685, par. 123, dove un ingiustificato ed indebito ritardo a riscontrare una richiesta di accesso è stato considerato equivalente ad un rifiuto di contrarre.

⁵⁴ Commissione CE, caso IV/M. 30.178, *Napier Brown/British Sugar*, par. 61, nel quale *British Sugar* è stata condannata, tra l'altro, per aver risposto ad una richiesta di *Napier Brown* per 30.000 tonnellate di zucchero industriale con l'offerta di 30.000 tonnellate di zucchero a grana speciale ad un prezzo talmente elevato da renderne impossibile l'utilizzo da parte di *Napier Brown*. Si veda anche Corte di giustizia, 3 ottobre 1985, *Centre Belge d'études de marché (CBEM) c. Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (CLT) e Information Publicité Benelux (IPB)*, (cd. sentenza "Télémarketing"), causa C- 311/84, in *Racc.* 1985, 3261: il caso *Télémarketing, leading case*

Concentrandosi sul rifiuto di contrarre puro, va precisato che la prassi, soprattutto comunitaria, fa una distinzione tra tipologie di rifiuto in funzione della relazione esistente tra l'impresa dominante che oppone il rifiuto e l'impresa destinataria dello stesso. Si differenziano così i casi di rifiuto di contrarre dell'impresa dominante diretto a clienti già esistenti, normalmente affrontati dalla giurisprudenza più risalente, dai casi di rifiuto rivolto a clienti nuovi, oggetto dell'attenzione delle autorità a partire dagli anni novanta del secolo scorso. Il diverso approccio riguardo a queste due tipologie di abusi non solo riflette le differenze di fattispecie oggetto dei singoli giudizi, ma è altresì espressione dell'evoluzione interpretativa degli strumenti e delle finalità di politica di concorrenza nell'ambito dello sviluppo del mercato comune.

2. – Il rifiuto di contrarre con clienti esistenti, con effetto escludente “diretto” ed “indiretto”.

I casi di rifiuto di contrarre con clienti già esistenti rientrano tra le fattispecie abusive aventi finalità di esclusione. Per natura, il rifiuto di contrarre è attuato nei confronti di un soggetto verticalmente collegato all'impresa dominante che chiede accesso al prodotto o al servizio offerto da quest'ultima.

Nella maggior parte delle ipotesi, l'impresa destinataria del rifiuto di contrarre è proprio il soggetto che l'impresa dominante vuole escludere dal mercato, anche se non mancano casi in cui il rifiuto è rivolto ad un'impresa che non costituisce il reale obiettivo dell'impresa dominante, la cui azione è destinata ad eliminare indirettamente dal mercato di riferimento un soggetto terzo.

nell'ambito della fattispecie abusiva del rifiuto di contrarre, infatti, non è un caso di rifiuto di contrarre puro.

Il primo genere di rifiuto è diretto a indebolire la concorrenza in un mercato posto a valle rispetto a quello in cui l'impresa detiene la posizione dominante e che quest'ultima intende monopolizzare o riservare ad una propria consociata; appartengono a tale genere, i casi in cui un'impresa dominante sul mercato di una risorsa indispensabile per la produzione o l'offerta di un bene secondario (ad es. materie prime, pezzi di ricambio, elementi complementari) rifiuti di cedere tale risorsa al produttore o fornitore di tale secondo prodotto, con l'obiettivo di integrarsi verticalmente.

Il secondo tipo di rifiuto, pur operando formalmente nei confronti di un soggetto attivo a valle, è invece destinato a pregiudicare la concorrenza nel medesimo mercato in cui l'impresa è già *leader*, eliminando da questo i concorrenti orizzontali dell'impresa dominante.

La prima tipologia di condotte può qualificarsi come rifiuto di contrarre avente un effetto escludente "diretto", la seconda come rifiuto di contrarre avente un effetto escludente "indiretto"⁵⁵.

In sede comunitaria, la prima pronuncia che ha qualificato come quale pratica abusiva vietata ai sensi dell'art. 82 TCE un rifiuto di fornire opposto ad un cliente è *Commercial Solvents*⁵⁶. In questo caso si era in presenza del rifiuto opposto dal gruppo farmaceutico statunitense *Commercial Solvents*, per il tramite della propria

⁵⁵ Appartengono alla prima categoria le fattispecie esaminate nei casi *Commercial Solvents*, *Hugin*, *Napier Brown* e, con riferimento allo specifico rifiuto di fornire servizi, il caso *Télémarketing*. Sono annoverate nella seconda, invece, le fattispecie esaminate nei casi *United Brands* (dove l'abuso è esercitato nei confronti della concorrenza attuale) e *BBI/Boosey and Hawkes* (abuso nei confronti della concorrenza potenziale). Fornisce una breve rassegna di una parte di tale giurisprudenza, SUBIOTTO, *The right to deal with whom one pleases under EEC competition law: a small contribution to a necessary debate*, in *European Competition Law Review*, 1992, p. 234 ss, spec. 234-237.

⁵⁶ Vedi casi C-6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione*, cit., che ha confermato la decisione della Commissione CE, 14 dicembre 1972, *Zoja c. Istituto Chemioterapico Italiano – Commercial Solvents*, caso IV/26.911.

controllata italiana ICI, Istituto Chemioterapico Italiano, di continuare a fornire nitropropano e aminobutanolo, materie prime nella cui produzione deteneva una posizione dominante, alla *Zoja*, che le utilizzava per la produzione di etambutolo, prodotto derivato adottato nella terapia della tubercolosi polmonare. La decisione di ICI di limitare e poi cessare del tutto le forniture a *Zoja* era stata presa in concomitanza con la scelta di *Commercial Solvents* di avviare la preparazione e vendita in proprio dell'etambutolo e aveva evidentemente lo scopo di facilitare il proprio ingresso sul mercato dei prodotti finiti. La Corte di giustizia ha ritenuto che *“il detentore di una posizione dominante sul mercato delle materie prime che, nell'intento di riservare tali materie prime alla propria produzione di prodotti finiti, rifiuti di rifornire un proprio cliente, anche esso fabbricante di prodotti finiti, con il rischio di eliminare del tutto dal mercato il cliente e concorrente, ai sensi dell'art. 86 (ora 82, n.d.r.) sfrutta in modo abusivo la propria posizione dominante”*⁵⁷.

Da ciò si desume che il rifiuto di proseguire nelle forniture ad un cliente esistente opposto da un'impresa dominante nel mercato della materia prima può integrare un abuso qualora sia il risultato della volontà di entrare nel mercato a valle e rischi di eliminare la concorrenza su tale mercato da parte di quel concorrente. La Corte non fa nessun riferimento alla situazione concorrenziale generale del mercato del

⁵⁷ Cfr. casi C-6 e 7/73, *Commercial Solvents*, cit., par. 25. Una vicenda simile si è riproposta di recente nel caso deciso con la sentenza Corte di giustizia, 16 settembre 2008, *Sot. Lélos kai Sia EE e a. c. GlaxoSmithKline AEVE*, cause riunite da C-468/06 a C-478/06, non ancora pubblicata in Raccolta (v. i riferimenti al dispositivo in G.U.U.E., 22 novembre 2008, C 301, pp. 6-7). In tale ultimo caso, la *GlaxoSmithKline* (GSK) aveva interrotto le forniture di alcuni farmaci a dei grossisti greci con il proposito di riorganizzare la distribuzione di detti farmaci attraverso il proprio distributore in Grecia. Dopo alcuni mesi, la GSK aveva ripreso le forniture, anche se in quantità limitata (cfr. spec. par. 34, dove la sentenza *Commercial Solvents* è espressamente richiamata dalla Corte).

prodotto finito o ad eventuali efficienze e vantaggi che l'integrazione verticale di *Commercial Solvents* avrebbe potuto produrre nel mercato a valle.

Tale argomentazione è ripresa in un caso molto simile, noto come *Hugin*⁵⁸. *Hugin*, produttrice di registratori di cassa e dominante nel mercato dei pezzi di ricambio originali a marca *Hugin*⁵⁹, aveva rifiutato di continuare a fornire questi ultimi a *Liptons*, ed in generale ai distributori indipendenti, allo scopo di riservare ai distributori ufficiali della casa madre la prestazione dei servizi di assistenza tecnica, manutenzione, riparazione, locazione e revisione dei registratori di cassa a marca *Hugin*. *Liptons*, che acquistava pezzi di ricambio da *Hugin* da oltre 12 anni e che aveva sviluppato grazie agli stessi un'importante attività di manutenzione, riparazione, noleggio e rivendita di registratori, in cui, tra l'altro, aveva investito notevoli capitali, nell'impossibilità di disporre dei pezzi di ricambio *Hugin* e non potendo riconvertire i propri investimenti, si trovava impossibilitata ad operare⁶⁰. Poiché avrebbe comportato l'eliminazione di un importante concorrente in un mercato a valle, il rifiuto opposto da *Hugin*, è stato

⁵⁸ Vedi caso IV/29.132, *Hugin/Liptons*, (decisione riformata dalla Corte di giustizia in *Hugin c. Commissione*, causa 22/78, cit.). La Corte ha annullato la decisione della Commissione non ritenendo sussistente nel caso di specie il requisito del “*pregiudizio al commercio tra Stati membri*” e non ha avuto modo di pronunciarsi sull'abuso. In ogni caso, non ci sono motivi per ritenere che la Corte si sarebbe discostata da quanto affermato a riguardo dalla Commissione.

⁵⁹ Con pronunce molto controverse, sia la Commissione che la Corte riconobbero che mercato di riferimento in questo caso non era il mercato dei registratori di cassa (in cui *Hugin*, con una quota del 13% non era affatto dominante) bensì quello dei pezzi di ricambio a marca *Hugin*, in cui questa non poteva che detenere un monopolio; v. caso 22/78, *Hugin c. Commissione*, par. 3-8.

⁶⁰ Queste le argomentazioni della Commissione: “*Liptons is now no longer in a position to buy the necessary spare parts for the maintenance and repair of Hugin cash registers for customers requiring that service, nor to undertake that service in respect of new machines it might wish to rent to its customers, nor, to a large extent, to meet its commitments to existing customers. In addition Liptons is severely restrained in the business it had carried on for over 12 years in reconditioning Hugin cash registers for resale. Liptons has accordingly been forced gradually to withdraw from these businesses in which it had invested time and money and had established a strong basis for profitable expansion*” (caso *Hugin/Liptons*, par. 67-68).

ritenuto integrare gli estremi dell'abuso di posizione dominante *ex art. 82 TCE*. Anche in tal caso, il giudizio sembra essere stato determinato esclusivamente dall'esistenza di una relazione contrattuale con l'impresa dominante e dalla probabilità di un'uscita dal mercato del concorrente cui si è opposto il rifiuto.

La Corte è tornata a pronunciarsi su un caso di rifiuto di contrarre con finalità escludenti dirette nel caso *Télémarketing* relativo ad una fornitura di servizi.⁶¹ In questa pronuncia la per la prima volta esamina in modo più ampio le potenzialità lesive delle pratiche tenute da quest'ultima. Nella specie la società *Centre Belge d'études de marché (CBEM)* aveva concluso un contratto di *Télémarketing* con la *Information Publicité Benelux (IPB)*, esclusivista della pubblicità diffusa sulla rete televisiva belga *RTL*, in forza del quale, *CBEM* avrebbe messo il proprio numero telefonico, la propria centralina ed i propri operatori a disposizione della rete televisiva per lo svolgimento delle operazioni di *Télémarketing*: nel corso di appositi spazi pubblicitari nell'ambito della programmazione quotidiana, il numero di telefono di *CBEM* sarebbe stato comunicato ai telespettatori per avere maggiori informazioni sui prodotti reclamizzati o per acquistarne determinati quantitativi. Alla scadenza del contratto *IPB* decideva di modificarne le condizioni, imponendo l'utilizzo del numero e della centrale telefonica di *IPB*, di fatto precludendo a *CBEM* di continuare a svolgere il servizio. In merito alla legittimità di tale condotta, la Corte ha affermato che costituisce un abuso di posizione dominante il fatto che l'impresa che detenga una posizione dominante su un determinato mercato si riservi o riservi ad un'impresa appartenente allo stesso gruppo, e senza necessità obiettiva, un'attività ausiliaria, che potrebbe essere svolta da una terza impresa nell'ambito delle sua attività su un mercato

⁶¹ Vedi caso C-311/84, *Centre Belge d'études de marché (CBEM) c. Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (CLT) e Information Publicité Benelux (IPB)*.

vicino, ma distinto, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di detta impresa.

La sentenza *Télémarketing* pare, con esso, ampliare il dovere di contrarre, fino a quel momento riconosciuto nei confronti di clienti esistenti, anche a nuovi clienti. D'altro canto, ciò che rende abusivo il rifiuto dell'impresa dominante risulta essere un danno concorrenziale limitato all'eliminazione dal mercato di una singola impresa⁶².

Un secondo gruppo di pronunce comunitarie riguarda le ipotesi di rifiuto di fornire attuato dall'impresa dominante, più che per espandere il potere economico in mercati verticalmente collegati, per tutelare i propri interessi commerciali e per consolidare la propria posizione nell'ambito dei rapporti concorrenziali orizzontali. La più celebre pronuncia a questo proposito è *United Brands* (UBC).

Tra le diverse pratiche che si criticavano alla *UBC* vi era, infatti, la sospensione della fornitura di banane verdi al suo maggior maturatore-distributore danese, *Olesen*, come azione punitiva per essere quest'ultimo diventato distributore in

⁶² Non sono mancati casi in cui un rifiuto di contrarre è stato considerato legittimo: cfr. per es. la decisione della Commissione CE nel caso IV/32.426 *Filtrona Espanola/Tabacalera*, in cui *Filtrona* sosteneva che *Tabacalera*, detentrica di una posizione dominante per l'acquisto di filtri per sigarette aveva abusato della sua posizione dominante, passando a produrre dal 44 % al 100% del proprio fabbisogno di filtri, quindi cessando gli acquisti da *Filtrona*. La Commissione ha tuttavia escluso l'abuso, poiché ha ritenuto la condotta di *Tabacalera* era una normale pratica commerciale, giustificata da economie di scala e da una riduzione dei costi di produzione, e priva di qualsiasi intento escludente. In altri casi, invece è stato ripreso, il medesimo ragionamento sviluppato nella sentenza *Commercial Solvents, v. Commissione CE*, caso IV/M. 30.178, *Napier Brown/British Sugar*, cit., par. 64 in cui *British Sugar* è stata ritenuta aver "abusato della propria posizione dominante rifiutando di fornire lo zucchero industriale a NB (*Napier Brown, n.d.a.*) senza necessità obiettiva, con l'intento o la conseguenza prevedibile di accelerare il ritiro di NB dal mercato britannico dello zucchero destinato al dettaglio, riducendo in tal modo la concorrenza su tale mercato".

esclusiva delle banane prodotte dal principale concorrente di *UBC* e per aver partecipato ad una campagna promozionale organizzata dal medesimo.

La Corte ha affermato che “*un’impresa la quale detenga una posizione dominante per la distribuzione di un dato prodotto – che goda del prestigio di un marchio noto ed apprezzato dai consumatori – non ha la facoltà di sospendere le forniture ad un vecchio cliente, ligio agli usi commerciali, se gli ordini di detto cliente non presentano nulla di anomalo*”. In sostanza tale comportamento avrebbe potuto limitare gli sbocchi e provocare una discriminazione che poteva spingersi fino l’eliminazione di un concorrente dal mercato di riferimento, in quanto, il rifiuto opposto da *UBC* avrebbe avuto un effetto deterrente, potendo dissuadere i distributori dall’intrattenere rapporti contrattuali con altri produttori concorrenti, pregiudicando la libertà di azione delle piccole e medie imprese nei confronti dell’impresa in posizione dominante, e lasciando sopravvivere in definitiva solo le aziende dipendenti dall’impresa dominante stessa.

Ciò che si ricava è l’obbligo da parte di un’impresa dominante di mantenere le relazioni contrattuali con i contraenti esistenti, visto che altrimenti dette imprese dovrebbero rivolgersi ad altri operatori meno significativi con conseguenti perdite di immagine e di fatturato. La sentenza *United Brands* affronta inoltre per la prima volta la questione dell’eventuale giustificazione obiettiva del rifiuto, giudicandola ammissibile nei limiti della proporzionalità.

Non diversa è la questione affrontata dalla Commissione nel successivo caso *Boosey&Hawkes*, leader mondiale nella produzione e nella vendita di strumenti a fiato in ottone, la quale aveva intrapreso una serie di misure dirette ad ostacolare l’ingresso sul mercato della *BBI*, che intendeva commercializzare vecchi modelli di *Boosey&Hawkes* su cui si erano estinti i diritti di esclusiva. Per fare ciò aveva,

tra l'altro, rifiutato di fornire strumenti e parti di ricambio a due vecchi clienti, *GHH* e *RCN*, rispettivamente un rivenditore e un riparatore di strumenti *Boosey&Hawkes*, rei di essere i fondatori della potenziale concorrente *BBI*.

Tale pronuncia, supera quanto fino ad allora affermato in materia di rifiuto di contrarre con clienti esistenti ampliando la tutela contro gli effetti dell'abuso anche nei confronti dell'impresa concorrente solo in via potenziale (*"Il pregiudizio alla concorrenza sarebbe ancora più grave se l'oggetto dichiarato dell'azione è indirettamente quello di impedire l'accesso sul mercato di un concorrente potenziale del produttore dominante"*), e contemporaneamente, limitando quel diritto dell'impresa cliente a continuare ad essere approvvigionata, nei limiti di un comportamento conforme agli usi commerciali e di ordini non anormali, che sembrava essere stato sancito in via assoluta nella sentenza *United Brands* (*"Un produttore dominante non è tenuto a sovvenzionare i suoi concorrenti. Qualora un cliente trasferisca le sue attività principali alla promozione di una marca concorrente, anche un produttore dominante potrebbe avere la facoltà di riesaminare le sue relazioni commerciali con tale cliente e, dopo un preavviso sufficiente, interrompere ogni relazione speciale"*).

Dall'analisi dei casi sopra esaminati⁶³ si deduce chiaramente il principio secondo cui il rifiuto di un'impresa dominante di continuare a fornire un cliente già esistente che decida di produrre o commercializzare un prodotto concorrente costituisce un abuso, a meno che tale rifiuto non sia oggettivamente giustificato.

Solitamente, perché tale condotta sia considerata vietata è sufficiente che si verifichi un danno lieve al sistema concorrenziale coinvolto. Infatti, il rifiuto delle

⁶³ Cfr. SUBIOTTO, O'DONOGHUE, *Defining the scope of the duty of dominant firm to deal with existing customers under article 82 EC*, p. 686 ss., dove gli autori, nello sforzo di comprendere la prassi comunitaria in materia, sottolineano: *"The duty of dominant firms to deal with third parties does not have a clear or consistent rationale in EC competition law"*.

forniture opposto dall'impresa dominante avrebbe causato la completa eliminazione del concorrente dal mercato; in altri, invece, il soggetto destinatario del rifiuto avrebbe potuto comunque disporre di fonti di approvvigionamento alternative che ne avrebbero garantito la sopravvivenza⁶⁴.

La sussistenza di un rapporto contrattuale già avviato tra impresa dominante e cliente rende più difficile dimostrare, quanto meno se fondata su esclusive ragioni commerciali, l'esistenza di una giustificazione oggettiva della cessazione delle vendite. Dalla prassi comunitaria in materia di rifiuto di contrarre si ricava quindi una nozione di abuso ampia, che tende a punire il rifiuto in sé, a prescindere dagli effetti generati sul sistema concorrenziale del mercato, ed emerge la tendenza a condannare l'intento di monopolizzare più che l'effettiva eliminazione della concorrenza dal mercato di riferimento⁶⁵.

Il rifiuto è vietato in quanto tale, anche quando si limiti a creare un semplice disagio economico nel soggetto destinatario⁶⁶, quando il prodotto rifiutato non sia

⁶⁴ sentenza *Commercial Solvents*: dall'analisi della sentenza sembra infatti che fosse possibile ricavare sia le materie prime sia il prodotto finito con metodi di produzione alternativi. Per una valutazione parzialmente diversa, v. SUBIOTTO, O'DONOGHUE, *Defining the scope of the duty of dominant firm to deal with existing customers under article 82 EC*, pp. 687-688.

⁶⁵ Tale atteggiamento è riscontrabile sia nel caso *Commercial Solvents* (avente ad oggetto un rapporto contrattuale di 4 anni), in *Hugin* (rapporto di 12 anni) e in *United Brands (Olesen)*, il soggetto destinatario del rifiuto era il più importante importatore di banane "Chiquita" in Danimarca ed aveva instaurato un duraturo rapporto contrattuale con la UBC). Propongono che tali questioni siano disciplinate attraverso il diritto privato dei singoli Paesi membri, quali mere questioni di diritto contrattuale, SUBIOTTO, O'DONOGHUE, *Defining the scope of the duty of dominant firm to deal with existing customers under article 82 EC*, p. 684.

⁶⁶ E' particolarmente significativo al riguardo il caso *Hugin* dove sembrano aver giocato un ruolo importante per rinvenire l'abuso gli investimenti che *Liptons* aveva effettuato e che la rendevano dipendente da *Hugin* nonché le difficoltà che la prima avrebbe incontrato nel riconvertire la sua attività: v. Commissione CE, caso IV/29.132, *Hugin/Liptons*, par. 67-68.

indispensabile ed esistano soluzioni alternative utilizzabili dal concorrente per continuare ad operare sul mercato⁶⁷.

Nelle sentenze della Corte e nelle decisioni della Commissione, mancano del tutto considerazioni relative al danno alla concorrenza che il rifiuto può provocare, ad esempio in termini di innalzamento dei prezzi o di riduzione della produzione, essendo sufficiente, perché la condotta sia vietata, il rischio di eliminare un concorrente, tra l'altro, spesso indipendentemente dal ruolo e dell'importanza rivestiti da questo sul mercato.

Sul versante opposto, sono del tutto assenti valutazioni relative agli eventuali effetti benefici e ai vantaggi per i consumatori che l'eliminazione del concorrente potrebbe comportare⁶⁸.

In definitiva, la prassi comunitaria in materia di rifiuto di contrarre con clienti esistenti sembra diretta ad assicurare la sopravvivenza dei concorrenti sul mercato piuttosto che a garantire la permanenza di una concorrenza efficace nel medesimo.

⁶⁷ sentenza *Commercial Solvents*, cit. par. 9 ss., dove CSC e ICI avevano prodotto alla Corte documentazione atta a comprovare la possibilità di produrre l'aminobutanolo, il nitroprano e lo stesso etambutolo mediante altri processi produttivi, utilizzati da altre imprese. La Corte tuttavia ha liquidato le argomentazioni delle parti stabilendo che “*il problema sembra però di scarsa rilevanza pratica, dal momento che si tratta di metodi sperimentali, non ancora realizzati su scala industriale e dai quali si possono ricavare, in ogni caso, quantità di etambutolo relativamente modeste*” e che “*al riguardo non si tratta di accertare se la Zoja, modificando i propri impianti ed i propri sistemi di produzione, sarebbe eventualmente stata in grado di continuare a produrre etambutolo da altre materie prime*”.

⁶⁸ Cfr. sentenza *Commercial Solvents*, par. 23, nel quale si riferisce che il mutamento di politica da parte di CSC, sarebbe stato ispirato dal vantaggio che le sarebbe derivato dall'integrazione verticale. L'argomento non viene però considerato dalla Corte. Un'argomentazione più ampia è accennata anche nella decisione *Hugin*, cit., par. 65, nella quale, riferendosi alla politica di *Hugin* diretta a non rifornire distributori indipendenti, la Commissione sostiene: “*Purchasers and users are thereby prevented from purchasing such spare parts from any other source and are in addition thereby also deprived of their freedom to choose where they will obtain the maintenance and repair of their machines*”. Sottolineano l'assenza di valutazione di specifiche *efficiencies*, anche in chiave comparatistica con il diritto *antitrust* statunitense, JEBSEN, STEVENS, *Regulation of competition under EU Art. 86*, in *Antitrust Law Journal*, 1996, Vol. 64, p. 443 ss., spec. p. 506 ss.

Tale posizione subisce, tuttavia, una evoluzione nei casi *Télémarketing* e *BBI/Boosey&Hawkes*.

Con tali pronunce, preparatorie all'avvento della dottrina delle *essential facilities*, la Corte di giustizia e la Commissione tendono a restringere la nozione di abuso: il rifiuto di contrarre, in questi casi, è punito in quanto manifestazione di una strategia concorrenziale considerata scorretta, consistente nel riservare all'impresa dominante o ad una sua controllata un'attività che potrebbe essere svolta da terzi. Ciò che viene considerato abusivo non è più solo l'eliminazione del cliente-concorrente dal mercato, ma altresì la preclusione dell'accesso al medesimo da parte di terzi potenziali concorrenti.

Si abbandona quindi il principio della tutela in sé dell'impresa concorrente per introdurre come criterio di giudizio il più ampio effetto anticoncorrenziale del rifiuto. Ciò detto, occorre rilevare che in queste pronunce i concetti sopra formulati rimangono espressi solo a livello embrionale: anche in tali ipotesi, infatti, a determinare la decisione di divieto nel caso concreto è stata ancora una volta la cessazione della sopravvivenza della concorrenza da parte della specifica impresa coinvolta nel caso di specie. Sarà solo con lo sviluppo della giurisprudenza successiva che tale impostazione verrà modificata.

3. – Il rifiuto di contrarre con nuovi clienti.

Accanto alle fattispecie di rifiuto di contrarre rivolto nei confronti di clienti già esistenti, a partire dalla fine degli anni ottanta - inizi anni novanta del secolo scorso la casistica in ambito comunitario si è andata concentrando su casi di rifiuto opposto a soggetti con cui l'impresa dominante non aveva, prima di allora, intrattenuto alcun rapporto commerciale. Tale sviluppo della prassi si realizza in

concomitanza con l'evoluzione del ruolo e delle finalità perseguite dalla politica di concorrenza nella legislazione comunitaria. L'avvenuta instaurazione del mercato comune, sancita nell'ambito del Trattato di Maastricht, svincola infatti la tutela della concorrenza dalle contingenti esigenze di creazione del mercato unico, per attribuirle una portata più generale quale mezzo deputato alla realizzazione degli obiettivi comunitari⁶⁹.

E' in questo contesto che si sviluppa, in particolare, la discussa disciplina delle *essential facilities*, diretta a teorizzare l'accesso alle risorse essenziali detenute da un'impresa dominante, da parte di soggetti nuovi entranti nel mercato, dottrina mutuata dall'esperienza *antitrust* statunitense e poi sviluppata secondo i canoni tipici della regolazione comunitaria della concorrenza.

Il sistema di analisi del rifiuto di contrarre si trasforma quindi da uno strumento di censura di comportamenti dell'impresa dominante nell'ambito di relazioni contrattuali già in atto e tendenzialmente diretti a sanzionare condotte genericamente qualificabili come "*unfair*", a mezzo di coinvolgimento dei detentori del potere di mercato in un disegno di incremento della concorrenza, attraverso la configurazione a carico degli stessi di obblighi positivi nei confronti dei concorrenti, siano essi già esistenti o semplicemente potenziali.

⁶⁹ Il Trattato di Maastricht inserisce infatti, tra gli obiettivi della Comunità indicati all'art. 2 TCE, accanto all'instaurazione di un mercato comune, la realizzazione di un'unione economica e monetaria. La tutela della concorrenza, oltre a ritrovarsi all'art. 3, lett. g), in termini sostanzialmente identici a quelli di cui al precedente art. 3, lett. f) (dove la "*costituzione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno*" assurge a mezzo per la realizzazione dei fini della Comunità medesima), assume ora il ruolo di principio informatore della politica economica comune all'art. 4, co. 1 e 2 TCE. Allo stesso modo, l'instaurazione di mercati aperti e concorrenziali è l'indirizzo ispiratore della nuova azione comune della Comunità in materia di politica industriale (cfr. infatti art. 157, co. 2 e 4 TCE).

Come già sottolineato, tale passaggio concettuale è graduale e ad esso non sono del tutto estranee le istanze di liberalizzazione di alcuni settori, in precedenza regolamentati, di importanza strategica nell'economia europea.

3.1. – I prodromi della dottrina delle “essential facilities” in Europa.

Due decisioni adottate, a cavallo degli anni ottanta e novanta, dalla Commissione ed attinenti a servizi collegati al trasporto aereo, rappresentano i prodromi della disciplina delle *essential facilities* in sede comunitaria: si tratta dei casi *London European/Sabena* (1988), e *British Midland/Aer Lingus* (1992). Dette decisioni presentano elementi di originalità rispetto al passato e anticipano argomentazioni che saranno sviluppate anche successivamente, in quanto le riflessioni in esse proposte rimangono solo ad uno stato embrionale di sviluppo, così da non consentire di ascriverle pienamente al nuovo corso della prassi decisionale comunitaria.

Nel primo caso, la compagnia aerea belga *Sabena* è stata ritenuta responsabile di aver violato l'allora art. 86 (ora 102) TCE, per aver rifiutato alla compagnia *London European Airways* l'accesso al sistema informatizzato “Saphir”, che gestiva in via esclusiva. Tale sistema consentiva alle agenzie di viaggio di consultare tutte le informazioni sui voli delle compagnie inseritevi, orari, tariffe, disponibilità dei posti, nonché di effettuare le relative prenotazioni. Nel caso di specie, *Sabena* aveva richiesto al concorrente tariffe particolarmente elevate e subordinato l'accesso al sistema di prenotazione computerizzato alla conclusione di un contratto diretto ad affidare a *Sabena* la fornitura dei servizi di assistenza a terra (cd. *handling*).

Ciò che accomuna il caso *London European* alle successive decisioni in materia di *essential facilities* è la definizione di due separati mercati: quello del servizio di prenotazione (quindi, di fornitura della *facility*), su cui l'impresa detiene la posizione dominante, come distinto e strumentale rispetto a quello (a valle) del trasporto aereo.

La carenza del carattere di essenzialità riscontrabile nel sistema di prenotazione rispetto al servizio di trasporto aereo cui il primo è semplicemente funzionale, nonché l'assenza nella decisione di una valutazione circa l'effetto del comportamento abusivo sulle generali condizioni di concorrenza nel mercato considerato, fanno invece apparire la decisione ancora lontana da quelli che saranno i successivi sviluppi della prassi e più vicina ai casi precedenti.

In *London European*, il rifiuto di contrarre non si presenta allo stato "puro", bensì come elemento di condotte più ampie, quali quelle dell'imposizione di prezzi non equi o di *tying*, condotte nella cui valutazione si utilizzano principi in parte differenti e difficilmente trasferibili in sede di rifiuto di contrarre⁷⁰.

⁷⁰ Il caso *London European/Sabena* è molto simile al successivo caso deciso negli Stati Uniti, *Alaska Airlines v. United Airlines and others*, (948, F.2d 536 – 9th Cir. 1991), richiamato da SIRAGUSA, BERETTA, *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario e italiano della concorrenza*, in *Contratto e Impresa, Europa*, 1999, p. 260 ss., spec. 282, nt. 40. In questo caso la *United Airlines* e alcune altre compagnie aeree avevano imposto all'*Alaska Airlines* condizioni di accesso al sistema computerizzato di prenotazione eccessivamente onerose. A fronte delle rimostranze della *Alaska Airlines* che sosteneva che tale sistema costituisse un'*essential facility* cui aveva diritto di accedere a condizioni ragionevoli, la Corte di appello del 9° circuito è giunta ad una conclusione diversa da quella adottata in Europa dalla Commissione: "*under Section 2 of the Sherman Act, a corporation unilateral conduct to control an essential facility is not prohibited unless it has the power to eliminate competition in the downstream market, exercises that power and thus monopolies the market*". Non ritenendo esistente il rischio di monopolizzazione del mercato di riferimento le compagnie aeree non furono ritenute responsabili della violazione della Section 2.

Nel successivo caso *British Midland/Aer Lingus*, la compagnia di bandiera irlandese aveva deciso di porre fine all'accordo di *interlining* con la *British Midland* da quando questa aveva iniziato ad operare sulla rotta Londra–Dublino, su cui la prima aveva una posizione dominante. Tale accordo, cui partecipa la maggior parte delle compagnie aeree mondiali, permette alle agenzie di viaggio di emettere un unico biglietto comprensivo di percorsi parziali da effettuarsi con compagnie diverse e ai passeggeri di cambiare prenotazione, percorso o compagnia, senza necessità di riemissione del biglietto. La circostanza che l'esclusione da tale pratica rappresentasse per la compagnia aerea un notevole svantaggio economico e commerciale ha indotto la Commissione a condannare *Aer Lingus* a concedere l'accesso al sistema, anche se per un periodo limitato.

Tale decisione della Commissione presenta notevoli punti di distacco con le precedenti pronunce comunitarie, basti rilevare che qui la sussistenza di un preesistente rapporto di clientela tra l'impresa dominante e la *British Midland* è posto a fondamento dell'abusività del rifiuto quale elemento idoneo a confutare l'esistenza di una giustificazione oggettiva accettabile a sostegno del rifiuto opposto da *Aer Lingus*.

In questa decisione la liceità del rifiuto è valutata con riferimento all'impatto che questo può produrre sul mantenimento e lo sviluppo della concorrenza in quanto tale ed emergono alcuni concetti introduttivi alla dottrina dell'*essential facilities*: ad esempio la circostanza che l'impresa vittima dell'abuso fosse un soggetto nuovo entrante, almeno nel mercato di riferimento, quindi più esposta ai costi di un eventuale rifiuto di accedere al sistema di *interlining*, sembra aver giocato un ruolo importante nell'argomentazione della Commissione. Il fatto stesso che *Aer Lingus* continuasse a fornire servizi di *interlining* ad altre compagnie comunque

presenti sulla medesima tratta, sollevava anche questioni di discriminazione all'accesso questioni che la successiva giurisprudenza farà rientrare nella trattazione dei casi di *essential facilities*.

3.2. – La dottrina delle “essential facilities” nell’esperienza della giurisprudenza americana.

Prima di trovare applicazione in ambito comunitario, la disciplina delle infrastrutture essenziali nasce e si sviluppa nell’esperienza *antitrust* americana⁷¹.

Essa riguarda il rifiuto di contrarre avente ad oggetto beni considerati essenziali per l’accesso *ex novo* ad un determinato mercato.

Tale dottrina (spesso denominata in senso figurato delle “*bottleneck facilities*”, a sottolineare lo “stretto passaggio” controllato dal soggetto dominante) trova i suoi fondamenti in numerose pronunce delle corti di merito statunitensi, mentre è tuttora sostanzialmente ignorata dalla Corte Suprema.

⁷¹ Tra le numerose ricostruzioni dell’esperienza giurisprudenziale americana in materia, si veda con riferimento alla dottrina americana, PITOFSKY, PATTERSON, HOOKS, *The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law*, in *Antitrust Law Journal*, 2002, p. 443 ss. e FACEY, ASSAF, *Monopolization and abuse of dominance in Canada, the United States and the European Union: a survey*, *ibidem*, p. 559 ss. Con riferimento alla dottrina europea, GASL, *Essential facilities doctrine in EC anti-trust law: a contribution to the current debate*, in *European Competition Law Review*, 1994, p. 306 ss., spec. 307-308, FURSE, *The ‘Essential Facilities’ doctrine in Community law*, 1995, p. 469 ss., spec. 469-471; DOHERTY, *Just what are essential facilities?*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 397 ss., nonché BAVASSO, *Essential facilities in EC law: the rise of an ‘epithet’ and the consolidation of a doctrine in the communication sector*, in *Yearbook of European Law*, Oxford, 2002, p. 63 ss. Per la dottrina italiana, GUGLIEMETTI, “*Essential Facilities*”, *rifiuto di accesso e abuso di posizione dominante: prime decisioni dell’Autorità Garante e prospettive*, in *Concorrenza e mercato*, 1996, p. 393 ss., spec. 402-405; VASQUEZ, *Essential facilities doctrine: dalla giurisprudenza statunitense alle norme comunitarie e nazionali sull’abuso di posizione dominante spunti problematici*, 1998, p. 407 ss. e *Infrastruttura essenziale e diritto di accesso, nota a CGCE, 26 nov 1998, C-7/97, Bronner*, in *Foro Italiano*, 1999, IV, p. 51 ss.

La stessa dottrina l'ha resa spesso oggetto di forti critiche, tanto da farla apparire come tra le teorie più controverse del diritto *antitrust* americano⁷².

Punto di partenza è la *Section 2* dello *Sherman Act* che vieta gli atti finalizzati o comunque idonei a produrre l'effetto di costituire o rafforzare una posizione di monopolio⁷³. Tale divieto costituisce l'eccezione al principio generalmente riconosciuto dal diritto *antitrust* statunitense, imperniato intorno ad una libertà di impresa quasi assoluta, secondo cui i produttori e i venditori sono normalmente ritenuti liberi di gestire le proprie attività commerciali e di scegliere così i soggetti con cui contrarre⁷⁴.

Dopo una serie di pronunce con cui la Corte suprema ha riconosciuto l'obbligo di garantire accesso a diverse *public utilities*, senza però mai teorizzare una separata dottrina e limitandosi a sviluppare i principi già esistenti in materia di *refusal to deal*⁷⁵, la disciplina del rifiuto di contrarre avente ad oggetto risorse essenziali

⁷² Tra le aspre critiche alla dottrina, si ricordi, tra tutti, il celebre intervento di AREEDA, *Essential Facilities: an epithet in need of limiting principles*, in *Antitrust Law Journal*, 1990, p. 841 ss.

⁷³ La *Section 2* dello *Sherman Act* così prevede: "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof shall be punished by fine (...) or by imprisonment (...) or by both said punishments, in the discretion of the court" (richiamato in DOHERTY, *Just what are essential facilities?*). Si noti la differenza tra tale norma e l'art. 82 TCE: il primo disciplina le modalità con cui un soggetto acquista/rafforza un potere monopolistico, il secondo regola le modalità con cui l'impresa sfrutta o esercita detto potere (per tale aspetto, FURSE, *The 'Essential Facilities' doctrine*, cit., p. 470).

⁷⁴ Tale interpretazione è sancita nella celebre pronuncia della Corte Suprema, *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 39 S. Ct. 465 (1919) (richiamato, tra gli altri, in JONES, SUFRIN, *EC Competition Law*, p. 514).

⁷⁵ La prima decisione in cui si pone un problema d'accesso ad un'*utility* essenziale è la sentenza *United States v. Terminal RailRoad Association*, 224 U.S. 383 (1912), in cui la Corte Suprema ha imposto ad alcune compagnie di trasporto, proprietarie di un'importante snodo ferroviario diretto alla città di Saint Louis, di ammettere all'uso dello stesso anche altre compagnie concorrenti interessate al traffico attraverso lo snodo. Tra le pronunce successive meritano attenzione anche la sentenza *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945), nonché le successive rese in *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100, (1948) e *Otter Tail Power Co. v. United States* 410 U.S. 366

acquista una compiuta ed autonoma definizione nel diritto americano con il leading case, *MCI Communication Corp. v. AT&T*⁷⁶.

MCI Communication Corp, impresa operante nel settore delle telecomunicazioni, lamentava che *AT&T* aveva negato l'interconnessione alla rete telefonica fissa che questa gestiva su base nazionale e che detto rifiuto era illegale dal momento che tale interconnessione era indispensabile per competere con *AT&T* sul mercato delle chiamate telefoniche internazionali.

Ai sensi di tale sentenza – che ha il merito di sistematizzare quanto già implicitamente definito da altre precedenti pronunce – la dottrina delle *essential facilities*, quale deroga alla libertà di contrarre, è applicabile in presenza di quattro presupposti.

Il primo richiede il controllo da parte del monopolista di una *essential facility*. Un'infrastruttura è considerata avere le caratteristiche di essenzialità tutte le volte in cui essa è strumento indispensabile per l'accesso ad un mercato, nel senso che i

(1973). Per una breve analisi di questi casi, DOHERTY, *Just what are essential facilities?*, cit., pp. 398-402. Tali precedenti riprendono in parte principi già esistenti nella disciplina del refusal to deal, quali quello del cd. “*intent test*”, del cd. “*monopoly leveraging*” o della cd. “*legitimate business purpose*”: VASQUEZ, *Essential facilities doctrine*, pp. 410-417, nonché VENIT, KALLAUGHER, *Essential facilities: a comparative law approach*, in *Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute*, 1994, New York, p. 315 ss.

⁷⁶ *MCI Communication Corp. v. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1132-1133 (7th Cir. 1983) (richiamato in VASQUEZ, *Infrastruttura essenziale e diritto di accesso*, pp. 51-52). Nella sentenza la Corte aveva sostenuto che: “*A monopolist’s refusal to deal under these circumstances is governed by the so-called essential facilities doctrine. Such a refusal may be unlawful because of a monopolist’s control of an essential facility (sometimes called bottleneck) can extend monopoly power from one stage of production to another, And from one market into another. Thus the antitrust laws have imposed on firms controlling an essential facilities the obligation to make the facility available on a non-discriminatory terms*”. Pur essendo il caso *MCI Communication Corp.* il primo in cui è stata di fatto teorizzata la dottrina delle *essential facilities*, il primo caso in cui è stata effettivamente nominata detta dottrina risale a qualche anno prima ed è *Hecht v. Pro-Football, Inc.*, 570 F.2d 982, 992-93 (D.C. Cir. 1977), 436 U.S. 956 (1978), richiamato tra gli altri in VENIT, KALLAUGHER, *Essential facilities*, cit., nt. 12.

concorrenti non possono validamente operare in esso senza la disponibilità della *facility*.

Il secondo requisito impone l'impossibilità tecnica e pratica da parte del concorrente di duplicare la *facility*; tale induplicabilità è da intendersi tenendo conto di un criterio di ragionevolezza, comparando, ad esempio, il valore dell'attività che si intende realizzare mediante l'utilizzo dell'infrastruttura e il costo che si deve sostenere per l'eventuale riproduzione della medesima. Per sostenere l'induplicabilità della *facility* non basta addurre che l'accesso alla medesima sia eccessivamente costoso, se gli operatori sono comunque posti nelle condizioni di poter operare sul mercato.

Affinché trovi applicazione la disciplina delle *essential facilities* è poi necessario che il detentore della risorsa rifiuti l'uso della medesima a danno del concorrente, in tale caso il diniego d'accesso può derivare anche da atteggiamenti ostruzionistici o dal rifiuto di contrarre a condizioni ragionevoli.

La fornitura dell'infrastruttura, infine, può essere imposta solo se questa è tecnicamente accessibile da parte dei terzi richiedenti. In altri termini, deve esistere una quota di capacità inutilizzata disponibile per i terzi e l'attività di questi ultimi deve essere tale da non intralciare o impedire l'operatività dell'impresa dominante.

In presenza di tali presupposti, il rifiuto di fornire un bene essenziale sulla cui produzione o fornitura si abbia il controllo, è illecito se non giustificato da specifici motivi tecnici o commerciali o da ragioni di efficienza produttiva.

Nata nel settore delle reti, per garantire l'accesso a risorse di pubblico interesse detenute nell'ambito di mercati monopolistici, dalla sua ideazione, la teoria delle *essential facilities* ha conosciuto un'applicazione amplissima visto che sono state

considerate infrastrutture essenziali tanto beni materiali che beni immateriali⁷⁷: a partire dal caso capostipite relativo a un terminal ferroviario, sono state considerate *essential facilities* cui applicare la relativa disciplina, reti di telecomunicazioni, di energia elettrica e, persino, uno stadio o un abbonamento per sciare.

Il risultato di tale tendenza interpretativa delle corti di merito è stata l'estensione ingiustificata di questa disciplina cui la dottrina ha costantemente cercato di porre limiti in nome del rispetto del diritto di proprietà e della libera iniziativa economica del monopolista contro un eccessivo interventismo da parte dei giudici federali.

La stessa Corte suprema americana non ha mai riconosciuto l'esistenza della teoria. Pur prendendone atto, prima nella sentenza *Aspen* poi, più di recente, in *Trinko*, di cui si dirà oltre, la Corte l'ha infatti considerata ininfluenza ai fini della constatazione di una violazione concreta ai sensi della *Section 2* dello *Sherman Act*⁷⁸.

⁷⁷ Ad esempio *Bellsouth Advertising & Publishing Corp. c. Donnelley Information Publishing*, 719 F. Supp. 1551 (S.D. Fla.) (riportato in VASQUEZ, *Infrastruttura essenziale e diritto di accesso*, p. 53) dove alcuni dati relativi alla classificazione delle attività commerciali sono state considerati essenziali per entrare nel mercato degli elenchi aventi ad oggetto tali attività. La Corte, in questa occasione ha affermato: “*although the doctrine of essential facilities has been applied predominantly to tangible assets, there is no reason why it could not apply, as in this case, to information wrongly withheld. The effect in both situations is the same: a party is prevented from sharing in something essential to compete*”.

⁷⁸ Sentenza *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* 472 U.S. 585 (1985), dove la Corte Suprema, rilevato che il comportamento del convenuto (che aveva rifiutato di emettere un unico Ski-pass per l'intero comprensorio sciistico di Aspen di cui controllava 3 impianti su 4) costituiva un chiaro esempio di monopolizzazione ai sensi della *Section 2* dello *Sherman Act*, ha relegato il riferimento alla dottrina dell'*essential facilities* in una nota a piè di pagina, nella quale ha precisato di non ritenere necessario valutarne la rilevanza.

Se, da una parte, ciò ha permesso a taluno di affermare la “fine” della teoria dell’*essential facilities*⁷⁹, dall’altra tali pronunce hanno suscitato una rinnovata attenzione sul tema, specie sugli sviluppi che questo è destinato ad avere sull’altra sponda dell’Atlantico, dove, con alcune modifiche che si analizzeranno di seguito, questo è stato recepito.

3.3. – *La dottrina delle “essential facilities” nel diritto comunitario, nelle decisioni della Commissione e nella giurisprudenza comunitaria.*

Sul modello di quanto sviluppato dalle corti e delle autorità statunitensi, la disciplina delle infrastrutture fa la sua prima comparizione in Europa in alcune decisioni della Commissione rese in materia di infrastrutture portuali.

La dottrina delle *essential facilities*, complice uno specifico retroterra economico caratterizzato dalla diffusione di numerosi monopoli statali in settori strategici e un contemporaneo processo di ampia liberalizzazione, subisce in Europa notevole diffusione e sviluppi, a volte anche molto limitanti della libera iniziativa economica delle imprese detentrici di risorse essenziali, costituendo ancor oggi oggetto di notevole dibattito in dottrina ed in giurisprudenza.

Il primo espresso riferimento al concetto di *essential facilities* nel diritto comunitario risale alla decisione resa dalla Commissione nel 1992, nel caso *B&I/Sealink Holyhead*⁸⁰.

B&I era una compagnia portuale che gestiva un servizio di traghetti tra Dublino e il porto di Holyhead in Galles. *Sealink* era invece proprietaria del porto nonché,

⁷⁹ STRATAKIS, *Comparative Analysis of the US and EU approach and enforcement of the essential facilities doctrine*, in *European Competition Law Review*, 2006, p. 434 ss.spec. 437-438.

⁸⁰ Per l’analisi della decisione, non pubblicata, v. JONES, SUFRIN, *EC Competition Law*, pp. 479-480 e, più in particolare, MALTBY, *Restrictions on Port Operators: Sealink/ B&I – Holyhead*, in *European Competition Law Review*, 1993, p. 223 ss.

essa stessa, operatore di traghetti sulla medesima rotta. Visto il punto di attracco assegnatole dall'autorità portuale a ridosso della stretta imboccatura del porto dove il passaggio dei traghetti provocava un forte moto ondoso, *B&I* era costretta ad interrompere le operazioni di carico e scarico ogni qualvolta le imbarcazioni di *Sealink* entravano o uscivano dal porto. Alla comunicazione di una possibile riorganizzazione degli orari dei traghetti, che avrebbe aumentato il passaggio delle imbarcazioni di *Sealink* e di conseguenza i disagi di *B&I*, quest'ultima si è rivolta alla Commissione, ottenendo l'adozione di misure provvisorie dirette ad impedire l'entrata in vigore dei nuovi orari.

Per quanto, nel caso di specie, la Commissione non abbia adottato una decisione formale, essendo le parti nel frattempo giunte ad un accordo, la pronuncia sulle misure cautelari contiene i principi che si ritroveranno nelle decisioni successive in materia di *essential facilities*. Si fa riferimento per la prima volta al concetto di infrastruttura essenziale definita come “un'attrezzatura o un'infrastruttura senza accesso alla quale i concorrenti non possono fornire i propri servizi ai clienti”⁸¹.

Al soggetto che controlla una tale infrastruttura sono imposte obbligazioni molto ampie: ad esso è fatto obbligo di concedere l'accesso e di garantirlo a condizioni non discriminatorie ai concorrenti che glielo richiedono. La negazione dell'accesso in tali circostanze costituirebbe un abuso *ex art. 82 TCE*. L'impresa dominante infatti, a dire della Commissione, è tenuta a comportarsi in modo da non determinare uno svantaggio competitivo in capo ai concorrenti⁸²; da tale

⁸¹ decisione *B&I/Sealink*, par. 41. Si noti che il primo riferimento alla dottrina delle infrastrutture essenziali è fatto in un caso relativo ad un rapporto preesistente tra i soggetti in causa.

⁸² Il riferimento a tale obbligo sembra poi ripreso nella successiva decisione *Sea Containers/Stena Sealink*, dove si impone all'impresa in posizione dominante di comportarsi come farebbe l'autorità indipendente.

obbligo non sarebbe esentata nemmeno qualora, con un eventuale rifiuto, intendesse realizzare delle maggiori efficienze di mercato⁸³.

La prima decisione formale a nominare esplicitamente il concetto di “infrastruttura essenziale” è invece la di poco successiva *Sea Containers/Stena Sealink*, relativa al medesimo porto (il porto di Holyhead in Galles) e alla medesima autorità portuale (*Sealink Holyhead*, che nel frattempo aveva mutato la sua denominazione in *Stena Sealink*) coinvolti nella decisione precedente⁸⁴.

Sea Container, società che intendeva avviare un nuovo servizio di traghetti veloci tra Holyhead e Dublino, denunciava alla Commissione l'ostruzionismo con cui *Sealink* continuava a negarle con diversi pretesti l'accesso alle infrastrutture portuali indispensabili per lanciare la nuova attività.

La Commissione, dopo aver constatato che *Sealink* deteneva una posizione dominante nel mercato della fornitura delle infrastrutture portuali di Holyhead e che l'accesso a tali strutture era essenziale per la richiedente vista la non duplicabilità del porto stesso, stabiliva che un'impresa che sia contemporaneamente proprietaria e utente di tali infrastrutture e che rifiuti l'accesso alle medesime (ovvero lo conceda a condizioni meno favorevoli di quelle che riserva ai propri servizi) pone in essere, alla presenza delle altre condizioni previste, un abuso ai sensi dell'art. 102 TCE.

⁸³ Si veda il commento di FURSE, *The 'Essential Facilities' doctrine*, p. 472 che sottolinea come, a differenza dei casi decisi in precedenza in sede comunitaria, non sembra che in questo caso sia stata valutata un'eventuale intenzione dell'impresa dominante di nuocere al concorrente.

⁸⁴ Commissione CE, 21 dicembre 1993, *Sea Containers / Stena Sealink*, caso IV/34.689. Si noti che, nelle more del procedimento avanti alla Commissione, la *Sea Containers* aveva accettato le offerte di *Stena Sealink*. La Commissione ha ritenuto comunque opportuno emanare una decisione sul caso di specie perché questa avrebbe potuto “fornire dei criteri per la soluzione del caso specifico e di situazioni analoghe in futuro” (v. par. 47). E' evidente la volontà della Commissione di enunciare una regola in materia.

L'obbligo di garantire l'accesso a condizioni non discriminatorie è infatti necessario per consentire l'ingresso di nuovi operatori sul mercato, nei cui confronti l'impresa dominante ha, addirittura, il dovere di operare come un'autorità indipendente e *super partes*.

Considerazioni analoghe la Commissione ha svolto nella decisione, resa nella stessa giornata, nel caso Installazioni del porto di Rødby. In questa decisione, adottata ai sensi del combinato disposto degli allora vigenti artt. 90, co. 1 e 86 (ora 102) del Trattato, il governo danese è stato condannato per aver rifiutato l'accesso alle infrastrutture portuali di Rødby alla società svedese *Euro-Port A/S*, allo scopo di mantenere la posizione dominante detenuta sul mercato dei servizi di trasporto via traghetto dall'impresa pubblica ivi operante⁸⁵.

La decisione, oltre a ribadire concetti quali la ripartizione dei mercati, la definizione di *essential facility*⁸⁶, fornisce per la prima volta alcune indicazioni circa il tipo di giustificazioni idonee a motivare un eventuale rifiuto di concedere l'accesso ad un'infrastruttura essenziale. Queste non possono essere né la

⁸⁵ Commissione CE, 21 dicembre 1993, Decisione relativa al rifiuto di accesso alle installazioni del porto di Rødby (Danimarca), caso 94/119/CE. DSB era un'impresa pubblica contemporaneamente proprietaria del Porto di Rødby e, al contempo, titolare di un servizio di collegamenti marittimi via traghetto tra la Danimarca e i paesi vicini. L'utilizzazione dei terminali del porto era però soggetta all'autorizzazione del ministero dei trasporti. Questo con due successive lettere aveva, prima, rifiutato di autorizzare la società svedese a costruire un nuovo porto privato nelle vicinanze del porto di Rødby, poi, respinto la domanda della società di operare all'interno delle installazioni del porto pubblico di Rødby. La fattispecie considerata non è quindi molto diversa da quella esaminata nel caso precedente *Sea Containers / Stena Sealink*. Ciò che differenzia questo caso dal precedente è invece il comportamento abusivo (qui si tratta di un vero e proprio rifiuto, nel caso sopra esaminato di un accesso concesso a condizioni discriminatorie) e il coinvolgimento nel caso Installazioni del porto di Rødby dell'autorità pubblica e, conseguentemente, dell'applicazione dell'art. 86 (*ex art.* 90) TCE.

⁸⁶ Commissione CE, *Installazioni del porto di Rødby*, cit., par. 7-9 (il mercato dell'organizzazione dei servizi portuali è distinto da quello dei servizi di trasporto marittimo tra Rødby e Puttgarten) e par. 12 (come nelle decisioni precedenti, la definizione di installazione essenziale è: "un'installazione o un'infrastruttura senza la quale i suoi (dell'impresa dominante, n.d.a.) concorrenti non possono offrire servizi ai loro clienti").

protezione delle imprese che già utilizzano l'infrastruttura, né l'eventuale saturazione dell'infrastruttura stessa: in sostanza “*persino in un mercato saturo, il miglioramento della qualità dei prodotti o dei servizi offerti, oppure la diminuzione dei prezzi che possono derivare dall'introduzione della concorrenza possono costituire un vantaggio evidente per i consumatori*”⁸⁷; anzi, ad un'eventuale incremento della domanda che potrebbe derivare dall'ingresso di nuovi operatori, l'impresa dominante dovrebbe rispondere attivandosi ed eventualmente realizzando investimenti aggiuntivi volti all'ingrandimento dell'infrastruttura giunta a saturazione.⁸⁸

Particolarmente interessante ai fini della ricostruzione della posizione della Commissione in materia di *essential facilities* è, infine, la decisione *Irish Continental Group/CCI Morlaix*. Essa riguarda misure provvisorie adottate nei confronti della Camera di Commercio di Morlaix, rea di aver rifiutato l'accesso al

⁸⁷ L'affermazione è fortemente criticata dalla dottrina: ad es. MELI, *Rifiuto di contrattare*, p. 101, nonché BISHOP, WALKER, *The economics of EC competition law*, London, 2002, p. 243 per cui “*If there is no spare capacity on the asset in question, then mandating access does not increase the level of competition in the market. Any product sold by the new entrant using the asset would merely be substituting for product previously sold by the asset owner. This means that the total supply of the product would not have been increased and so price would not have fallen. Accordingly, there would have been no improvement in the level of competition in the market*”.

⁸⁸ Le medesime considerazioni sono sviluppate e portate all'estremo, nella successiva decisione, Commissione CE, 14 gennaio 1998, *Flughafen Frankfurt/Main AG*, caso IV/34.801. Il caso nasceva dalla denuncia di alcune compagnie aeree cui la FAG, società proprietaria ed esercente dell'aeroporto di Francoforte, aveva negato l'autorizzazione ad effettuare servizi di assistenza su rampa, rimanendo in tal modo unico prestatore di quel genere di servizi nell'aeroporto. A giustificazione del suo comportamento, FAG aveva dedotto che il suo rifiuto era motivato in ragione delle limitate dimensioni dell'aeroporto, del rischio di congestione dello stesso e di effetti dannosi sul sistema di sicurezza che avrebbe provocato l'ingresso di nuovi operatori. La Commissione, tuttavia, ha affermato che la difesa svolta dalla FAG, oltre che non fondata nei fatti, non era in ogni caso “*tale da costituire una giustificazione oggettiva, ai sensi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, perché esistono soluzioni che consentono di superare un'eventuale mancanza di spazio*” (v. par. 86-88). A dire della Commissione, la FAG avrebbe potuto attivarsi diligentemente ed ovviare a tale situazione creando o salvaguardando spazi supplementari a garanzia dell'ingresso di nuovi operatori sul mercato.

porto di Roscoff alla compagnia marittima irlandese *Irish Continental Group*, che intendeva fornire un servizio di trasporto passeggeri e veicoli tra l'Irlanda e la Bretagna.

Tale decisione si differenzia rispetto alle precedenti pronunce sotto due profili in quanto, l'impresa che controllava l'infrastruttura e a cui è stato imputato l'abuso di posizione dominante non era presente nei due mercati dell'infrastruttura e dei servizi a valle, ma solamente nel primo⁸⁹ e, in secondo luogo, la Commissione ha affrontato il problema della corretta determinazione della tariffa d'accesso nonché quello relativo all'obbligo a carico di chi controlla l'infrastruttura di procedere ad investimenti aggiuntivi per permettere l'accesso ai nuovi concorrenti.

Dalle decisioni della Commissione, deriva un'applicazione delle disciplina delle *essential facilities* ampia ed onerosa. In tale ricostruzione, la nozione del comportamento abusivo consistente nella fattispecie del rifiuto di contrarre assume un significato particolarmente ampio, tale da limitare all'impresa dominante le prerogative normali che si riconoscono agli operatori del mercato, e, in alcuni casi, da imporre addirittura l'obbligo di porre in essere comportamenti di cooperazione con i suoi stessi concorrenti.

⁸⁹ La Camera di Commercio in realtà deteneva una piccola partecipazione azionaria nella *Brittany Ferries*, l'unica compagnia che all'epoca svolgeva servizi di traghetto Irlanda-Bretagna dal porto di Roscoff. La circostanza, tuttavia, sembra non aver avuto alcuna rilevanza nel giudizio. Si veda MELI, *Rifiuto di contrattare*, p. 103 che sottolinea che l'azione della Camera di Commercio non sia stata valutata come diretta alla monopolizzazione del secondo mercato (sul modello di un'azione di *leveraging*); al contrario, si è ritenuto che la Camera di Commercio avesse commesso l'abuso, in proprio, in quanto mero gestore del porto. Tale aspetto non sembra riproporsi nei casi successivi ascrivibili alla dottrina delle cd. *essential facilities*: cfr. infatti la sentenza della Corte nel caso *Bronner* (sui cui infra, par. 3.3.4) e la decisione della Commissione nel caso *GVG/FS*, dove l'impresa dominante titolare dell'infrastruttura era contemporaneamente operante nel mercato del servizio a valle: si veda BELLAMY, CHILD, *European Community Law of Competition*, cit., par. 10.140.

All'interpretazione eccessivamente estensiva data alla dottrina delle *essential facilities* dalla Commissione hanno cercato di porre dei limiti alcune sentenze delle corti comunitarie: dapprima il Tribunale di Primo Grado con la sentenza *European Night Services*, poi la Corte di giustizia nella celebre sentenza *Bronner*. Nella prima⁹⁰, adottata ai sensi dell'art. 81 TCE, il Tribunale di Primo grado ha annullato una decisione con cui la Commissione aveva garantito un'esenzione, ex art. 81, co. 3 TCE, all'accordo per la costituzione di una *joint venture* (la *European Night Services, ESN*) tra le società ferroviarie francese, inglese, tedesca e olandese, destinata a fornire servizi di trasporto notturno passeggeri tra la Gran Bretagna e il continente tramite l'Eurotunnel. La Commissione aveva ritenuto valido l'accordo, a condizione che le imprese partecipanti garantissero la fornitura di locomotive e di personale viaggiante a chiunque volesse competere sul medesimo mercato.

L'imposizione di tale condizione tuttavia è stata successivamente annullata dal Tribunale, sulla base della considerazione che l'obbligo di fornire l'accesso alle locomotive così come quello di garantire l'utilizzo del personale viaggiante a terzi soggetti, nuovi concorrenti sul mercato, avrebbe potuto essere imposto alla *ESN* solo nel caso in cui a dette risorse fosse riconosciuta la qualità di *essential facilities*.

Mancando la prova dell'essenzialità di tali forniture ai fini dell'espletamento del servizio di trasporto e ritenendo il semplice vantaggio economico in tal modo garantito al nuovo entrante non sufficiente a giustificare l'accesso, il Tribunale ha annullato l'obbligo imposta a *ESN* dalla Commissione, escludendo quindi che per l'azionabilità del diritto di accesso ad un'infrastruttura possa essere sufficiente il

⁹⁰ Tribunale di primo grado, 15 settembre 1998, *European Night Services e a. c. Commissione*, cause riunite T-374, 375, 384/94, in Racc. 1998, II-3141, spec. par. 215-221.

solo vantaggio economico che da questo potrebbe derivare in capo al nuovo entrante.

Tali principi, abbozzati in *European Night Services*, sono stati poi oggetto di sviluppo nel celebre caso Bronner, considerato il *leading case* dell'approccio comunitario in materia di *essential facilities*⁹¹.

La controversia che da luogo a questa pronuncia deriva dalla pretesa della *Oscar Bronner GmbH*, editore del quotidiano austriaco *Der Standard*, di utilizzare, dietro versamento di un equo compenso, il sistema di recapito a domicilio creato, in alternativa al meno veloce ed efficiente sistema di recapito via posta, da *Mediaprint*, impresa concorrente ed editrice di due quotidiani di più ampia tiratura⁹².

La *Oscar Bronner*, a fronte del rifiuto opposto dalla concorrente, aveva invocato a fondamento della propria richiesta proprio la dottrina delle *essential facilities*, fino ad allora mai esplicitamente portata all'attenzione della Corte, sostenendo che il rifiuto da parte di *Mediaprint* di consentire l'accesso al sistema privato di distribuzione doveva considerarsi abusivo in quanto detto accesso era indispensabile e il sistema non duplicabile, in quanto la predisposizione di un

⁹¹ Corte di giustizia, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e a.*, causa C-7/97, in Racc. 1998, I-7791.

⁹² La sentenza *Bronner* trae origine da due quesiti pregiudiziali posti alla Corte ai sensi dell'art. 177 (ora 234) TCE. Si noti che la questione posta all'attenzione della Corte era puramente interna e non riguardava alcuna norma del Trattato bensì solo l'art. 35 del Kartellgesetz relativo all'abuso di posizione dominante nell'ordinamento austriaco e redatto in termini identici all'art. 86 (ora 82) TCE. La Corte ha tuttavia risolto i dubbi sulla ricevibilità del rinvio ammettendo che il giudice nazionale può rinviare all'interpretazione della Corte circa alcune norme del Trattato non solo quando i chiarimenti sono richiesti per una diretta applicazione di tali norme ma anche quando queste hanno la funzione di favorire un'uniforme applicazione delle norme comunitarie a tutela della concorrenza con le omologhe norme nazionali. Per una breve riflessione, DURANTE, MOGLIA, NICITA, *La nozione di essential facility tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test, in Mercato concorrenza e regole*, 2001, p. 257 ss, spec. 261, nt.10.

sistema paragonabile non sarebbe risultata remunerativa per un piccolo operatore del settore con tiratura molto inferiore a quella di *Mediaprint*.

I giudici comunitari, tuttavia, evitando di far riferimento alla dottrina delle *essential facilities*, ma anzi, richiamando la giurisprudenza sviluppata dalla Corte nell'ambito delle fattispecie di rifiuto di contrarre, dal caso *Commercial Solvents* in poi⁹³, respingono la tesi sostenuta dalla *Bronner*, rilevando che un rifiuto di contrarre posto in essere da un'impresa in posizione dominante potesse essere considerato abusivo solo ove:

- i.* non sia oggettivamente giustificabile;
- ii.* sia tale da eliminare del tutto la concorrenza nel mercato a valle dell'infrastruttura essenziale;
- iii.* che l'accesso all'infrastruttura negata sia indispensabile per l'esercizio dell'attività del concorrente e che quindi sia impossibile da duplicare, sostituire o, eventualmente, reperire altrove.

A tal fine – sostiene la Corte – non basta ritenere che la realizzazione di una seconda infrastruttura non sia economicamente redditizia a causa della bassa tiratura del quotidiano da distribuire, essendo invece necessario provare che ciò che non è economicamente redditizio è la creazione di un secondo sistema di recapito per la distribuzione di quotidiani aventi tiratura paragonabile a quella dei quotidiani distribuiti con il sistema di consegna esistente. Escludendo di citare ed inquadrare la propria valutazione nella struttura della dottrina delle *essential facilities* sviluppata dalla Commissione, la Corte se ne allontana e fa rientrare la

⁹³ Per un'analisi di tale atteggiamento della Corte e dell'Avv. generale Jacobs, si vedano: SIRAGUSA, BERETTA, *La dottrina delle essential facilities*, e MELI, *Rifiuto di contrattare*, cit., p. 18. Trova elementi di continuità con la precedente giurisprudenza, tanto da far apparire la dottrina dell'*essential facilities* già contenuta nei precedenti orientamenti della giurisprudenza della Corte, NIKOLINAKOS, *EU competition law*, pp. 74-75.

valutazione di abusività del rifiuto di contrarre entro termini decisamente più limitati⁹⁴.

Nella consapevolezza, che la libertà di contrarre costituisca principio essenziale del diritto comunitario e che un'imposizione indiscriminata di concedere l'accesso alle infrastrutture dell'impresa dominante possa determinare nel lungo termine danni agli investimenti, viene così circoscritto l'obbligo di accesso all'infrastruttura ai casi di essenzialità, e quindi di conseguente induplicabilità, della risorsa e ai casi in cui dal rifiuto possa derivare l'esclusione totale della concorrenza a valle.

Sotto il primo profilo, se nei primi casi la Corte si concentrava esclusivamente sulla correttezza del comportamento del soggetto dominante nei confronti dei concorrenti, ignorando di fatto la possibilità che questi potessero reperire altrove l'infrastruttura o la materia prima loro negata, in un secondo momento l'essenzialità e l'insostituibilità di queste ultime hanno rappresentato fattori decisivi per l'imposizione o meno dell'obbligo di contrarre. Tale criterio è da intendersi poi in senso oggettivo, dovendo l'infrastruttura ritenersi essenziale per tutti i concorrenti in generale e non per la singola impresa, che non può invocare le proprie esigenze soggettive ai fini di vedersi garantito l'accesso.

In secondo luogo, il rifiuto eventualmente opposto ad un concorrente, seppur gravemente pregiudizievole per quest'ultimo, non può essere ritenuto illecito se lascia spazi di concorrenza sul mercato in cui l'impresa è attiva. Solo l'eliminazione totale dei concorrenti o, tutt'al più un grave pregiudizio alla

⁹⁴ E' quanto sostiene GERADIN, *Limiting the scope of Article 82.*, p. 1539 dove, facendo un parallelo con il caso *Trinko*, sostiene: "In sum, as in US antitrust law, there does not seem to be an "essential facilities" doctrine formally recognized by the ECJ".

generalità degli stessi, può giustificare una misura così invasiva come l'obbligo d'accesso⁹⁵.

Ne risulta una lettura decisamente più circoscritta ed attenta alla tutela della concorrenza in generale che non ai singoli concorrenti.⁹⁶

La giurisprudenza *Bronner*, che non sembra aver subito ulteriori sviluppi o ripensamenti quanto meno nell'ambito del rifiuto di contrarre in generale, fa eccezione infatti il rifiuto di concedere in licenza diritti di proprietà industriale ed intellettuale, lascia tuttavia una serie di interrogativi ancora irrisolti.

Ciò che rimane più incerta è, in particolare, la portata residua dell'obbligo di contrarre riconosciuto in presenza delle condizioni riferite nella sentenza *Bronner*: se la concorrenza è soddisfatta dalla presenza di un certo numero di imprese ma, al contempo, all'impresa dominante non può essere imposto di fare accedere chiunque alla propria infrastruttura vi è da chiedersi dove l'impresa *leader* debba orientare le proprie scelte nei confronti dei nuovi entranti. Un'operazione che lasci all'impresa dominante di valutare il quadro di concorrenza sufficiente sul mercato a valle espone quest'ultimo a fenomeni di discriminazione e, quel che più preoccupa, all'esclusione di soggetti efficienti⁹⁷.

Dalla valutazione complessiva delle pronunce della Commissione e della Corte in materia di *essential facilities*, si desume, dunque il principio generale per cui

⁹⁵ La Corte riprende quanto chiaramente sostenuto dall'Avv. generale Jacobs nelle sue Conclusioni, par. 58: "(...) il fine principale dell'art. 86 (ora 82, n.d.a.), è prevenire distorsioni della concorrenza – e in particolare tutelare gli interessi dei consumatori – piuttosto che proteggere la posizione dei singoli concorrenti".

⁹⁶ Per una valutazione positiva della sentenza *Bronner*, si veda EVRARD, *Essential facilities in the European Union: Bronner and Beyond*, in *Columbia Journal of European Law*, 2004, p. 1 ss., spec. 28-29, mentre per una lettura critica si rinvia a STOTHERS, *Refusal to supply as abuse of a dominant position: essential facilities in the European union*, in *European Competition Law Review*, 2001, p. 256 ss., spec. 258-259.

⁹⁷ Per queste riflessioni, v. in particolare, MELI, *Rifiuto di contrattare*, cit., pp. 126-130 e SIRAGUSA, BERETTA, *La dottrina delle essential facilities*, cit., p. 334.

l'impresa detentrica di un'infrastruttura essenziale, il cui accesso da parte di imprese terze è necessario per lo svolgimento di attività economiche in un mercato a valle, commette abuso di posizione dominante quando neghi l'accesso a detta infrastruttura o lo conceda imponendo condizioni inique ai soggetti operanti nel mercato a valle.

Tuttavia, perché si possa riscontrare un abuso nell'atteggiamento dell'impresa dominante è necessaria la presenza contestuale di alcune condizioni.

In primo luogo è necessario un diniego di accesso opposto dal detentore dell'infrastruttura agli operatori a valle, oppure la concessione dell'accesso su presupposti iniqui o discriminatori. Tale condizione è stata intesa in senso particolarmente estensivo dalla Commissione che ha qualificato come rifiuto di contrarre anche l'adozione da parte del soggetto dominante di pratiche meramente dilatorie, mentre il secondo requisito per poter parlare di abuso è la configurabilità di un doppio mercato: quello dell'infrastruttura su cui il titolare è per definizione monopolista e quello a valle del bene o del servizio per il quale l'accesso all'infrastruttura è essenziale.

E' interessante notare come invece l'esistenza del doppio mercato è completamente estranea alla prassi del diritto *antitrust* americano⁹⁸.

E' poi richiesto che l'*input* cui si chiede l'accesso sia essenziale ed il giudizio sulla essenzialità dell'accesso va svolto in termini esclusivamente oggettivi.

In altri termini, che sia indispensabile per l'operatività a valle, e quindi che lo svolgimento dell'attività di prestazione di beni e di servizi nel mercato sottostante possa aver luogo solo tramite l'accesso all'*input* in questione; che sia unico, quindi non disponga di sostituti reali, nonché induplicabile, non abbia dunque

⁹⁸ PITOFSKY, PATTERSON, HOOKS, *The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law*, cit., pp. 460- 461.

neppure sostituti potenziali che consentano ugualmente l'accesso anche, eventualmente, a condizioni meno vantaggiose⁹⁹.

Conseguenza del requisito dell'essenzialità oggettiva della risorsa è la necessità che il diniego d'accesso provochi l'eliminazione o una sostanziale diminuzione della concorrenza sul mercato a valle, la quale si risolva in un danno a breve e a lungo termine per i consumatori, mentre è irrilevante l'eventuale danno per il soggetto richiedente che non determini anche un pregiudizio al contesto concorrenziale del mercato globalmente considerato¹⁰⁰.

Infine, affinché il rifiuto all'accesso ad una risorsa possa considerarsi abusivo, questo deve essere sfornito di una valida giustificazione economica. Benché sia stato costantemente citato, tale requisito non è stato in realtà mai oggetto di specifica analisi. Invero, negli unici casi in cui ha trovato maggior spazio, di questo sono state date interpretazioni decisamente restrittive.

Per opporre un rifiuto d'accesso debbono sussistere pertanto motivazioni di ordine generale, quali ad esempio quelle che attengono ai normali rapporti commerciali tra imprese, come la solvibilità, la professionalità e capacità dell'impresa che chiede l'accesso, nonché il rispetto degli obblighi contrattuali correlati all'utilizzo dell'infrastruttura ed inoltre motivazioni speciali attinenti alle specifiche caratteristiche di ciascuna infrastruttura, quali l'insufficiente capacità della

⁹⁹ I costi necessari a duplicare la *facility* possono venire in considerazione solo qualora la realizzazione di una seconda infrastruttura sia tale da scoraggiare non solo l'impresa richiedente ma qualsiasi imprenditore prudente dall'entrare sul mercato, si vedano le Conclusioni Avv. Gen. Jacobs, cit., par. 66, DONOGHUE, PADILLA, *The law and economics of article 82 EC*, p. 440 che, citando alcune significative pronunce, afferma che “*In short, there must be no actual or potential «viable alternatives» to the dominant firm's input or the cost of such alternatives is «prohibitively expensive and would not make any commercial sense»*”.

¹⁰⁰ Ciò sembra implicare che il pregiudizio alla concorrenza debba essere sostanziale e l'eventuale eliminazione dei concorrenti debba coinvolgere soggetti efficienti tanto quanto l'impresa dominante.

medesima (purché il limite non sia conseguenza della condotta del gestore o l'ampliamento della capacità sia ottenibile a costi ragionevoli), ovvero, ancora, motivi di tipo tecnico collegati alla sicurezza dell'accesso. Sembra poi scontato che la valutazione del valore scriminante della singola giustificazione oggettiva debba essere fatta prendendo in considerazione gli effetti che il rifiuto all'accesso determina sulla concorrenza secondo un principio di proporzionalità¹⁰¹.

4. – *Comparazione tra approccio nordamericano ed europeo nei confronti della dottrina delle "essential facilities"*.

In Europa, la maggior parte delle pronunce in materia di infrastrutture essenziali, hanno posto a fondamento delle proprie decisioni i più significativi precedenti relativi a casi di rifiuto di contrarre (principalmente, *Commercial Solvents* e *Télémarketing*), parendo voler sottolineare la continuità con le interpretazioni passate di tale fattispecie di abuso ed identificare quindi la disciplina delle *essential facilities* come una semplice derivazione dei casi precedenti.

Dal ragionamento alla base delle pronunce sembrerebbe quindi ricavarsi che il concetto di *essential facilities* abbia natura solo descrittiva e non normativa, e che da questo non derivi pertanto alcuna nuova e distinta regolamentazione rispetto a quanto già ampiamente definito in passato.

Allo stesso modo, parte della dottrina ritiene che la disciplina elaborata con riferimento alle infrastrutture essenziali non costituisca altro che un aspetto di quanto già disposto in precedenza in relazione ai rifiuti di fornire opposti ai clienti già esistenti.

¹⁰¹ BERTI, *Le essential facilities*, pp. 382-383, nonché con riferimento alla valutazione da compiersi nel rispetto del principio di proporzionalità, anche BAVASSO, *Essential facilities in EC law*, p. 98. Per una rassegna di possibili giustificazioni oggettive, SIRAGUSA, BERETTA, *La dottrina delle essential facilities*, p. 325 ss.

Essa sarebbe priva di autonoma portata precettiva e si risolverebbe semplicemente nell'applicazione di principi generali a fattispecie particolari, caratterizzate da uno specifico rapporto tra gli input del processo di produzione o di distribuzione¹⁰².

Altra parte della dottrina, pur non negando evidenti punti di derivazione con i primi casi di rifiuto di contrarre, ritiene invece che la dottrina delle *essential facilities* assuma un'autonoma rilevanza sotto molteplici profili¹⁰³.

Essa sarebbe diversa innanzitutto nei risultati: non solo perché le imposizioni che ne derivano sono dirette ugualmente sia a soggetti concorrenti sia a soggetti operanti su mercati diversi rispetto a quello dell'impresa dominante, ma soprattutto perché, rispetto alle tradizionali figure di abuso per rifiuto di forniture, la dottrina delle *essential facilities* comporta un più ampio dovere di collaborazione a carico dell'impresa dominante. A quest'ultima viene infatti addirittura richiesto di non escludere terzi dall'uso della struttura detenuta e gestita per svolgere la propria attività.

Risultato di tale imposizione è che la dottrina delle *essential facilities* incide non sulle relazioni commerciali tra imprese, oggetto tradizionale delle regole di concorrenza, bensì sulla sfera di proprietà di quelle particolari risorse che conferiscono all'impresa il proprio potere di mercato. L'ingerenza sulle prerogative del diritto di proprietà è poi tale da estendere, mediante il meccanismo

¹⁰² FURSE, *The 'Essential Facilities' doctrine*, p. 472; BISHOP, WALKER, *The economics of EC competition law*, cit. p. 238, che riporta il pensiero di WHISH: "The so-called 'essential facilities' doctrine ...is not an independent doctrine; it is the same principle as the one applied in *Commercial Solvents*, albeit with a different name". Sembrano propendere per tale interpretazione anche DONOGHUE, PADILLA, *The law and economics of article 82 EC*, cit., pp. 458-461.

¹⁰³ a titolo esemplificativo, BERTI - BIANCARDI, *Essential Facility e disciplina della concorrenza*, pp. 444-448; GUGLIELMETTI, "Essential Facilities", *rifiuto di accesso e abuso di posizione dominante* pp. 400 e 415 e BERTI, *Le essential facilities*, pp. 360-362.

di definizione del doppio mercato¹⁰⁴, l'obbligo di collaborazione alla messa a disposizione di beni o servizi detenuti dall'impresa usualmente non disponibili sul mercato, bensì utilizzati solo come elementi strumentali all'esercizio della propria attività economica.

In definitiva, la novità della dottrina delle *essential facilities* risiederebbe, per tale parte della dottrina, nell'aver ampliato la funzione tradizionale delle regole di concorrenza dall'ambito del divieto a quello, di segno positivo, consistente nel riconoscimento del diritto a tutti gli operatori di competere secondo un principio di effettiva concorrenza e pari opportunità nel mercato. Ne deriverebbe un'estensione dell'obbligo di contrarre usualmente imposto all'impresa dominante, sia dal punto di vista oggettivo, in quanto tale dottrina implica il riconoscimento di un vero e proprio diritto di accesso, sia dal punto di vista soggettivo, in quanto di tale diritto positivo beneficiano tutte le imprese che, concorrenti o meno con il soggetto dominante, vogliono operare su un mercato a valle, sia questo già esistente o semplicemente di futura creazione.

L'analisi della prassi della Commissione e del contesto normativo in cui si sviluppa la disciplina dell'*essential facilities* in Europa permette di effettuare alcune osservazioni sulle modalità di applicazione di tale dottrina nella Comunità, specie in raffronto a quanto avviene negli Stati Uniti, dove tale dottrina ha trovato i suoi natali.

¹⁰⁴ Non a caso la definizione dei mercati tipica dei casi di *essential facilities* costituisce uno degli aspetti più dibattuti della disciplina in esame: la dottrina, in particolare, esprime seri dubbi circa l'opportunità di configurare quale mercato autonomo la fornitura dell'infrastruttura, quando questa non rappresenta l'oggetto delle normali prestazioni commerciali dell'impresa; si vedano: RIDYARD, *Essential facilities and the Obligation to Supply Competitors under UK and EC Law*, in *European Competition Law Review*, 1992, p. 438 ss. spec. p. 348, TOFFOLETTI, *La nozione di essential facility*, in *Concorrenza e mercato*, 1998, p. 329 ss., spec. 339-340 e con riferimenti comparatistici alla disciplina statunitense, PITOFISKY, PATTERSON, HOOKS, *The essential facilities doctrine under U.S. antitrust law*, pp. 460-461.

Come si è avuto modo di riscontrare, infatti, la disciplina delle infrastrutture essenziali recepita dalla Commissione vuole essere essenzialmente la trasposizione del principio delle *bottleneck facilities* originatosi negli USA; tale trasposizione, tuttavia, in Europa genera effetti decisamente più ampi ed invasivi¹⁰⁵.

Parte della ragione della diversa portata che assume la disciplina sulle due sponde dell'Atlantico sta nella stessa formulazione delle norme deputate a regolamentare la fattispecie del rifiuto di contrarre nei due ordinamenti giuridici.¹⁰⁶

Mentre la *Section 2* dello *Sherman Act* disciplina le modalità di acquisizione del monopolio, vietando il *refusal to deal* solo qualora questo sia ascrivibile ad una specifica volontà di creare o mantenere una posizione di monopolio o qualora sia funzionale all'acquisizione di un vantaggio su altri mercati, l'art. 82 TCE disciplina le modalità di esercizio del solo potere dominante, vietando di fatto una serie di comportamenti tipizzati e ritenuti presuntivamente dannosi per le dinamiche di mercato, indipendentemente dall'esistenza della volontà o, meglio, della stessa possibilità di monopolizzazione del mercato a valle.

Il diverso atteggiamento delle autorità americane rispetto a quelle comunitarie deriva anche dal differente contesto di cultura economica in cui si inserisce la valutazione dei comportamenti vietati: negli Usa le autorità tendono ad intervenire

¹⁰⁵ VENIT, KALLAUGHER, *Essential facilities*, p. 325 secondo cui: “*The obligation under Article 86 of the Treaty of Rome on dominant firms to deal with customers would appear to go far beyond that recognized under Section 2 of the Sherman Act*”. Analizzano il diverso atteggiamento assunto negli Usa e in Europa, STRATAKIS, *Comparative Analysis of the US and EU approach and enforcement of the essential facilities doctrine*, cit., pp. 434-436 e FURSE, *The 'Essential Facilities' doctrine*, p. 473.

¹⁰⁶ BASTIANON, *A proposito della dottrina delle essential facilities*, p. 149, per cui la dottrina delle *essential facilities* rappresenta, sia in Usa che in Europa, la “cartina al tornasole” delle varie anime del diritto *antitrust* e degli obiettivi di volta in volta attribuiti agli organi preposti alla tutela della concorrenza e del mercato.

il meno possibile nella regolamentazione dei mercati e la stessa disciplina delle *essential facilities* nasce e si sviluppa come eccezione alla regola generale, affermata nel celebre caso *Colgate*, che riconosce ad ogni impresa la libertà di scegliere la propria controparte contrattuale. In Europa, le imprese che detengono una posizione dominante sul mercato sono invece onerate di alcuni speciali responsabilità che impongono loro particolari obblighi positivi e lo stesso recepimento della disciplina delle *essential facilities* è una concretizzazione di uno di questi obblighi.

Infine, in sede nord-americana è riscontrabile un'attenzione maggiore alle valutazioni in termini di efficienza: il rifiuto di contrarre è infatti considerato lecito fintanto che abbia una valida giustificazione economica (le cd. *business reasons*), anche se questo atteggiamento può limitare la concorrenza sul mercato; in sede comunitaria, invece, l'impresa è sottoposta ad un pesante obbligo di contrarre a prescindere dalla valutazione di un'eventuale economicità del suo comportamento. A parziale giustificazione dell'atteggiamento della prassi comunitaria a tale riguardo, peraltro, vi è da dire che in Europa le posizioni dominanti originano il più delle volte da concessioni degli Stati membri e non sono pertanto premiabili quale frutto di una maggiore efficienza o capacità dell'impresa.

Ciò che risulta dall'interpretazione della disciplina delle *essential facilities* della Commissione è quindi l'imposizione, in via quasi automatica, all'impresa detentrici dell'infrastruttura (riconosciuta in posizione dominante nel mercato relativo per il solo fatto di esserne in possesso) dell'obbligo di contrarre a condizioni eque con chiunque gliene faccia richiesta; ciò, persino nel caso in cui tale obbligo non sia finalizzato a tutelare il livello di concorrenza del mercato a

valle, ma solo ad evitare che il detentore dell'infrastruttura applichi condizioni eccessivamente onerose o discriminatorie oppure limiti la facoltà di operare di una singola impresa, anche quando dall'entrata di quel nuovo operatore non deriverebbe alcun beneficio competitivo nel mercato a valle.

Nei casi più eclatanti, la Commissione accanto all'obbligo di garantire l'accesso alla *facility* arriva addirittura ad imporre all'impresa *leader* il compito di attivarsi e di creare le condizioni per rendere più competitivo il mercato, come se all'impresa fosse attribuito un ruolo di regolamentazione paternalistica del medesimo. Atteggiamento, questo, che sottopone l'utilizzo della normativa *antitrust* al rischio, se non alla certezza, di derive regolatorie, estranee ai suoi obiettivi originari ed agli stessi compiti delle autorità di concorrenza chiamate ad applicarla.

5. – *Il contributo della dottrina delle “essential facilities” nel processo di liberalizzazione dei mercati.*

Il principio che impone alle imprese dominanti di garantire l'accesso alle proprie infrastrutture essenziali a condizioni non discriminatorie ha rivestito un ruolo di particolare importanza anche in alcuni settori dell'industria europea, tradizionalmente sottoposti a regimi di privativa a favore dello Stato o di altri enti collegati all'ambito pubblico. In questi contesti, la dottrina dell'*essential facilities* è stata utilizzata quale principio ispiratore di interventi strutturali di tipo legislativo, diretti ad aprire alla concorrenza alcuni mercati di speciale rilevanza strategica per l'economia.

In tali settori, la centralità del ruolo dell'accesso all'*essential facility* ha comportato l'intervento delle istituzioni comunitarie, non più in veste di semplici

controllori della corretta applicazione della disciplina in materia di abuso di posizione dominante, bensì in quella di legislatori chiamati a trasporre, questa volta in chiave regolatoria, i principi sviluppati dalla prassi decisionale della Commissione¹⁰⁷.

I settori maggiormente interessati da tali provvedimenti legislativi sono stati quelli caratterizzati dai cd. monopoli naturali, connessi a sistemi di rete: in essi, in particolare, si è avvertita l'esigenza di limitare il potere di iniziativa economica del monopolista, imponendogli *ab origine* l'ingresso di soggetti terzi all'infrastruttura l'accesso alla quale risulta essenziale per operare in altri mercati. A partire dagli anni novanta, il fenomeno delle liberalizzazioni ha così coinvolto il settore delle telecomunicazioni¹⁰⁸, del trasporto ferroviario, di quello aereo, così come il settore postale e delle forniture di energia elettrica e gas.

¹⁰⁷ Approfondiscono il ruolo della dottrina delle *essential facilities* in sede di disciplina di liberalizzazione dei mercati, tra gli altri, GASL, *Essential facilities doctrine in EC anti-trust law*, p. 311 ss., BERTI, *Le essential facilities nel diritto della concorrenza comunitario*, in *Concorrenza e mercato*, p. 355 ss., spec. 362 ss. e SIRAGUSA, BERETTA, *La dottrina delle essential facilities*, cit., pp. 292-299.

¹⁰⁸ Tra l'amplessissima normativa di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni, vale la pena di citare la celebre Direttiva CE n. 90/387 del Consiglio del 28 giugno 1990, sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (*Open Network Provision – ONP*) in G.U.C.E. 24 luglio 1990, L 192, p. 1 ss., nonché la Direttiva CE n. 92/44 del Consiglio del 5 giugno 1992 sull'applicazione della fornitura di una rete aperta (ONP) alle linee affittate, in G.U.C.E. 19 giugno 1992, L 165, p. 27 ss., la Direttiva CE n. 95/62, del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 1995 sull'applicazione di un regime di fornitura di una rete aperta (ONP) alla telefonia vocale, in G.U.C.E. 30 dicembre 1995, L 321, p. 6, la Direttiva CE n. 97/33 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997, sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta (ONP), in G.U.C.E. 26 luglio 1997, L 199, p. 32 ss. e, infine, la Direttiva CE n. 98/10 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 1998, sull'applicazione del regime di fornitura di rete aperta (ONP) alla telefonia vocale e sul servizio universale delle telecomunicazioni in un ambiente concorrenziale, in G.U.C.E. 1 aprile 1998, L 101, p. 24 ss. Si veda in part. Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni, in G.U.C.E. 22 agosto 1998, C 265, pp. 2 ss., par. 87 ss. nonché i commenti in materia, tra cui si

Per quanto fortemente variegata a seconda dell'ambito di intervento, le regolamentazioni citate si propongono così, mediante l'utilizzo dei principi sviluppati in materia di *essential facilities*, di introdurre in via legislativa meccanismi che favoriscano a potenziali concorrenti l'accesso, l'interconnessione e la fruibilità di dati acquisiti dal monopolista nella propria posizione dominante detenuta *ex lege*. A tale penetrante intervento regolamentativo si aggiunge una dettagliata disciplina in materia di tariffe per garantire l'accesso alla rete a condizioni effettivamente non discriminatorie.

In tale contesto normativo, tuttavia, i principi sviluppati nella prassi della Commissione non hanno avuto solo funzione di ispirazione, come si vedrà oltre ad essi infatti è stato riconosciuto anche un ruolo di tipo sussidiario e complementare¹⁰⁹. Sotto il primo profilo, la dottrina delle *essential facilities* ha inteso, infatti, assicurare l'effettività stessa degli interventi di liberalizzazione, visto che molti di questi avrebbero potuto essere vanificati da comportamenti escludenti da parte delle imprese monopoliste che, grazie al controllo dell'infrastruttura specie nelle prime fasi di liberalizzazione, hanno mantenuto comunque una posizione privilegiata sul mercato.

Sotto il secondo aspetto, la dottrina dell'*essential facilities*, e quindi le norme sull'abuso di posizione dominante, sono state chiamate a svolgere un ruolo complementare alla disciplina di regolamentazione là dove questa non esisteva ancora. Disponendo di una portata applicativa più ampia rispetto alle misure di liberalizzazione e rivolgendosi a qualsiasi tipo di settore economico, la disciplina

vedano a titolo esemplificativo, NIKOLINAKOS, *EU competition law*, pp. 83-85; BARTOSH, *Ec Competition and Telecommunication Law*, 2002, p. 138 ss. e BELLODI, *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario*, 1999, Napoli, p. 128 ss.

¹⁰⁹ a questo proposito, BERTI - BIANCARDI, *Essential Facility e disciplina della concorrenza: osservazioni e note critiche*, in *Concorrenza e mercato*, 1996, p. 423 ss., spec. 429-430.

antitrust infatti si è potuta applicare per obbligare il monopolista a consentire l'accesso alla *facility* essenziale, anche quando tale obbligo non fosse già stato chiaramente imposto dall'autorità di regolamentazione del settore¹¹⁰.

Risultato di tale utilizzo della disciplina delle infrastrutture essenziali è stato l'ulteriore ampliamento del suo ambito applicativo e l'arricchimento nella medesima di connotati di tipo eminentemente regolatorio e di finalità di regolamentazione economica, di per sé del tutto estranee ad una disciplina *antitrust* pura¹¹¹.

Con particolare riguardo al mercato delle telecomunicazioni, oggetto della presente indagine, va notato come le reti di telecomunicazione, specialmente in ragione degli ostacoli normativi alla realizzazione di infrastrutture c.d. alternative rispetto a quella del monopolista legale, sono state considerate un tipico esempio di *essential facilities*.

In ambito comunitario, tuttavia, la fornitura dei servizi di telecomunicazione è stata pienamente liberalizzata dal 1° gennaio 1998 e ciò ha comportato, tra l'altro, l'abrogazione del divieto di realizzare nuove infrastrutture di telecomunicazioni.

¹¹⁰ Il ruolo di sussidiarietà e complementarità della disciplina a tutela della concorrenza in tale ambito è riconosciuto espressamente al considerando n. 4 della Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni, cit., dove si legge “*Nel settore delle telecomunicazioni la legislazione in materia di liberalizzazione e di armonizzazione consente alle imprese comunitarie, attraverso procedure semplificate, di intraprendere senza troppe difficoltà nuove attività all'interno di nuovi mercati, offrendo di conseguenza agli utenti i vantaggi apportati da una maggiore concorrenza. Tali vantaggi non devono essere messi a repentaglio da pratiche restrittive o da abusi ad opera delle imprese: le regole comunitarie in materia di concorrenza sono quindi essenziali per consentire il completamento di questa evoluzione*”.

¹¹¹ Sottolinea tale aspetto con riferimento al ruolo giocato dalla dottrina delle “essential facilities” nell'ambito del fenomeno delle cd. liberalizzazioni, BASTIANON, *A proposito della dottrina delle essential facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, p. 149 ss., spec. 162-163.

La liberalizzazione delle reti e dei servizi di telecomunicazione non significa, ovviamente, assenza di regole anzi queste, da un punto di vista della complessità e dell'articolazione, hanno subito un incremento più che rilevante, rispetto al periodo in cui operava, in regime di monopolio legale, un'unica impresa.

Con specifico riferimento alle infrastrutture possono, in estrema sintesi, individuarsi tre finalità fondamentali perseguite attraverso la regolamentazione in materia di telecomunicazioni:

- i.* garantire che le reti si sviluppino in modo ordinato, senza arrecare pregiudizio ad interessi pubblici e privati, quali la tutela dell'ambiente o la salute pubblica;
- ii.* assicurare un efficiente e non discriminatorio sfruttamento delle risorse scarse quali lo spettro elettromagnetico o i dotti per la posa dei cavi nelle aree urbane;
- iii.* garantire che le reti siano facilmente accessibili da parte degli operatori che forniscono servizi di telecomunicazione e che le medesime reti siano fra loro interconnesse al fine di assicurare, non solo a livello dell'Unione Europea, ma tendenzialmente a livello planetario, che ogni utente di una data rete abbia la possibilità di comunicare con un altro utente collegato ad una qualsiasi altra rete.

Appare pertanto utile approfondire, sia pur brevemente, i rapporti tra normativa *antitrust* e regolamentazione settoriale, al fine di verificare se, con riferimento alle infrastrutture di telecomunicazione, possa e con quali funzioni trovare tuttora applicazione la nozione di EF.

A tal fine può trarsi spunto dalla Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel

settore delle telecomunicazioni¹¹², la quale analizza le problematiche di cui trattasi sulla base dell'ormai compiuto quadro di direttive comunitarie di liberalizzazione del settore e dell'articolato insieme di direttive comunitarie finalizzate all'armonizzazione delle condizioni di fornitura di una rete aperta (*Open Network Provision-ONP*)¹¹³.

La Comunicazione sopra citata chiarisce che il rispetto delle regole di concorrenza non esime le imprese che operano nel settore delle telecomunicazioni dall'osservare la copiosa quantità di norme che ne regolano, talvolta in estremo dettaglio, l'attività, inclusa quella di tipo negoziale con i clienti e/o concorrenti¹¹⁴. Occorre, tuttavia, considerare che, se da un lato, l'art. 82 del Trattato citato può trovare applicazione solo in presenza “*di situazioni di posizione dominante di un singolo operatore o di operatori collegati*”¹¹⁵ (punto 16), dall'altro lato, le

¹¹² La Comunicazione reca il numero (98/C265/02) ed è stata pubblicata sulla GUCE 22 agosto 1998, n. C265, p. 2 ss.

¹¹³ La Comunicazione in parola fornisce una analitica ricostruzione di questo complesso quadro normativo; a tal fine, si segnala, inoltre, Commissione Europea COM (1999)537, 11 novembre 1999, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Fifth Report on the implementation of the telecommunications regulatory package*. In dottrina, si segnala L.G.Radicati di Brozolo, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni*, Torino, 1999; F. Bonelli e S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999.

¹¹⁴ La Direttiva 97/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 1997, *sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta (ONP)*, prevede che le autorità nazionali di regolamentazione possano intervenire sugli accordi di interconnessione per imporre, tra l'altro, una o più condizioni atte a garantire una concorrenza effettiva (art. 9, paragrafi 1 e 3).

¹¹⁵ La Comunicazione dedica ampio spazio alla posizione dominante congiunta (punti da 76 a 80), la quale ad esempio, potrebbe sussistere qualora, in relazione all'accesso al circuito locale (c.d. ultimo miglio o *loca loop*), siano presenti solo due operatori quali l'*ex* monopolista legale e un operatore di TV via cavo. In una situazione di questo tipo, “è possibile che nessuno dei due operatori venga a detenere singolarmente una posizione dominante, ma che insieme essi detengano un monopolio dell'accesso a tali infrastrutture” (punto 80).

disposizioni di natura regolamentare possono costituire un utile parametro di valutazione dell'esistenza di una infrazione alle regole di concorrenza.

Con specifico riferimento alle infrastrutture, dalla Comunicazione si desume che, a parere della Commissione, affinché nel settore delle telecomunicazioni si instauri una concorrenza effettiva, è necessario garantire l'accesso alle infrastrutture essenziali, ove con questo termine si intende “*una infrastruttura o un impianto che risulti essenziale per raggiungere gli utenti e/o consentire ai concorrenti di svolgere la loro attività e che non possa essere duplicato in modo adeguato*”¹¹⁶. La Commissione ritiene, infatti, possibile che i detentori di infrastrutture essenziali tentino di ostacolare l'ingresso nel mercato dei nuovi operatori. Per prevenire e reprimere questi comportamenti, l'applicazione delle regole settoriali non è sufficiente e deve essere coadiuvata dall'applicazione delle regole di concorrenza, le quali per molti aspetti, ma specialmente per la loro flessibilità, presentano una maggiore efficacia¹¹⁷ (punto 52).

L'imposizione di un obbligo di accesso, attraverso l'applicazione combinata delle regole settoriali e del diritto *antitrust*, dovrebbe in sostanza determinare il rapido sviluppo di infrastrutture alternative, ossia la creazione di quello che la Comunicazione chiama il “mercato dell'accesso”, facendo venir meno la posizione dominante dell'impresa *incumbent*. Di conseguenza, quest'ultima non sarebbe più tenuta a concedere l'accesso in base alle regole di concorrenza (punti

¹¹⁶ La Comunicazione precisa le condizioni che devono sussistere affinché una determinata infrastruttura possa essere qualificata come “*infrastruttura essenziale*”: “*bisogna dimostrare che il rifiuto di concedere l'accesso renderebbe le attività proposte impossibili o gravemente e inevitabilmente antieconomiche*” (punto 91, let. a), secondo capoverso).

¹¹⁷ Si pensi, ad esempio, alle elevatissime sanzioni (sino al 10% del volume d'affari globale annuo dell'impresa che ha posto in essere l'infrazione) che possono essere applicate in caso di violazione delle norme sulla concorrenza.

52 e 53). Ovviamente, dovrebbero rimanere impregiudicati gli l'obblighi di accesso e/o di interconnessione previsti dalla regolamentazione settoriale.

Inoltre, l'imposizione, attraverso l'applicazione delle regole di concorrenza, di un dovere di consentire l'accesso in capo ai gestori delle infrastrutture essenziali di telecomunicazione dovrebbe creare le condizioni per il rapido sviluppo di nuovi mercati a valle dell'infrastruttura, ossia di nuovi mercati dei servizi.

In particolare, la nozione di infrastruttura essenziale unitamente a quella di abuso di posizione dominante, assumono rilievo prevalentemente al fine di impedire che venga ostacolato *“l'affermarsi di un nuovo prodotto o servizio”* (punti da 87 a 91). Occorre tenere ben presente che il ricorso alla nozione di infrastruttura essenziale assume rilievo nei casi in cui l'accesso alla medesima non sia, allo stato, fornito ad altri operatori, oppure lo sia a condizioni tecniche differenti rispetto a quelle oggetto della richiesta, come nel caso in cui venga richiesto l'accesso a determinate porzioni fisiche della rete e/o a particolari funzioni logiche della stessa (c.d. *unbundling*).

La Commissione ha, successivamente, trasposto i principi sopra esposti in alcune direttive, le quali, prevedono sostanzialmente che, in presenza di determinate condizioni¹¹⁸, qualora un organismo di telecomunicazioni detenga una posizione dominante nel mercato della fornitura di reti pubbliche di telecomunicazioni, debba gestire attraverso una società separata la rete di cui sia eventualmente titolare e concedere a determinate condizioni l'accesso a terzi soggetti.

Tali tematiche saranno oggetto del capitolo successivo.

¹¹⁸ L'organismo di telecomunicazioni deve essere controllato dallo Stato o deve essere titolare di diritti speciali e deve gestire nella stessa area in cui presta servizi di telecomunicazioni una rete televisiva via cavo installata sulla base di diritti speciali o esclusivi.

CAPITOLO IV

LIBERALIZZAZIONE DEL MERCATO DELLE TELECOMUNICAZIONI. LA REGOLAMENTAZIONE DELL'ACCESSO E DELL'INTERCONNESSIONE IN EUROPA E NEL SISTEMA NORDAMERICANO.

1. – Premessa. 2. – Liberalizzazione del mercato delle Telecomunicazioni. 3. – Politica regolamentare e sviluppo della concorrenza. 4. – Il mercato statunitense delle telecomunicazioni: processo regolatorio e interazione con il sistema antitrust. 5. – La liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione e il quadro regolatorio comunitario in materia di accesso ed interconnessione. 5.1. – Segue. Il quadro regolatorio del 1998, il cd. Framework 2002 e la nuova disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche del 2009.

1. – Premessa.

Come constatato nel capitolo precedente, in generale, una *essential facility* è un'infrastruttura, di cui dispone un monopolista, che si rende indispensabile per la fornitura di un servizio da parte di un nuovo entrante. Grazie all'applicazione delle norme sulla concorrenza si è visto come il proprietario di una *essential facility*, il quale gode di una posizione dominante, e potrebbe abusarne svolgendo pratiche che possono limitare la produzione o gli sbocchi a danno dei consumatori, è tenuto consentire l'uso a condizioni obiettive, non discriminatorie e orientate ai costi a nuovi operatori commerciali.

La fornitura della rete aperta è uno strumento di regolazione inteso a favorire l'accesso ad una rete di telecomunicazioni che i concorrenti non sono in grado di duplicare, ed è pertanto un'applicazione della dottrina *antitrust* delle *essential facilities*.

Nel presente capitolo pertanto si verificherà in che modo l'applicazione della teoria delle *essential facility* sia stata trasposta al mercato delle telecomunicazioni

sia in Europa che nel sistema nordamericano, attraverso un sistema di regole che potesse favorire la concorrenza e l'apertura del settore a che a nuovi operatori commerciali.

Da questo punto di vista, l'industria delle telecomunicazioni è stato tra i settori più dinamici dell'economia globale ed anzi ha rappresentato il motore dei processi di integrazione internazionali e di globalizzazione.

In fatti, l'industria delle telecomunicazioni, è stata storicamente caratterizzata in tutti i paesi sin dalla sua nascita dal rapido consolidamento in un'unica impresa, un monopolista, verticalmente integrato che generalmente produceva gli elementi della rete di telecomunicazione, installava e gestiva l'infrastruttura di rete, e infine forniva tutti i servizi di telecomunicazione e che tendeva a caratterizzarsi nella sua complessità come un monopolio naturale¹¹⁹.

Questi elementi hanno fatto sì che il mercato delle telecomunicazioni, in particolare telefoniche, si sia caratterizzato per la presenza di un monopolio verticalmente integrato che ha assunto le caratteristiche di un'impresa privata regolamentata negli Stati Uniti, mentre in Europa è prevalso il modello dell'impresa monopolista pubblica.

La saturazione del mercato e l'evoluzione tecnologica hanno portato all'esaurimento delle economie di scala in diversi stadi della produzione dei servizi di telecomunicazione e ciò ha implicato la possibilità di introdurre la concorrenza a diversi livelli.

¹¹⁹ Nel caso delle telecomunicazioni, la presenza di economie di scala e la presenza di costi fissi di connessione e la rilevanza di costi di investimento irrecuperabili, sono stati indicati come la giustificazione principale per la presenza di un monopolio. L'elevatissimo grado di integrazione verticale è stato spiegato anche da motivi di efficienza allocativa, in quanto l'integrazione verticale in settori monopolistici evitava il problema della doppia marginalizzazione.

Dall'inizio di questi processi di liberalizzazione sono passati ormai più di tre decenni e il panorama del settore oggi è profondamente cambiato rispetto al tradizionale monopolio che era dominante sino all'inizio degli anni '80. La concorrenza tra operatori alternativi è cresciuta in tutti i segmenti dell'industria e i processi di convergenza tecnologica hanno reso possibile l'utilizzo di infrastrutture diverse per fornire i medesimi servizi, ma, nonostante ciò, questo resta uno dei settori più fortemente regolamentati dell'economia.

Malgrado l'introduzione della concorrenza permangono infatti ancora caratteristiche che giustificano la regolamentazione, tra cui la residuale presenza di reti locali con caratteristiche di monopolio naturale, la necessità di garantire l'accesso a queste infrastrutture essenziali, la necessità di garantire la compatibilità tra le reti alternative di promuovere l'interconnessione tra le reti, l'inerzia nei consumatori dovuta alla difficoltà di cambiare *provider*, l'importanza delle esternalità di rete per lo sviluppo delle reti di nuova generazione.

Il processo che ha condotto da un sistema di regolamentazione del monopolio naturale alla liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione, nonché l'analisi ed il raffronto, in chiave comparatistica, delle discipline di regolamentazione dell'accesso e dell'interconnessione in Europa e nel sistema nordamericano, saranno dunque oggetto della successiva trattazione.

2. – Liberalizzazione del mercato delle Telecomunicazioni.

A livello globale il processo di liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni con il superamento del monopolio (pubblico o privato) nell'offerta dei servizi di telecomunicazioni ha inizio negli Stati Uniti nel 1984 con lo smembramento dell'*AT&T* in 7 imprese che gestivano la rete locale (*Bell*

Companies) ed una, l'*AT&T*, che gestiva la lunga distanza. Da quel momento inizia il processo di liberalizzazione in numerosi mercati mondiali ed una sempre più massiccia dose di concorrenza in tali mercati.

La prima fase del processo di liberalizzazione nel settore si presentava, dal punto di vista del regolamentatore, abbastanza complessa. Le autorità preposte alla regolamentazione non solo dovevano predisporre meccanismi di fissazione dei prezzi dei servizi al consumatore, come avveniva laddove vi era un solo operatore monopolista, ma anche regolamentare l'interconnessione. Il problema era quello di evitare che l'*ex* monopolista mantenesse la situazione di dominanza ed impedisse il nascere della concorrenza¹²⁰.

Nella seconda fase del processo di liberalizzazione, al fine di sviluppare la concorrenza nei segmenti competitivi, si è poi regolamentato il cd. *unbundling* che consiste nella possibilità di utilizzare da parte di un operatore segmenti di cui è costituita una rete e appartenenti a un altro operatore, per costruire una propria rete.

I nuovi entranti, dunque, invece di duplicare l'intera rete, potevano scegliere alcuni segmenti altrui, generalmente quelli che avevano le caratteristiche di monopolio naturale, per costruire la propria rete¹²¹.

¹²⁰ Come già rilevato nei capitoli precedenti le infrastrutture che costituiscono la rete appaiono particolarmente complesse, poiché mentre alcune parti di queste appaiono potenzialmente competitive, in altre prevalgono situazioni di monopolio naturale. Ad esempio il costo della duplicazione dell'intera infrastruttura è così elevato che, almeno per la rete fissa, le nuove imprese non erano inclini a sviluppare la propria attività solo a fronte di una possibilità di utilizzare parti della rete del precedente monopolista.

¹²¹ Il grado con cui un nuovo operatore può scegliere dall'infrastruttura dell'operatore dominante è determinato dalle regole dell'*unbundling*, la scelta della cui intensità insieme al prezzo di accesso, rappresentano un aspetto di elevata importanza per la determinazione del grado di concorrenza del breve e del lungo periodo: infatti un elevato livello di *unbundling* accompagnato da bassi prezzi di interconnessione può stimolare nel breve periodo la concorrenza sul servizio finale.

La regolamentazione dei servizi di telecomunicazione è stata caratterizzata da una prima lunga fase durante la quale il monopolio verticalmente integrato era considerata diretta conseguenza delle caratteristiche di monopolio naturale del mercato e quindi i poteri pubblici hanno mirato ad evitare che l'impresa utilizzasse il proprio potere di mercato per massimizzare i profitti a scapito dei consumatori e dell'efficienza allocativa in generale.

Questo obiettivo è stato perseguito sia attraverso una regolamentazione stringente delle tariffe fatte pagare dall'impresa monopolista privata per i servizi agli utenti finali (negli Stati Uniti), sia direttamente attraverso un'impresa monopolista pubblica (in Europa occidentale).

I processi di privatizzazione e liberalizzazione che hanno investito l'industria delle telecomunicazioni a partire dagli anni '80 hanno soffermato l'accento sulla concorrenza come strumento per ridurre il potere di mercato dell'*ex* monopolista e favorire i consumatori. Di conseguenza le autorità di regolamentazione, che nel frattempo sono state create in tutta Europa per sovrintendere al processo di liberalizzazione, hanno spostato la loro attenzione sulla creazione delle condizioni per favorire la concorrenza.

Uno dei problemi principali che il regolatore ha dovuto affrontare per favorire lo sviluppo della concorrenza nei servizi di telecomunicazione ha riguardato la gestione dell'infrastruttura in rete fissa.

Come vedremo più avanti, negli Stati Uniti questo obiettivo è stato perseguito utilizzando rimedi strutturali, quali la separazione proprietaria e la disintegrazione verticale dell'*ex* monopolista, mentre in altri paesi, soprattutto Europei, l'accento è stato posto sulla regolamentazione della condotta lasciando la proprietà della

rete all'*ex* monopolista ma definendo condizioni anche questo non limitasse lo sviluppo della concorrenza sui servizi.

3. – Politica regolamentare e sviluppo della concorrenza.

L'esame dei rimedi adottati in un paese in relazione ad una specifica questione può fornire indicazioni più significative ai regolatori di altri paesi, che si trovino alle prese con una questione analoga, e portare, in questo modo, un contributo effettivo alla migliore definizione delle politiche regolamentari.

Seguendo tale impostazione, l'attenzione si sposta su due dei temi più ricorrenti nelle esperienze di regolazione ovvero la interconnessione e l'accesso alle risorse di rete.

E' costante la presenza, all'interno dei sistemi di regolazione delle comunicazioni elettroniche, di norme volte a garantire l'interconnessione tra le reti, e cioè il collegamento delle stesse al fine di consentire agli utenti dell'una di comunicare con gli utenti dell'altra o di fruire dei servizi offerti su questa.

Il primo livello si rivolge alla generalità delle imprese che operano nel mercato e si esaurisce, tendenzialmente, nell'imposizione di obblighi reciproci di negoziazione dell'interconnessione.

Come vedremo più avanti nello specifico, il diritto/obbligo di negoziare l'interconnessione, oggi sancito nella Comunità Europea dall'art. 41 C.C.E., costituisce un vero e proprio principio fondamentale della materia, in quanto l'interconnessione fra le diverse reti è condizione essenziale per l'esistenza di un unico mercato competitivo, caratterizzato dalla compresenza di diverse infrastrutture private di rete.

L'obbligo di negoziare è certamente meno stringente dell'obbligo di contrarre, tradizionalmente sancito per le imprese in situazione di monopolio legale o concessionarie di pubblico servizio. Ciò che la legge impone, anche alle imprese non dotate di potere di mercato, è la disponibilità a trattare in buona fede, ma su base commerciale, l'interconnessione delle proprie reti a quelle dei concorrenti.

In altri termini, l'impresa obbligata a negoziare l'interconnessione non è altresì obbligata, in linea di principio, ad applicare determinati prezzi o a rispettare la parità di trattamento con tutte le altre parti contraenti.

In caso di violazione dell'obbligo di negoziare in buona fede, e comunque in ogni caso in cui il contratto di interconnessione non si forma su base volontaria, esso può essere imposto con provvedimento dell'Autorità competente, su richiesta di una delle parti, o addirittura d'ufficio come prescrive nella Comunità Europea l'art. 42 C.C.E.¹²²

Il secondo livello di disciplina dell'interconnessione ha come destinatari le sole imprese dotate di potere di mercato e comporta l'applicazione di una disciplina più pervasiva, incidente sia sulle condizioni dell'offerta dei servizi di interconnessione (controllo sui prezzi, obblighi di trasparenza, pubblicità e non discriminazione dell'offerta), sia su profili organizzativi dei soggetti regolati (contabilità dei costi), strumentali alla verifica del rispetto delle modalità obbligatorie dell'offerta. Tra le misure di controllo dei prezzi, la più diffusa

¹²² In tal caso, prezzo e condizioni contrattuali potranno essere stabiliti discrezionalmente dall'Autorità, tenuto conto degli obiettivi generali della regolazione amministrativa del settore (art. 13 C.C.E.). Fra questi obiettivi è fondamentale quello di promozione della concorrenza. Ciò significa che l'Autorità potrebbe anche disporre, con proprio atto, un contratto d'interconnessione "asimmetrico" (cioè contenente la previsione di tariffe più elevate per la terminazione sulle reti del nuovo entrante, rispetto a quelle imposte all'incumbent).

consiste nell'obbligo di orientamento al costo, generalmente applicata all'operatore *incumbent*.

L'esperienza dimostra, in effetti, che in presenza di significativi squilibri nell'ampiezza delle relative reti – situazione che tipicamente ricorre nella fase di sviluppo dei mercati liberalizzati delle telecomunicazioni – è difficile che si giunga, tra operatori concorrenti, di diversa forza e dimensione, ad un accordo di interconnessione liberamente negoziato su basi commerciali, che sia anche soddisfacente per entrambe le parti¹²³.

Particolarmente significativo al riguardo appare il dato storico rappresentato dall'evoluzione del diritto neo-zelandese. Il modello inizialmente applicato (c.d. *light-handed regulation*), che rimetteva in via pressoché esclusiva alle regole generali *antitrust* il compito di guidare lo sviluppo della concorrenza nel settore delle telecomunicazioni, ha mostrato i suoi limiti maggiori proprio con riguardo al tema dell'interconnessione (e dell'accesso), al punto che, all'esito di un'articolata indagine ministeriale condotta nel 2000, si è ritenuto necessario introdurre specifiche misure regolatorie, tra cui l'imposizione di vincoli di prezzo a carico dell'*incumbent*.

Un aspetto cruciale delle politiche regolamentari in materia di interconnessione attiene alla definizione della metodologia da seguire per la determinazione dei

¹²³ LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2005, 2, 195, secondo l'Autore i rimedi prestatati dal diritto *antitrust* generale per arginare il potere di mercato dell'*incumbent* si rivelano, in questa materia, scarsamente efficaci, sia perché intervengono *ex post*, quando già l'iniziativa economica del nuovo entrante può risultare definitivamente compromessa a causa degli abusi commessi dall'*incumbent*, sia per le difficoltà relative all'accertamento dell'abuso, dipendenti soprattutto dalle asimmetrie informative (tra *incumbent* da un lato e autorità *antitrust* e nuovi entranti dall'altro).

prezzi, tenuto conto della molteplicità degli obiettivi da conseguire e della loro interrelazione.

Se l'applicazione di obblighi *ex ante* in materia di interconnessione, anche nella forma estrema del controllo dei prezzi, può costituire dunque rimedio adeguato per correggere obiettive disfunzioni del mercato, non deve tuttavia essere sottovalutato il rischio di *overregulation*, che si manifesta nella tendenza, che si afferma in tutta Europa, a considerare ciascun servizio di terminazione su rete propria come oggetto di un mercato separato, strutturalmente privo di concorrenza effettiva.

Una regolazione stringente, in termini di orientamento al costo e di obbligo di parità di trattamento, si giustifica solo per gli operatori *ex-monopolisti*. La stessa non si giustifica, invece, in mercati, come quelli delle comunicazioni mobili, nei quali una posizione di dominanza sia invece assente e la struttura di mercato sia piuttosto quella dell'oligopolio dinamico. Ancor meno si giustifica poi una regolazione dettagliata dei prezzi di terminazione per qualsiasi operatore di comunicazioni elettroniche.

Il rischio è che interventi *ex ante* sui prezzi di interconnessione in questi mercati, pur potendo condurre ad una diminuzione dei costi per i consumatori nel breve periodo, riducano la propensione all'investimento per lo sviluppo e l'innovazione tecnologica delle reti, con effetti negativi nelle dinamiche concorrenziali di lungo periodo.

Insieme al tema dell'interconnessione, al quale si trova spesso collegato, la disciplina dell'accesso occupa un ruolo centrale nelle politiche regolamentari.

Come più volte richiamato per "accesso" si intende la possibilità concessa ad un operatore di utilizzare, a determinate condizioni, risorse o servizi di un altro

operatore per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica. In questa accezione, che corrisponde a quella accolta dalla direttiva 2002/19/CE nel concetto di accesso rientra anche l'interconnessione.

In un'accezione più ristretta, il termine accesso si contrappone a quello di interconnessione ed individua l'ipotesi dell'utilizzo unilaterale di risorse di rete altrui da parte di imprese prive di una rete propria, o dotate di risorse di rete incomplete.

In questo senso, si parla anche di accesso *one-way*, per distinguerlo dall'accesso *two-way*, che si realizza nell'ipotesi tipica di interconnessione tra reti¹²⁴.

In questa prospettiva, obiettivo primario della normativa specifica di settore dovrebbe essere quello di garantire, attraverso l'imposizione di obblighi *ex ante*, l'accesso alle infrastrutture essenziali, ovverosia necessarie per operare in un dato mercato e non duplicabili, o duplicabili soltanto a condizioni economiche troppo gravose, detenute dall'*incumbent*, a condizioni ragionevoli ed eque, in modo da permettere lo sviluppo di un'effettiva concorrenza nel mercato *downstream*.

La politica regolamentare denota tuttavia una generale tendenza, da parte dei regolatori, ad ampliare l'area degli obblighi in materia di accesso oltre l'ambito delle infrastrutture essenziali in senso proprio, e ciò al fine di accelerare lo sviluppo di dinamiche competitive in determinati segmenti del mercato.

Il rischio, messo più volte in luce dalla dottrina, è che la dilatazione dell'accesso obbligatorio, se da un lato può portare ad un immediato incremento della competizione nel mercato dei servizi, può dall'altro disincentivare i nuovi entranti dal costruire infrastrutture proprie, specialmente ove il diritto/obbligo di accesso

¹²⁴ KERF e GERADIN *Controlling Market Power in Telecommunications: Antitrust vs. Sectorspecific Regulation – An Assessment of the United States, New Zealand and Australian Experiences*, pubblicato in *Berkeley Technology Law Journal Volume 14 | Issue 3 Article 4 September 1999*,

non sia contenuto entro orizzonti temporali predefiniti. In questi casi può essere compromesso l'obiettivo di una concorrenza sostenibile nel lungo periodo.

Nelle decisioni relative ai nuovi investimenti, anche il prezzo dell'accesso gioca, ovviamente, un ruolo essenziale. Ambito di applicazione degli obblighi e condizioni dell'accesso costituiscono, dunque, i due temi cruciali con i quali i regolatori si sono dovuti confrontare.

Ciò vale ambedue le principali forme di accesso (one way) normalmente previste dai sistemi di regolazione: l'accesso disaggregato (c.d. *unbundling*) e la fornitura di servizi all'ingrosso.

L'analisi comparativa rivela che l'*unbundling* è generalmente imposto all'*incumbent*, a prezzi orientati ai costi (calcolati secondo il metodo LRIC o TELRIC), in relazione alle reti fisse locali.

Sull'opportunità di garantire, per via regolamentare, l'accesso disaggregato a livello di reti locali fisse si registra un consenso diffuso, basato sull'argomento del monopolio naturale, ritenuto tuttora valido nonostante il progressivo sviluppo di tecnologie alternative che consentono di ridurre i costi per la realizzazione di circuiti locali, posto che tali tecnologie non presentano ancora un sufficiente grado di sostituibilità rispetto ai circuiti fissi mentre è piuttosto il risultato prodotto dalle misure regolamentari in concreto adottate ad aver suscitato perplessità.

Si rileva infatti come esse non siano riuscite a dar vita, finora, vuoi per le obiettive difficoltà incontrate dalle autorità di regolazione a definire misure efficaci, vuoi per le resistenze opposte dall'*incumbent* all'attuazione delle predette misure, a dinamiche competitive soddisfacenti nel segmento delle reti locali¹²⁵.

¹²⁵ LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, cit. 207.

Generalmente presente nei sistemi regolamentari è altresì l'obbligo, a carico dell'*incumbent* di rete fissa, di garantire determinati servizi all'ingrosso, affinché terze parti possano rivenderli ai clienti finali.

Come vedremo più avanti, il nuovo quadro di norme comunitarie non esclude, tuttavia, che le autorità nazionali di regolamentazione possano estendere gli obblighi di accesso sopra menzionati anche ad operatori di comunicazione elettronica diversi dall'*incumbent* storico di rete fissa, che, individualmente o congiuntamente, fossero riconosciuti detentori di notevole forza di mercato.

In linea di principio, un'estensione nel lungo periodo degli obblighi di accesso appare poco auspicabile in quanto, come già accennato, sebbene essa possa portare ad una provvisoria riduzione dei prezzi finali, rischia di compromettere l'efficienza del mercato nel lungo periodo. Questa, infatti, non sembra poter prescindere da una concorrenza fondata sull'utilizzo di infrastrutture proprie, o comunque sulla possibilità di scelta tra le reti alternative. Tra l'altro, un equilibrio di mercato caratterizzato dalla presenza di un vasto numero di *service provider* e da un operatore di rete dominante, potrebbe dar luogo, a risultati insoddisfacenti sotto i profili dell'efficienza produttiva e dinamica, perché si caratterizzerebbe per un rapporto di sostanziale dipendenza dei primi rispetto al secondo.

Gli obblighi di accesso rappresentano perciò uno strumento da usare con estrema cautela, e da applicare tendenzialmente, a parte ipotesi particolari, ai soli segmenti che presentano caratteristiche di monopolio naturale, non dovendo essere perso di mira l'obiettivo finale di una concorrenza sostenibile, devono anzi essere viste con particolare favore le politiche regolatorie volte ad incentivare lo sviluppo di tecnologie alternative, che permettano di superare i limiti di quelle esistenti o comunque di creare concorrenza e/o complementarietà fra sistemi.

4. – *Il mercato statunitense delle telecomunicazioni: processo regolatorio e interazione con il sistema antitrust.*

Volgendo lo sguardo al sistema nordamericano¹²⁶, va rilevato come la struttura organizzativa di tipo monopolistico, che ha connotato in origine il mercato statunitense delle telecomunicazioni, non nasceva da un'esclusiva legale, come sarebbe poi avvenuto in Europa, ma dal brevetto della società *AT&T* sul telefono. Malgrado si trattasse di un'esclusiva per sua natura limitata nel tempo, allo scadere del brevetto non si è avuta l'auspicata apertura del mercato: attraverso un processo di espansione per acquisizione delle nuove imprese e isolamento dei rivali non integrati, *AT&T* ha inibito il processo deconcentrativo, trasformando il monopolio legale in monopolio di fatto¹²⁷.

Contemporaneamente si andava diffondendo la convinzione che il settore delle telecomunicazioni fosse caratterizzato da un monopolio naturale e che richiedesse, in quanto tale, l'accentramento di tutte le attività produttive e distributive in una sola impresa. Queste riflessioni economiche si sono tradotte, agli inizi del Novecento, nell'attribuzione ad *AT&T* del monopolio nel segmento di mercato *long distance*, bilanciandolo con una regolazione tariffaria di tutti i

¹²⁶ Il contributo più significativo e di maggior valore sul mercato statunitense delle telecomunicazioni è sicuramente rappresentato dal contributo degli autori KERF e GERADIN *Controlling Market Power in Telecommunications: Antitrust vs. Sector-specific Regulation – An Assessment of the United States, New Zealand and Australian Experiences*, pubblicato in *Berkeley Technology Law Journal Volume 14 | Issue 3 Article 4 September 1999*, pag. 918 e ss. Si veda anche NEWCOMER WILLIAMS, *Comparative Analysis of Telecommunications Regulations: Pitfalls and Opportunities*, *Federal Communications Law Journal*: Vol. 56: Iss. 1, Article 7 disponibile su: <http://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol56/iss1/7>.

¹²⁷ Rifiutando di concedere l'interconnessione alla propria rete, *AT&T* realizzava una condotta escludente particolarmente efficace, alla luce del precedente assetto monopolistico: per essere competitive e garantire ai propri utenti di contattare chiunque avesse una linea telefonica, le nuove imprese avrebbero infatti dovuto creare una rete completa alternativa a quella dell'*incumbent*. Sul punto, J. THORNE, *A categorical rule limiting Section 2 of the Sherman Act: Verizon v. Trinko*, in *Univ. Chicago Law Rev.*, 2005, pp. 289-291.

servizi erogati. Il nuovo regime, così istituito, è stato completato nel 1934 dal *Telecommunications Act*, che ha precisato le regole di funzionamento del settore e ha istituito un'apposita autorità, la *Federal Communications Commission* (di seguito, *FCC*), incaricata di vigilare, insieme a quelle *antitrust*, sulla condotta di mercato di *AT&T*¹²⁸.

Questo primo *set* di misure regolatorie, nella sua concreta applicazione, non è riuscito ad inibire le condotte escludenti dell'operatore dominante il quale, continuando a rifiutare l'interconnessione alla propria rete, di fatto impediva la sopravvivenza dei rivali. Per sanare le evidenti disfunzioni del sistema allora vigente, la politica di promozione della concorrenza si è orientata verso l'*enforcement antitrust*¹²⁹, seguendo una tendenza che ha raggiunto il suo culmine nel 1984, con lo smembramento di *AT&T* in sette operatori regionali (le c.d. *Baby Bells*)¹³⁰. Si è venuto così a creare un sistema ibrido, che prevedeva il

¹²⁸ FILIPPELLI, *Telecom Italia e Trinko: la dialettica tra norme antitrust generali e disciplina regolatoria delle telecomunicazioni in Italia e negli Stati Uniti*, in *Riv. Di. Ind.* 2009, 1, 24.

¹²⁹ Tra gli anni '70 e '80 la *FCC* ha adottato una serie di misure pro-concorrenziali, a cominciare dalla rimozione dell'obbligo dei clienti di *AT&T* di avvalersi degli apparecchi telefonici forniti dall'incumbent [caso *North Carolina Utilities Commission v. FCC*, 552, F.2d 1036 (4th Circ., 1977)]. Immediatamente dopo, la *FCC* ha disposto l'*unbundling* dei servizi locali da quelli *long distance*, con la conseguenza di imporre ad *AT&T* l'obbligo di concedere l'accesso alla rete locale. Il *leading case* a tale proposito è *MCI [MCI Telecommunications Corp. v. FCC]*, 580 F.2d 590 (D.C. Circ., 1978), in cui la *FCC* ha permesso a una piccola impresa, che voleva offrire servizi *long distance* mediante l'uso di frequenze radio, di collegarsi alla rete dell'*incumbent*.

¹³⁰ *United States v. AT&T*, 427, F.Supp. 57 (D.D.Circ., 1976). Secondo il *Department of Justice*, la concentrazione in mano a un'unica impresa di un'attività potenzialmente concorrenziale, quale la fornitura di servizi telefonici di lunga distanza, e del monopolio - naturale - sulla rete locale, favoriva la realizzazione di condotte escludenti, per via della possibilità di sussidiatura incrociata tra i due settori e di chiusura del segmento *long distance*, sfruttando come leva strategica il monopolio locale. Su questa base, il *DoJ* ha suggerito di adottare misure deconcentrative di separazione tra le due attività, nella consapevolezza che, date la complessità del sistema e la rapidità dei progressi tecnologici, il controllo regolatorio non sarebbe bastato a limitare o escludere il rischio di condotte anticompetitive. Quando il giudice Green ha negato la mozione di *summary judgement* promossa da *AT&T [United States v. AT&T]*, 461, F.Supp. 1314 (D.D.Circ., 1978)], si è aperta una trattativa tra le parti, culminata con l'adozione del c.d. *Modified Final Judgment* (MFJ),

mantenimento del monopolio nel mercato locale, seppure organizzato non più su base nazionale ma regionale, e la promozione della concorrenza tra imprese nel segmento *long distance*¹³¹.

Entrambe questi atti normativi costituiscono forme di regolamentazione asimmetrica¹³², ma con la particolarità di agire non tanto nei confronti delle imprese appartenenti al medesimo settore, quanto nei confronti delle imprese che operano in mercati differenti se pure intercomunicanti, quali i mercati dei servizi telefonici, dei servizi televisivi via etere o via cavo.

Questa nuova organizzazione del mercato era stata concepita come temporanea, tesa a rimediare alle disfunzioni più urgenti, in attesa di un capillare intervento legislativo di riforma del settore¹³³.

Sulla spinta delle pressioni economiche e sociali verso l'abolizione dei monopoli, nel 1996 il Congresso ha approvato una nuova regolazione, modificativa del

che prevedeva lo smembramento di AT&T. Per un'accurata sintesi delle diverse fasi del processo, SULLIVAN, GRIMES, *The law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Thomson West, St. Paul, 2006, pp. 818-819.

¹³¹ Per un esame dettagliato delle tappe evolutive della regolazione delle telecomunicazioni, si rinvia a AA.VV., *Network Access, Regulation and Antitrust*, Routledge, London & New York, 2005; HELANSKI, *Adjusting Regulation to Competition: Toward a new model for U.S. Telecommunications Policy*, in *Yale Jour. On Regulation*, 2007, pp. 56-62.

¹³² Da queste considerazioni, risulta evidente il ruolo fondamentale nel processo di liberalizzazione delle Tlc della cd. regolamentazione asimmetrica, che PARDOLESI ha recentemente definito: “..un complesso di misure di carattere sostanzialmente interinale, finalizzato a propiziare una situazione di mercato in cui i soggetti interessati possano concorrere ad armi pari” soprattutto in previsione “ .. della compresenza del forte con il debole.” In altri termini, l'apertura alla concorrenza delle telecomunicazioni, in precedenza gestite in regime di monopolio, pone forti squilibri nel sistema, dal momento che al gestore *ex monopolista* si affiancano nuovi concorrenti, e la regolamentazione asimmetrica serve appunto a riequilibrarlo, limitando la posizione dominante del gestore, che gode di numerosi vantaggi in termini di esperienza, sfruttamento dell'infrastruttura e sistema di distribuzione dei prodotti, a favore dell'ingresso e della sopravvivenza dei nuovi operatori di telecomunicazioni.

¹³³ BESING, *The Intersection of Sherman Act Section 2 and the telecommunications Act of 1996: What should Congress do?*, in *Comm. Law Conspectus*, 2005, p. 3.

precedente *Act* del 1934 e volta ad aprire il mercato locale delle telecomunicazioni alla concorrenza tra imprese.

A tal fine, il nuovo *Telecommunications Act* ha imposto a tutti gli operatori l'obbligo di concedere ai concorrenti l'interconnessione alla propria rete¹³⁴ e ha previsto, in capo ai soli *incumbent*, l'obbligo di fornire l'accesso disaggregato alle proprie reti¹³⁵ e di vendere i servizi locali all'ingrosso e a tariffe regolate¹³⁶.

L'obiettivo di politica economica era quello di sviluppare, nel mercato locale, un sistema di concorrenza intra-modale¹³⁷ binario, insieme *facilities e services-based*, promuovendo l'entrata sia delle imprese che intendevano dotarsi di una propria rete sia di quelle che volevano operare come semplici rivenditori di servizi.

Contemporaneamente, sono state adottate misure di deregolazione del mercato, rimuovendo tutte le barriere amministrative e legali all'entrata. Tali interventi, dal notevole impatto competitivo, consentivano ai monopolisti locali di operare anche nel segmento *long distance*, reintroducendo indirettamente quel sistema

¹³⁴ L'obbligo di fornire l'interconnessione, ancorché generalizzato, è essenzialmente finalizzato a prevenire le condotte escludenti dei monopolisti locali che, impedendo ai clienti altrui di comunicare coi propri utenti, ostacolerebbero l'ingresso o la permanenza dei concorrenti nel mercato.

¹³⁵ Si tratta, di una misura di promozione dello sviluppo di reti alternative: la possibilità di accesso a diversi livelli alla rete del monopolista locale incentiva i nuovi entrati a crearne progressivamente una propria e ad appoggiarsi alla rete dell'*incumbent* solo per i segmenti non ancora duplicati.

¹³⁶ La previsione è finalizzata a garantire l'ingresso nel mercato anche a quelle imprese che non intendono dotarsi in tutto o in parte di una rete propria ma vogliono piuttosto operare come semplici *re-sellers*.

¹³⁷ Le previsioni regolatorie ruotano attorno all'adozione di misure di connessione tra reti tra loro compatibili, perché basate sulla medesima tecnologia; esse trascurano, invece la concorrenza c.d. inter-modale, quella tra imprese che forniscono gli stessi servizi avvalendosi di tecnologie differenti. Si veda, sul punto, C.B. GOLDFARB, *Telecommunications Act: Competition, Innovation and Reform*, in *Practising Law Institute - Patent, Copyright, Trademarks and Literary Property Course Handbook Series*, 2005, pp. 408-409.

integrato *long-short distance* a cui lo smembramento di *AT&T* aveva inteso porre fine.

Gli obiettivi principali della attuale normativa sono dunque rappresentati dalla promozione della concorrenza in tutti i mercati e l'abbattimento delle barriere legali alla convergenza tra telecomunicazioni e TV, tra mobile e fisso, tra locale e lunga distanza.

Nello specifico, riguardo alla telefonia le *Regional Bell Operating Companies* (RBOC) sono libere di offrire servizi di lunga distanza entro e al di fuori della propria regione di competenza, dopo il completamento di una serie di passi necessari per rimuovere le barriere all'entrata nel mercato locale. Tutti gli operatori locali devono scomporre la propria rete e permettere la rivendita del servizio da parte dei concorrenti, garantendo la portabilità del numero e la parità d'accesso (*dialing parity*)¹³⁸.

Una volta espletati questi obblighi, per offrire servizi a lunga distanza le RBOC devono chiedere l'autorizzazione alla *FCC*, la quale detiene un notevole potere

¹³⁸ Nella legge è espressamente specificata una lista di quattordici requisiti (*competitive checklist*) che le RBOC devono soddisfare prima di poter essere autorizzate ad entrare nel mercato *long distance inter LATA*: 1. interconnessione; 2. accesso non discriminatorio agli elementi di rete; 3. accesso non discriminatorio ai pali, dotti e diritto di passaggio; 4. vendita del local loop come singolo elemento di rete (*unbundled*); 5. vendita del trasporto locale come singolo elemento di rete; 6. vendita della commutazione locale come singolo elemento di rete; 7. accesso non discriminatorio ai servizi di emergenza, di informazioni e da operatore; 8. inclusione degli abbonati del *carrier* che chiede l'interconnessione nell'elenco abbonati della RBOC; 9. numeri telefonici per i clienti del *carrier* che chiede l'interconnessione; 10. Accesso non discriminatorio ai database; 11. portabilità del numero ad interim; 12. parità di accesso agli operatori locali; 13. compensazione reciproca; 14. rivendita. Gli ILEC (*Incumbent Local Exchange Carriers*), cioè gli operatori che all'approvazione del *Telecommunications Act* erano già presenti nel mercato, hanno in più l'obbligo di negoziare in buona fede i termini del contratto di interconnessione, permettendo l'interconnessione con la propria rete per la trasmissione e l'instradamento del servizio telefonico commutato e fornendo l'accesso alla propria rete in qualsiasi punto tecnicamente possibile: l'interconnessione e l'accesso devono essere forniti a tariffe, termini e condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie.

nel determinare la struttura del mercato long distance; l'implementazione della concorrenza a livello locale è demandata invece alle *Public Utility Commission* (PUC), autorità di regolazione locale.

Il *Telecommunications Act* dal punto di vista regolamentare può essere considerato una legge quadro con la presenza di specifiche norme transitorie. La *FCC* ha la responsabilità dei regolamenti attuativi e si è pronunciata sui tre grandi temi contemplati dal legislatore e costituenti la cosiddetta trilogia: l'apertura alla concorrenza nei mercati locali, la riforma delle tariffe di accesso (*access charges*) e il servizio universale.

La *Section 253* della legge del 1996 rimuove tutte le barriere legali e regolamentari all'ingresso sui mercati locali vietando tutti ogni regolamento statale alla capacità di di ogni entità di fornire servizio telefonico interstatale o intra-statale.

Con l'adozione del *Telecommunication Act* il Congresso degli Stati uniti ha considerato, tuttavia, che la concorrenza potesse ancora essere ostacolata da significative barriere economiche e, quali il rifiuto di interconnessione o condizioni discriminatorie di interconnessione. Al fine di superare tali ostacoli, la *Section 251* della legge del 1996 impone una serie di obblighi che coinvolgono i vettori locali di telecomunicazioni. La *Section 251* prevede infatti che ogni vettore di telecomunicazioni deve consentire l'interconnessione ad altri vettori, rivolgendo tale obbligo sia agli *incumbent* che ai vettori locali. A tutti i *Local Exchange Carriers* ("LECs") sono vietati sia i rifiuti di manutenzione che l'imposizione di condizioni discriminatorie per la rivendita dei servizi telefonici.

Ulteriori obblighi sono imposti ai *Incumbent Local Exchange Carriers* ("ILEC"). In aggiunta agli obblighi imposti a tutti i *Local Exchange Carriers*, le ILEC sono

tenuti a fornire, a prezzi ragionevoli, l'interconnessione ad ogni punto tecnicamente praticabile ed in qualsiasi momento con la rete del vettore¹³⁹. L'Act del 1996 richiede alle ILEC di offrire la rivendita con tariffe all'ingrosso qualsiasi servizio di telecomunicazioni che il vettore al dettaglio per i propri abbonati.

Le modalità previste dal *Telecommunications Act* per l'ingresso nella telefonia locale, utilizzabili anche in combinazione tra loro, sono: a) entrata tramite infrastrutture proprie ed interconnessione con la rete dell'*incumbent*; b) entrata mediante acquisto di elementi di rete dall'*incumbent*¹⁴⁰; c) entrata mediante rivendita del servizio dell'*incumbent*, che è la modalità di entrata più rapida e meno costosa, in quanto non richiede la disponibilità di infrastrutture e *know-how* tecnico da parte del nuovo entrante (tipicamente un *service provider*).

Per quanto concerne l'interconnessione tra reti, la metodologia di determinazione delle tariffe dev'essere basata sui costi prospettici o attesi (*forward looking*) e non su quelli storici o contabili, al fine di garantire efficienti livelli d'investimento e di entrata.

Va infine osservato come nel sistema nord-americano, in aggiunta ai requisiti normativi di cui sopra, le leggi *antitrust* restano applicabili agli operatori di telecomunicazioni.

Le due principali leggi *antitrust* federali degli Stati Uniti sono lo *Sherman Act* e il *Clayton Act* adottati rispettivamente nel 1890 e nel 1914.

¹³⁹ In pratica, ciò significa che gli operatori storici devono interconnettersi con tutti i vettori su richiesta, presso le sedi specificate, BORK, *Telephony*, in *Beyond the telecommunications act 11*, 36.

¹⁴⁰ La *FCC* ha identificato sette elementi di rete che, dietro specifica richiesta dei nuovi entranti, devono essere resi distintamente disponibili da parte dell'*incumbent* per l'accesso. Essi sono: interfaccia di rete; *local loop*; centrali locali e tandem (includendo tutti i servizi software offerti da tali centrali); apparati di trasmissione tra centrali; apparati di segnalazione e di accesso a data base per informazioni sul traffico; sistemi di gestione e di informazione; servizi da operatore e informazioni sugli abbonati.

La *Section 1* dello *Sherman Act* vieta tutti i contratti e gli accordi che frenino irragionevolmente il commercio interstatale. La *Section 2* vieta invece qualsiasi tentativo di monopolizzare qualsiasi parte del commercio interstatale. Ai sensi della *Section 2*, i monopoli non sono necessariamente illegali. La monopolizzazione è illegittima quando una società è diventata l'unica non perché il proprio prodotto o servizio sia superiore a quello fornito dagli altri operatori, ma perché abbia in qualche modo soppresso la concorrenza mediante comportamenti anticoncorrenziali. Analogamente, il *Clayton Act* vieta una serie di pratiche commerciali in cui l'effetto della pratica potrebbe essere quella di ridurre la concorrenza sostanzialmente ovvero di creare un monopolio.

I divieti contenute in queste leggi, come interpretato dalle corti federali assumono una rilevanza centrale nel campo delle telecomunicazioni. La *Section 2* dello *Sherman Act* può essere utilizzato dal *Department of Justice* o dalle parti processuali per prevenire imprese in posizione dominante, tipicamente le ILEC, rispetto all'adozione di comportamenti abusivi nei confronti dei nuovi operatori. Ai sensi della più volte citata *essential facility doctrine*, l'impresa dominante che controlla una infrastruttura essenziale deve concedere ai concorrenti l'accesso alla rete a condizioni non discriminatorie pertanto la dottrina delle infrastrutture essenziali potrebbe quindi fornire una strada alternativa per i nuovi operatori che cercano di ottenere l'accesso alle reti e ai servizi degli operatori storici, anche se va rilevato come l'esperienza ha dimostrato che negli Stati Uniti questa soluzione tende ad essere esclusa dalle Corti Federali, come avremo modo di analizzare nel capitolo successivo.

Infine, le regole *antitrust* si applicano alle fusioni e acquisizioni tra operatori di telecomunicazioni. Ai sensi della *Section 221* della legge 1934, fusioni e

acquisizioni tra società telefoniche erano immuni dalla piena applicazione delle leggi *antitrust*, se approvato dalla *FCC*, tuttavia, ai sensi della sezione 601 della legge del 1996, le fusioni e le acquisizioni sono ora soggetti all'ambito della *Section 7* del *Clayton Act*, che vieta l'acquisizione di azioni o beni da qualsiasi soggetto qualora l'effetto di tali acquisti riduca sostanzialmente la competizione, o crei un monopolio.

5. – La liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione e il quadro regolatorio comunitario in materia di accesso ed interconnessione.

L'evoluzione della tecnologia, unita agli sviluppi regolamentari negli Stati Uniti, avviò anche in Europa un progressivo ripensamento delle politiche nei confronti delle telecomunicazioni.

La liberazione dei servizi di telecomunicazione veniva considerata come una parte fondamentale del processo di completamento del Mercato Unico Europeo, che si sarebbe attuato a partire dal 1992, che richiedeva di superare l'assetto monopolistico dei mercati nazionali e di favorire – almeno in prospettiva – il consolidamento a livello europeo.

Il primo documento della Commissione in proposito, il Libro Verde del 1987, poneva quindi l'obiettivo generale di liberalizzare i servizi di telecomunicazione, in rete fissa, via cavo e via satellite, nonché la fornitura di apparati e di servizi a valore aggiunto, per costruire un mercato comune europeo delle telecomunicazioni, favorendo la realizzazione di nuove reti transeuropee e l'integrazione di quelle esistenti.

A partire dal 1988, si apriva in Europa un grande cantiere regolatorio, nel quale misure di liberalizzazione venivano dapprima rivolte ai mercati di fornitura degli

apparati e dei terminali (1988), poi ai servizi a valore aggiunto e a quelli rivolti a gruppi chiusi di utenti (1990), ai servizi pubblici di trasmissione dati (1993) e quindi alle reti specializzate che coesistevano con la rete telefonica tradizionale, e cioè linee affittate (1992), reti via satellite (1995) reti via cavo (1996) e reti mobili (1996). A partire dal 1996, con la Direttiva sulla cd. *Full Competition*, iniziava la seconda fase dell'apertura del mercato alla concorrenza, che finalmente investiva il segmento dei servizi di telefonia vocale, i quali venivano completamente liberalizzati a partire dal 1 gennaio 1998.

Il quadro regolatorio entrato compiutamente in vigore nel 1998 doveva contemperare due ordini di obiettivi, declinandoli su una pluralità di piattaforme tecnologiche: consentire l'entrata e liberalizzare la fornitura dei servizi esistenti e di servizi innovativi, e contemporaneamente preservare l'universalità del servizio di telefonia vocale in un assetto non più monopolistico, ma competitivo¹⁴¹.

Il conseguimento del primo obiettivo, in un arco temporale compatibile con le crescenti pressioni competitive, non poteva certamente essere basato sullo sviluppo degli investimenti da parte dei nuovi entranti, che sarebbe stato necessariamente lento ed avrebbe oggettivamente rallentato i processi di entrata.

Il quadro regolatorio che ne risultava, appariva indubabilmente complesso, non privo di contraddizioni e di lentezze realizzative, fu comunque un grande successo, e trasformò in pochi anni le telecomunicazioni europee.

Ciò fu merito in primo luogo della Commissione, che utilizzò con intelligenza vari strumenti, tracciando il quadro generale con una serie di strumenti normativi di (le Direttive del Parlamento e del Consiglio), ma intervenendo rapidamente con Direttive *ex* articolo 95 del Trattato istitutivo dell'Unione quando riscontrava la

¹⁴¹ Si vedano PROSPERETTI, MERINI, *Dal vecchio al nuovo quadro regolatorio: una prospettiva economica*.

necessità di accelerare l'evoluzione della normativa negli Stati membri, e servendosi anche – a seconda dei casi – di Raccomandazioni e dei Regolamenti. Accanto a questa rilevante attività regolamentare, la Commissione utilizzò incisivamente anche i suoi poteri *antitrust*, quando procedimenti per comportamenti abusivi e condizionando l'approvazione di concentrazioni nelle telecomunicazioni all'accettazione di *undertakings* in grado di accelerare la liberalizzazione del mercato.

5.1. Segue. Il quadro regolatorio del 1998, il cd. Framework 2002 e la nuova disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche del 2009.

Il processo di liberalizzazione delle telecomunicazioni europee è stato realizzato in presenza di due vincoli principali: da un lato, la complessa struttura decisionale dell'Unione Europea¹⁴², ulteriormente complicata dalle significative differenze che esistevano tra gli Stati, sia sotto il profilo delle caratteristiche dell'operatore storico che sotto quello della visione politico-economica, che spaziava dall'impostazione liberistica britannica a quella statalista francese. Il recepimento delle Direttive negli ordinamenti nazionali fu di conseguenza un processo lento e relativamente diseguale.

L'altro vincolo derivava dal carattere pervasivo della proprietà pubblica nelle telecomunicazioni europee: nel 1993, quando il processo di liberalizzazione era iniziato già da sei anni, solo nel Regno Unito ed in Spagna lo Stato era sceso sotto una percentuale azionaria del 40%, ed ancora nel 1999 vi erano sei Stati membri

¹⁴² Per una dettagliata descrizione della legislazione europea in vigore dal 1998 si vedano *European Commission, Status Report on European Union Telecommunications Policy*, 6 ottobre 1998.

in cui gli operatori storici erano controllati dallo Stato. Anche questo fatto rallentava i processi di liberalizzazione in molti Stati membri.

In questo articolato panorama europeo, il quadro regolatorio era dunque una complessa costruzione che fissava, nelle principali Direttive, principi base in quattro aree principali: la concessione di licenze e autorizzazioni, l'accesso e l'interconnessione, la determinazione di obblighi relativi al servizio universale, il controllo di prezzi finali.

Per quanto qui di interesse i, principi di accesso e interconnessione alle reti degli operatori storici sono stati sanciti dalla Direttiva 97/33 sull'interconnessione, con la quale venne assunta la decisione di imporre agli operatori storici l'apertura delle proprie reti ai nuovi entranti: gran parte del quadro regolatorio che venne gradualmente costruito fu dunque rivolto a creare le condizioni di fornitura di una rete aperta, la cd. *Open Network Provision*, (ONP). Nei fatti, il modello di concorrenza che venne prescelto in quegli anni per le telecomunicazioni europee non fu basato tanto sulla costruzione di infrastrutture alternative a quelle degli operatori storici, quanto su una *service-based competition*.

Il conseguimento del secondo obiettivo consigliò il completamento del quadro ONP con norme finalizzate a preservare il servizio universale, basate sulla quantificazione degli oneri che a tal fine sopportavano gli operatori storici, e allo sviluppo di modalità trasparenti, obiettive, non discriminatorie mediante le quali i nuovi operatori fossero chiamati a contribuire a tali oneri

La svolta che portò all'adozione delle normative successive si ebbe solo dopo l'insediamento della Commissione presieduta da Romano Prodi, con la nota Comunicazione *Review 1999* "Verso un nuovo quadro per l'infrastruttura delle

comunicazioni elettroniche e i servizi correlati – Esame del 1999 del quadro normativo delle comunicazioni”¹⁴³.

A seguito della procedura di riesame del quadro normativo europeo, avviata nel 1999 la c.d. “99 Review”, fu adottata una nuova disciplina di settore, il *cd. Framework 2002*, che, essenzialmente, tendeva a razionalizzare quella precedente, adattandola ai cambiamenti tecnologici nel frattempo intervenuti. Tale disciplina, peraltro, perseguiva l’obiettivo di rendere le misure regolatorie più flessibili e congruenti alle esigenze effettive dei mercati e di riavvicinare anche l’esecuzione del diritto di settore fra i diversi Stati membri¹⁴⁴.

Il nuovo quadro normativo, è stato approvato al termine di un procedimento normativo complesso caratterizzato da un ampio coinvolgimento delle Istituzioni comunitarie, degli Stati membri e degli operatori di telecomunicazione e si componeva di cinque direttive d’armonizzazione approvate dal Parlamento europeo e dal Consiglio; di una direttiva della Commissione, di una decisione adottata *ex art. 95* del TCE e di un regolamento, che pur approvato in precedenza, era parte integrante del nuovo sistema normativo. Questi atti normativi

¹⁴³ Nella *Review 99* la Commissione europea dopo aver analizzato il grado di liberalizzazione raggiunto nel settore delle telecomunicazioni ed osservato che la convergenza era ormai molto più che un’opzione tracciò le linee portanti del suo intervento: da un lato ricomporre a sistema l’eterogenea normativa comunitaria in materia di telecomunicazioni, da un altro lato porre le basi per uno sviluppo convergente di un nuovo settore, quello delle comunicazioni elettroniche. In *COM (1999)*, 539. Sulla *Review 1999* si aprì una consultazione pubblica i cui risultati vennero sintetizzati nella Comunicazione della Commissione del 26 aprile 2000. I risultati della consultazione pubblica sono pubblicati nella *Comunicazione* della Commissione del 26 aprile 2000 recante i “*Risultati della consultazione pubblica sull’esame del 1999 del quadro normativo delle comunicazioni e orientamenti per il nuovo quadro normativo*”, in *COM (2000)*, 239.

¹⁴⁴ Per un inquadramento degli obiettivi perseguiti dal legislatore comunitario con il nuovo pacchetto di direttive, si v. SIRAGUSA e CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, cit., p. 511 e RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, cit., p. 561 ss.

sostituiscono circa venticinque atti normativi precedentemente in vigore¹⁴⁵. Più specificamente questo nuovo complesso normativo era composto dalle seguenti direttive: la direttiva quadro 2002/21/CE, la direttiva accesso 2002/19/CE, la direttiva autorizzazioni 2002/20/CE, la direttiva servizio universale 2002/22/CE, la direttiva protezione dati 2002/58/CE, la direttiva concorrenza della Commissione 2002/77/CE, ed il regolamento 2887/2000/CE (regolamento accesso disaggregato).

Considerato nel suo insieme si tratta, dunque, di un complesso normativo che opera un'importante razionalizzazione ed unificazione delle normative preesistenti nel nuovo sistema delle comunicazioni elettroniche.

La considerazione preliminare riguarda innanzitutto il campo di applicazione della nuova disciplina comunitaria. Sulla base dell'art. 1, comma 1, della direttiva quadro l'obiettivo è istituire “*un quadro normativo armonizzato per la disciplina dei servizi di comunicazione elettronica, delle reti di comunicazione elettronica e delle risorse e dei servizi correlati*”.

¹⁴⁵ La dottrina sul *Framework* 2002 è ormai piuttosto cospicua. Si segnalano, tra i lavori di carattere generale, in particolare i saggi in KOENIG, BARTOSCH, BRAUN (a cura di), *EC Competition and Telecommunications Law*, cit., ed ivi specialmente BRAUN, CAPITO, *The Emergence of EC Telecommunications Law as a New Self-Standing Field within Community Law*, 51 ss.; KOENIG, NEUMANN, *The European Regulatory Framework for the Administration of Scarce and Finite Resources*, 511 ss; NIHOUL, RODFORD, *EU Electronic Communications Law. Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, cit.; DOBBS, RICHARDS, *Innovation and the New Regulatory Framework for Electronic Communications in the E.U.*, in *E.C.L.R.*, 2004, 716 ss. Nella dottrina italiana MORBIDELLI e DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Giappichelli, Torino; CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, 33 ss.; DENOZZA, *L'applicazione delle regole di concorrenza nel campo delle telecomunicazioni*, 93 ss.; RADICATI DI BROZOLO, *Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria nel nuovo quadro comunitario delle comunicazioni elettroniche*, 105 ss. Cfr. anche i saggi in PEREZ (a cura di), *Disciplina europea delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2004.

L'ambito d'applicazione risulta, quindi, particolarmente esteso. Infatti, nella nozione di reti di comunicazione elettronica rientrano, *ex art. 2 lett. a)* della direttiva quadro, gli impianti di trasmissione, le reti di telecomunicazioni fisse e mobili, le reti di radiodiffusione e telediffusione terrestre e le reti internet.

Di certo i profili del nuovo corpo normativo che appaiono di particolare interesse per l'analisi qui condotta, attengono: a) al ruolo previsto per le Autorità nazionali di regolazione (di seguito ANR) nel sistema delle comunicazioni elettroniche; b) al nuovo rapporto tra regolazione e concorrenza ed, in particolare, ai limiti alla regolazione del mercato posti dalla normativa europea; c) alla regolazione dell'interconnessione tra reti di comunicazione e dell'accesso dei fornitori di servizi¹⁴⁶.

La posizione che le Autorità nazionali di regolazione assumono nel sistema delle comunicazioni elettroniche è indubbiamente uno degli aspetti di maggior interesse che del nuovo quadro normativo europeo.

Sebbene l'obbligo comunitario, di istituire un ente indipendente competente a governare nel settore delle telecomunicazioni la transizione da un sistema fondato sul monopolio pubblico ad uno basato sul libero mercato, risalisse già alla direttiva 88/301/CEE, solo con le normative comunitarie che si sono susseguite, si è provveduto da un lato a disegnare in maniera via via più precisa le caratteristiche istituzionali e funzionali dell'ente, dall'altro a selezionare ed attribuire ad esso direttamente funzioni e compiti di regolazione.

La prima novità circa il ruolo delle ANR discende direttamente dal campo d'azione del *Framework* 2002, infatti l'ampliamento del campo d'azione delle ANR è evidente sia nella direttiva quadro sia nelle direttive "interconnessione",

¹⁴⁶ OROFINO *Un caso concreto di governance multilevel* in CSF PAPERS, dicembre 2005.

“autorizzazioni” e “servizio universale”, cd. direttive speciali, le quali, individuano, ciascuna in riferimento al proprio oggetto, obblighi generali e obblighi asimmetrici che le ANR possono imporre agli operatori di rete ed ai fornitori di servizi indipendentemente dal fatto che si tratti di reti o di servizi di telecomunicazione.

Il procedimento per l'imposizione di tali obblighi è disciplinato dalla direttiva quadro. Questa direttiva non si limita però a disciplinare il procedimento per l'imposizione di obblighi asimmetrici a determinati operatori, ma dedica l'intero Capo II a definire specificamente la posizione istituzionale delle ANR. Le norme ivi contenute disciplinano due differenti profili di particolare rilevanza: a) i requisiti soggettivi e funzionali delle ANR definiti dal diritto comunitario, b) il rapporto tra le ANR e la Commissione, tra le ANR dei differenti Stati membri e tra le ANR e le Autorità nazionali *Antitrust*.

Come si è già avuto modo di anticipare, la direttiva quadro e le direttive speciali del nuovo *Framework* assegnano alle Autorità nazionali di regolazione una pluralità di funzioni. Tra queste funzioni tutte orientate a garantire il funzionamento di un mercato efficiente e concorrenziale¹⁴⁷ assume un rilievo centrale la funzione di regolazione, che in linea teorica può essere definita come l'imposizione di obblighi (normativi o amministrativi) generali a tutti gli operatori operanti in un determinato settore oppure nell'imposizione di obblighi specifici ed

¹⁴⁷ La direttiva quadro assegna alle ANR i seguenti obiettivi: a) promuovere la concorrenza (art. 8 par. 2), b) contribuire allo sviluppo del mercato interno (art. 8, par. 3), promuovere gli interessi dei cittadini (art. 8, par. 4), c) assegnare in maniera trasparente frequenze e numerazioni (artt. 9 e 10), d) definire ed assicurare i diritti di passaggio (art. 11), incoraggiare ed, in talune circostanze, imporre la condivisione dei siti di trasmissione (art. 12), e) definire il mercato rilevante procedendo anche all'identificazione delle imprese con notevole forza di mercato ed eventualmente ad imporre loro le obbligazioni previste dalle direttive speciali (artt. 14 e 16).

asimmetrici a carico degli operatori aventi in un determinato mercato una posizione di dominanza.

Gli obblighi generali hanno, dunque, la funzione di orientare lo sviluppo del mercato verso il soddisfacimento di determinati bisogni mentre gli obblighi asimmetrici hanno la funzione di correggere, semmai prevenendoli, eventuali squilibri. Il *Framework 2002* si pone, in linea generale, l'obiettivo di definire gli obblighi generali a livello comunitario e di limitare gli interventi di regolazione asimmetrica¹⁴⁸.

Va notato come in questa disposizione si rende immediatamente evidente il nuovo equilibrio che si deve instaurare tra regolazione e concorrenza¹⁴⁹, che deve fondarsi, sul principio della sussidiarietà della regolazione rispetto alla concorrenza. Corollario di tale principio è la necessità, in via generale, di accertare la non concorrenzialità dei mercati prima di procedere all'imposizione di regole asimmetriche.

L'accertamento del mercato non concorrenziale e dell'impresa con significativo potere di mercato è demandato dalla direttiva quadro alle ANR. Sempre le ANR sono poi sulla base dell'accertamento compiuto chiamate ad imporre gli obblighi asimmetrici previsti dalle direttiva quadro stessa e dalle direttive speciali. Il ruolo previsto per le ANR circa l'analisi dei mercati, l'accertamento degli operatori che dispongono di un significativo potere di mercato e l'applicazione di specifiche

¹⁴⁸ Come evidenziato da RADICATI DI BROZOLO, *Convergenza, concorrenza, regolazione ed asimmetria nel nuovo quadro comunitario*, in MORBIDELLI, DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, p. 111, il principio per cui l'opzione regolamentare era tarata sull'esigenza di favorire la concorrenza è affermato fin dal principio dalla normativa europea.

¹⁴⁹ Il considerando n. 27 della direttiva quadro chiarisce che “è essenziale che gli obblighi *ex ante* vengano imposti 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”.

misure asimmetriche, è strettamente connesso con il tratto più significativo della riforma comunitaria: l'introduzione anche in ambito regolatorio di una serie di nozioni e procedure tipiche del diritto della concorrenza.

Si intendono, al riguardo, la nozione di mercato rilevante e di dominanza singola e collettiva, le procedure per la definizione dei mercati rilevanti e per la loro analisi: nozioni e procedure che comportano, dunque, una profonda trasformazione dell'attività di regolazione spettante alle ANR¹⁵⁰.

L'esigenza di rendere sostanziale la liberalizzazione dei mercati ha giustificato pertanto l'individuazione di obblighi specifici di cui gravare gli *ex* monopolisti (e poi, più in generale gli operatori) che avessero mantenuto una significativa quota di mercato.

Con la disciplina precedente al *Framework 2002*, lo schema normativo per l'imposizione degli obblighi asimmetrici era fondato sull'individuazione di soglie percentuali cui far corrispondere automaticamente una posizione di significativo potere di mercato per cui, qualora un operatore avesse superato la quota di mercato predeterminata, l'Autorità nazionale di regolazione sarebbe stata chiamata ad imporre a tale operatore gli obblighi asimmetrici conseguenti, previsti dalla normativa comunitaria. Invece, con la disciplina del 2002 cambia profondamente sia la nozione di significativo potere di mercato sia il procedimento da seguirsi per l'imposizione di obblighi asimmetrici.

¹⁵⁰ LA SPINA, MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000; ARRIGONI, *Regolazione e gestione nelle public utilities*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, ss.; in relazione alla regolazione comunitaria G. MAJONE, *Regulating Europe*, Routledge, London, 1996; TESAURO, D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2002; sulla regolazione delle telecomunicazioni, BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2001.

Infatti, la nozione di “*significativo potere di mercato*”, nel nuovo quadro normativo, non è più legata ad una soglia percentuale predeterminata, ma fa riferimento alla fattispecie in cui una impresa goda di “*una posizione equivalente ad una posizione dominante ossia di una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti ed in definitiva dai consumatori*”, così come previsto *ex art. 14 della direttiva quadro*¹⁵¹.

Una definizione di questo tipo, del tutto diversa da quella precedente, in quanto sganciata da una presunzione numerica, appare assimilabile alla nozione di posizione dominante singola o collettiva così come elaborata dalla giurisprudenza dalla Corte di giustizia riguardo alla tutela della concorrenza ed, in particolare all'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE¹⁵².

Ne deriva che, qualora le ANR accertino l'esistenza di posizioni dominanti esse sono chiamate a notificare l'operatore con significativo potere di mercato e, ad imporre tra gli obblighi asimmetrici previsti dalle direttive speciali quelli più opportuni sulla base del principio di proporzionalità.

Gli obblighi asimmetrici che possono essere imposti sono oggi contenuti nelle direttive speciali: si tratta, in particolare, di obblighi di accesso e di interconnessione alla rete, di fornitura di linee affittate, di trasparenza e di non

¹⁵¹ Sulla nuova nozione di significativo potere di mercato, BRAUN, CAPITO, *The Framework Directive*, in KOENIG, BARTOSCH, BRAUN (a cura di), *EC Competition and Telecommunications Law*, cit., 309 ss.; da RADICATI DI BROZOLO, *Convergenza, concorrenza, regolazione ed asimmetria nel nuovo quadro comunitario*, in MORBIDELLI, DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, cit., 105 ss..

¹⁵² Il considerando 25 della cd. direttiva quadro espressamente rimanda per la definizione della nozione di significativo potere di mercato alla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee in merito alla nozione di posizione dominante.

discriminazione; di separazione contabile, di controllo dei prezzi sia a monte sia al dettaglio e di taluni obblighi di servizio universale¹⁵³.

L'accertamento della posizione di significativo potere di mercato e la sua sanzione da parte delle ANR sono i presupposti per l'imposizione di obblighi agli operatori di comunicazione elettronica anche ai sensi della direttiva 2002/19/CE cd. direttiva accesso, che sostituisce la precedente normativa in materia di accesso alla rete e di interconnessione tra le reti, perseguendo l'obiettivo di dettare una disciplina uniforme a livello europeo.

Il cardine di questa normativa è espresso dall'art. 3 della direttiva accesso che impone agli Stati membri di rimuovere qualsiasi ostacolo che impedisca agli operatori di negoziare tra loro liberamente gli accordi tecnici e commerciali relativi all'accesso ed all'interconnessione.

Ne deriva che a differenza del quadro regolatorio del 1998 in cui l'ex monopolista pubblico era per definizione, in quanto proprietario della rete pubblica di telecomunicazione, obbligato a concedere l'accesso ai fornitori di servizi e

¹⁵³ Secondo OROFINO *Un caso concreto di governance multilevel* in CSF PAPERS, dicembre 2005, cit.: *“Il fatto che la normativa comunitaria preveda che le ANR provvedono alla definizione dei mercati, alla loro analisi, alla notifica degli operatori di mercato ed alla scelta delle misure asimmetriche (tra quelle tipizzate) produce, seppur nell'ambito delle Raccomandazioni e delle Linee Guida della Commissione, una deregolamentazione del sistema. Questo perché, quello che prima era direttamente definito dalle direttive comunitarie è ora, invece, rimesso all'attività delle ANR. La deregolamentazione indotta dalla nuova normativa comunitaria non va intesa, però, nel senso di autorizzare gli Stati membri a riappropriarsi di competenze normative laddove le norme comunitarie sembrano ritrarsi. Al contrario, testimonia la scelta compiuta dal “legislatore” comunitario di “limitare” la regolazione dei mercati e di subordinare la regolazione asimmetrica all'accertamento di un deficit di concorrenzialità degli stessi. Una scelta che deve essere considerata come un vincolo nei confronti degli Stati membri. Un vincolo da intendersi come un limite all'introduzione da parte degli Stati membri di regole specifiche diverse da quelle tipizzate a livello comunitario oppure di procedimenti differenti per l'imposizione di obblighi asimmetrici. Un limite dunque “negativo” in quanto consistente in un obbligo di non introdurre regole o procedimenti, che possano modificare l'equilibrio individuato a livello comunitario tra concorrenza e regolazione”.*

l'interconnessione agli altri operatori di rete sulla base di un sistema di tariffe predeterminato, nel *Framework 2002* la disciplina dell'accesso e dell'interconnessione è in via generale rimessa all'autonomia dei privati ed alla loro libera contrattazione.

Tuttavia il nuovo principio della libera negoziazione è temperato da alcune previsioni normative. Innanzitutto, è limitata la libertà di contrattazione, in quanto viene posta a carico delle imprese un l'obbligo di negoziare se richiesto da altri operatori, obbligo che viene esteso a tutti gli operatori mentre nella vigenza della precedente normativa gravava solo sull'operatore di rete pubblica. L'obbligo a negoziare non rappresenta però un obbligo a concludere un accordo.

Ulteriori limitazioni alla libera negoziazione sono poi dovute alla necessità di assicurare un'efficiente interoperabilità delle reti. Le ANR vigilano, come previsto dal primo capoverso del primo comma dell'art. 5, sullo sviluppo di un accesso e di un'interconnessione efficiente.

Per compiere questi specifici obiettivi le ANR possono imporre agli operatori obblighi *ex art. 5*¹⁵⁴ ed *ex artt. 9-13* della direttiva accesso, anche se vi è una fondamentale differenza tra tali obblighi.

¹⁵⁴ Articolo 5 - Poteri e competenze delle autorità nazionali di regolamentazione in materia di accesso e di interconnessione: “1. *Nel perseguire gli obiettivi stabiliti dall'articolo 8 della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro) le autorità nazionali di regolamentazione incoraggiano e se del caso garantiscono, in conformità delle disposizioni della presente direttiva, un adeguato accesso, e un'adeguata interconnessione e l'interoperabilità dei servizi, esercitando le rispettive competenze in modo tale da promuovere l'efficienza economica e una concorrenza sostenibile, e recare il massimo vantaggio agli utenti finali. In particolare, fatte salve le misure che potrebbero essere adottate nei confronti di imprese che detengono un notevole potere di mercato ai sensi dell'articolo 8, le autorità nazionali di regolamentazione possono imporre: a) nella misura necessaria a garantire l'interconnettibilità da punto a punto, obblighi alle imprese che controllano l'accesso agli utenti finali, compreso in casi giustificati l'obbligo di interconnessione delle rispettive reti qualora non sia già prevista; b) nella misura necessaria a garantire l'accessibilità per gli utenti finali ai servizi radiofonici e televisivi digitali specificati dallo Stato membro, l'obbligo agli operatori di garantire l'accesso alle altre risorse di cui all'allegato I,*

Infatti, le misure *ex art. 5* non sono direttamente correlate ad una particolare situazione di mercato, vale a dire ad una posizione dominante ma genericamente connesse con la necessità di garantire l'accessibilità per gli utenti finali. In quanto trattasi di misure genericamente connesse con l'accessibilità e non tipizzate normativamente ma rimesse anche per la loro determinazione alle ANR devono essere proporzionali, non discriminatorie e, comunque, sottoposte al vaglio preventivo della Commissione europea.

Le misure di cui agli artt. 9-13 della direttiva accesso, invece, sono espressamente tipizzate e possono essere imposti dalle ANR solo agli operatori con significativo potere di mercato e sempre dopo che sia stato esperito il procedimento previsto dalla direttiva quadro. Questo significa che possono essere imposte agli operatori solo in via sussidiaria rispetto alla loro capacità di autoregolarsi ed alla capacità delle norme *antitrust* di garantire il funzionamento di un mercato concorrenziale.

Le misure asimmetriche consistono in obblighi di trasparenza (art. 9); di non discriminazione (art. 10); di separazione contabile (art. 11); e, soprattutto di

parte II a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie. 2. Le autorità nazionali di regolamentazione possono, nell'imporre ad un operatore l'obbligo di concedere l'accesso ai sensi dell'articolo 12, stabilire condizioni tecniche o operative che devono essere soddisfatte dal prestatore di servizi e/o dai beneficiari di tale accesso, ai sensi della normativa comunitaria, ove necessario per garantire il funzionamento normale della rete. Le condizioni che si riferiscono all'attuazione di norme o specifiche tecniche sono conformi all'articolo 17 della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro). 3. Gli obblighi e le condizioni imposti ai sensi dei paragrafi 1 e 2 sono obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori e sono attuati conformemente alla procedura di cui agli articoli 6 e 7 della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro). 4. Per quanto concerne l'accesso e l'interconnessione, gli Stati membri provvedono affinché l'autorità nazionale di regolamentazione sia autorizzata ad intervenire di propria iniziativa ove giustificato o, in mancanza di accordo tra le imprese, su richiesta di una delle parti interessate, per garantire il conseguimento degli obiettivi politici previsti all'articolo 8 della direttiva 002/21/CE (direttiva quadro), ai sensi delle disposizioni della presente direttiva e delle procedure di cui agli articoli 6, 7, 20 e 21 della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro).

accesso alla rete o a parti delle rete (art. 12) nonché di controllo del prezzo e di contabilità dei costi (art. 13)¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Articolo 9 - Obbligo di trasparenza: “1. Le autorità nazionali di regolamentazione possono imporre ai sensi dell’articolo 8 obblighi di trasparenza in relazione all’interconnessione e/o all’accesso, obbligando gli operatori a rendere pubbliche determinate informazioni quali informazioni di carattere contabile, specifiche tecniche, caratteristiche della rete, termini e condizioni per la fornitura e per l’uso, e prezzi. 2. In particolare, quando un operatore è assoggettato ad obblighi di non discriminazione, le autorità nazionali di regolamentazione possono esigere che egli pubblichi un’offerta di riferimento sufficientemente disaggregata per garantire che le imprese non debbano pagare per risorse non necessarie ai fini del servizio richiesto e in cui figuri una descrizione delle offerte suddivisa per componenti in funzione delle esigenze del mercato, corredata dei relativi termini, condizioni e prezzi. L’autorità nazionale di regolamentazione può tra l’altro imporre modifiche alle offerte di riferimento per dare effetto agli obblighi imposti ai sensi della presente direttiva. 3. Le autorità nazionali di regolamentazione possono precisare quali informazioni pubblicare, il grado di dettaglio richiesto e le modalità di pubblicazione delle medesime. 4. In deroga al paragrafo 3, se un operatore è soggetto agli obblighi di cui all’articolo 12 relativi all’accesso disaggregato alla rete locale a coppia elicoidale metallica, le autorità nazionali di regolamentazione provvedono alla pubblicazione di un’offerta di riferimento contenente almeno gli elementi riportati nell’allegato II. 5. Alla luce degli sviluppi tecnologici e del mercato, l’allegato II può essere modificato secondo la procedura di cui all’articolo 14, paragrafo 3.

Articolo 10 - Obbligo di non discriminazione:” 1. Ai sensi dell’articolo 8, le autorità nazionali di regolamentazione possono imporre obblighi di non discriminazione in relazione all’interconnessione e/o all’accesso. 2. Gli obblighi di non discriminazione garantiscono, in particolare, che l’operatore applichi condizioni equivalenti in circostanze equivalenti nei confronti di altre imprese che offrono servizi equivalenti, e inoltre che esso fornisca a terzi servizi e informazioni garantendo condizioni e un livello di qualità identici a quelli che assicura per i propri servizi o per i servizi delle proprie società consociate o dei propri partner commerciali.

Articolo 11 - Obbligo di separazione contabile: “ 1. Ai sensi dell’articolo 8, le autorità nazionali di regolamentazione possono imporre obblighi di separazione contabile in relazione a particolari attività nell’ambito dell’interconnessione e/o dell’accesso. In particolare, le autorità nazionali di regolamentazione possono obbligare un’impresa ad integrazione verticale a rendere trasparenti i propri prezzi all’ingrosso e i prezzi dei trasferimenti interni, segnatamente per garantire l’osservanza di un obbligo di non discriminazione ai sensi dell’articolo 10 o, se del caso, per evitare sovvenzioni incrociate abusive. Le autorità nazionali di regolamentazione possono specificare il formato e la metodologia contabile da usare. 2. Fatto salvo l’articolo 5 della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro), per agevolare la verifica dell’osservanza degli obblighi di trasparenza e di non discriminazione, le autorità nazionali di regolamentazione possono richiedere che siano prodotte le scritture contabili, compresi i dati relativi alle entrate provenienti da terzi. Le autorità nazionali di regolamentazione possono pubblicare tali informazioni in quanto utili per un mercato aperto e concorrenziale, nel rispetto della legislazione nazionale e comunitaria sulla riservatezza delle informazioni commerciali.

Articolo 12 - Obblighi in materia di accesso e di uso di determinate risorse di rete: “1. Ai sensi dell’articolo 8, le autorità nazionali di regolamentazione possono imporre agli operatori di accogliere richieste ragionevoli di accesso e ad autorizzare l’uso di determinati elementi di rete e risorse correlate, in particolare qualora l’autorità nazionale di regolamentazione reputi che il rifiuto di concedere l’accesso o termini e condizioni non ragionevoli di effetto equivalente ostacolerebbe l’emergere di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio o sarebbe contrario agli interessi dell’utente finale. Agli operatori può essere imposto, tra l’altro: a) di concedere a terzi un accesso a determinati elementi e/o risorse di rete, compreso l’accesso disaggregato alla rete locale; b) di negoziare in buona fede con le imprese che chiedono un accesso; c) di non revocare l’accesso alle risorse concesso in precedenza; d) di garantire determinati servizi all’ingrosso per rivendita da parte di terzi; e) di concedere un accesso alle interfacce tecniche, ai protocolli o ad altre tecnologie d’importanza decisiva, indispensabili per l’interoperabilità dei servizi o dei servizi di reti virtuali; f) di consentire la coubicazione o altre forme di condivisione degli impianti, inclusa la condivisione di condotti, edifici o piloni; g) di fornire determinati servizi necessari per garantire agli utenti l’interoperabilità dei servizi da punto a punto, tra cui risorse per servizi di reti intelligenti o servizi di roaming per le reti mobili; h) di garantire l’accesso ai sistemi di supporto operativo o a sistemi software analoghi necessari per garantire eque condizioni di concorrenza nella fornitura dei servizi; i) di interconnettere reti o risorse di rete. Le autorità nazionali di regolamentazione possono associare a tali obblighi condizioni di equità, ragionevolezza, tempestività. 2. Nel valutare l’opportunità di imporre gli obblighi di cui al paragrafo 1, e soprattutto se tali obblighi siano proporzionati agli obiettivi definiti nell’articolo 8 della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro), le autorità nazionali di regolamentazione tengono conto, in particolare, dei seguenti fattori: a) fattibilità tecnica ed economica dell’uso o dell’installazione di risorse concorrenti, a fronte del ritmo di evoluzione del mercato, tenuto conto della natura e del tipo di interconnessione e di accesso in questione; b) fattibilità della fornitura dell’accesso proposto, alla luce della capacità disponibile; c) investimenti iniziali del proprietario della risorsa, tenendo conto dei rischi connessi a tali investimenti; d) necessità di tutelare la concorrenza a lungo termine; e) se del caso, eventuali diritti di proprietà intellettuale applicabili; f) fornitura di servizi paneuropei.

Articolo 13 - Obblighi in materia di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi: “1. Ai sensi dell’articolo 8, per determinati tipi di interconnessione e/o di accesso, le autorità nazionali di regolamentazione possono imporre obblighi in materia di recupero dei costi e controlli dei prezzi, tra cui l’obbligo che i prezzi siano orientati ai costi, nonché l’obbligo di disporre di un sistema di contabilità dei costi, qualora l’analisi del mercato riveli che l’assenza di un’effettiva concorrenza comporta che l’operatore interessato potrebbe mantenere prezzi ad un livello eccessivamente elevato o comprimere i prezzi a scapito dell’utenza finale. Le autorità nazionali di regolamentazione tengono conto degli investimenti effettuati dall’operatore e gli consentono un ragionevole margine di profitto sul capitale investito, di volume congruo, in considerazione dei rischi connessi. 2. Le autorità nazionali di regolamentazione provvedono affinché tutti i meccanismi di recupero dei costi o metodi di determinazione dei prezzi resi obbligatori servano a promuovere l’efficienza e la concorrenza sostenibile ed ottimizzino i vantaggi per i consumatori. Al riguardo le autorità nazionali di regolamentazione possono anche tener conto dei prezzi applicati in mercati concorrenziali comparabili. 3. Qualora un operatore abbia l’obbligo di orientare i propri prezzi ai costi, gli incombe l’onere della prova che il prezzo applicato si basa

Sebbene tale complesso normativo, note come direttive comunitarie c.d. di “seconda generazione”, avesse aspirazione di stabilità, perdendo il carattere transitorio della precedente disciplina, prevalentemente attenta a liberalizzare più che a garantire il libero gioco concorrenziale, e nonostante questi interventi abbiano avuto un impatto formidabile¹⁵⁶ sulla disciplina giuridica tradizionale, modificando i confini tra diritto pubblico e diritto privato, l’esperienza pratica ha tuttavia dimostrato che tale generazione di direttive comunitarie, non sia riuscita pienamente a conseguire un sufficiente livello di omogeneità del mercato europeo delle comunicazioni elettroniche.

Di conseguenza, pur se le dinamiche concorrenziali, rispetto agli altri servizi pubblici a rete, siano risultate particolarmente avanzate, gli *incumbent* – con intensità diverse nei vari paesi europei – hanno continuato a rimanere dominanti nei principali mercati.

Di qui la necessità di un nuovo intervento comunitario, in funzione del rafforzamento dei meccanismi di coordinamento procedimentale e organizzativo di controllo sul settore¹⁵⁷, oltre che di rimozione degli ulteriori ostacoli al

sui costi, maggiorati di un ragionevole margine di profitto sugli investimenti. Per determinare i costi di un’efficiente fornitura di servizi, le autorità nazionali di regolamentazione possono approntare una contabilità dei costi indipendente da quella usata dagli operatori. Le autorità nazionali di regolamentazione possono esigere che un operatore giustifichi pienamente i propri prezzi e, ove necessario, li adegui. 4. Le autorità nazionali di regolamentazione provvedono affinché, qualora sia obbligatorio istituire un sistema di contabilità dei costi a sostegno di una misura di controllo dei prezzi, sia pubblicata una descrizione di tale sistema, che illustri quanto meno le categorie principali di costi e le regole di ripartizione degli stessi. La conformità al sistema di contabilità dei costi è verificata da un organismo indipendente qualificato. È pubblicata annualmente una dichiarazione di conformità al sistema.

¹⁵⁶ Così commenta ARGOLAS, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2001 p. 192.

¹⁵⁷ Sui limiti dell’assetto istituzionale del settore, si v. l’acuta analisi di DELLA CANANEA, *I problemi istituzionali nel nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, in DELLA CANANEA (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2005, 9 e ss.

perseguimento dell'obiettivo della convergenza e della maggiore liberalizzazione del settore¹⁵⁸.

A fine novembre 2009, è stata dunque introdotta una nuova disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche. Essa si compone di due direttive (2009/136/CE e 2009/140/CE), un regolamento (CE n. 1211/2009) e prevede l'adozione di una ulteriore raccomandazione da parte della Commissione. Tali provvedimenti, nel complesso, non mirano a costituire una nuova disciplina, inserendosi semmai in un processo di revisione periodica previsto dal precedente quadro regolatorio del 2002, al fine di assicurarne la persistente rispondenza a criteri già stabiliti dal legislatore comunitario.

Tra gli obiettivi dichiarati della riforma vi è quello di porre le basi per un mercato aperto e il più possibile libero, mediante la progressiva eliminazione della regolamentazione *ex ante*, e quindi l'imposizione di obblighi agli operatori, per giungere ad un mercato disciplinato principalmente dalle regole del diritto della concorrenza, applicabili *ex post*¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Un'analisi complessiva del nuovo quadro normativo in materia è contenuta in MORBIDELLI e DONATI (a cura di), *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2009 e BASSAN, *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010.

¹⁵⁹ Più precisamente, nel Considerando 5 alla Direttiva 2009/140 si legge che “*Lo scopo è ridurre progressivamente le regole settoriali ex ante specifiche via via che aumenta il grado di concorrenza sul mercato, per arrivare infine a un settore delle comunicazioni elettroniche disciplinato esclusivamente dal diritto della concorrenza. Tenuto conto del fatto che i mercati delle comunicazioni elettroniche hanno mostrato una forte dinamica competitiva negli ultimi anni, è essenziale che gli obblighi regolamentari ex ante siano imposti unicamente in assenza di una concorrenza effettiva e sostenibile*”.

Dalla lettura delle nuove norme, appare evidente come tra gli scopi principali che ci si propone di realizzare vi sia quello di incoraggiare investimenti efficaci nell'infrastruttura e promuovere l'innovazione delle reti e dei servizi¹⁶⁰.

Tra le modifiche che il legislatore comunitario ha inteso apportare alla disciplina dell'accesso alle infrastrutture, quella probabilmente più innovativa e dagli effetti potenzialmente più rilevanti riguarda proprio gli obblighi generici di condivisione delle infrastrutture: nuovi poteri impositivi in materia vengono attribuiti alle Autorità nazionali. E' stata infatti prevista all'art. 12 della Direttiva quadro¹⁶¹ la

¹⁶⁰ Evidente è anche l'intenzione di creare una maggiore interazione tra la Comunità e le autorità nazionali di regolamentazione (e una maggiore subordinazione di queste ultime), soprattutto utilizzando come tramite il Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) il quale, come si legge tra i considerando della direttiva, dovrebbe secondo il legislatore comunitario "costituire il forum di cooperazione esclusivo tra autorità nazionali di regolamentazione nell'esercizio delle loro responsabilità". Secondo il nuovo quadro che si prospetta, del Berec devono tenere conto, a vari livelli che vanno dalla consultazione alla cooperazione, sia gli organi comunitari che le autorità nazionali.

¹⁶¹ Nuovo art. 12 Direttiva 2002/21/CE – "Cubicazione e condivisione di elementi della rete e risorse correlate per i fornitori di reti di comunicazione elettronica -1. Quando un'impresa che fornisce reti di comunicazione elettronica ha il diritto, in forza della legislazione nazionale, di installare strutture su proprietà pubbliche o private ovvero al di sopra o al di sotto di esse, oppure può avvalersi di una procedura per l'espropriazione o per l'uso di una proprietà, le autorità nazionali di regolamentazione hanno la facoltà di imporre la condivisione di tali strutture o proprietà, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità, ivi compresi tra l'altro edifici o accesso a edifici, cablaggio degli edifici, piloni, antenne, torri e altre strutture di supporto, condotti, guaine, pozzetti e armadi di distribuzione. 2. Gli Stati membri possono imporre ai titolari dei diritti di cui al paragrafo 1 di condividere le strutture o la proprietà (compresa la cubicazione fisica) o di adottare misure volte a facilitare il coordinamento di lavori pubblici per tutelare l'ambiente, la salute pubblica, la pubblica sicurezza o per realizzare obiettivi di pianificazione urbana o rurale e soltanto dopo un adeguato periodo di pubblica consultazione nel corso del quale a tutte le parti interessate è data la possibilità di esprimere il proprio parere. Tali disposizioni su condivisione o coordinamento possono comprendere regole sulla ripartizione dei costi della condivisione delle strutture o delle proprietà. 3. Gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali, previo adeguato periodo di consultazione pubblica nel corso del quale tutte le parti interessate hanno la possibilità di esprimere le proprie opinioni, abbiano anche la facoltà di imporre obblighi in relazione alla condivisione del cablaggio all'interno degli edifici o fino al primo punto di concentrazione o di distribuzione, qualora esso si trovi al di fuori dell'edificio, ai titolari dei diritti di cui al paragrafo 1 e/o al proprietario di tale cablaggio, se ciò è giustificato dal fatto che la duplicazione di tale infrastruttura sarebbe economicamente inefficiente o

facoltà per le Autorità di regolamentazione, in caso di installazione di nuove reti di comunicazione, di imporre accesso e condivisione a tutte le imprese che abbiano diritto di installare strutture di comunicazione elettronica.

L'ampia portata della nuova norma è evidente: come osservato, trattandosi di obblighi generici e obblighi specifici, infatti, le Direttive prevedevano fino ad oggi il potere in capo all'Autorità di obbligare alla condivisione solo nel caso in cui il soggetto fosse detentore di un significativo potere di mercato, ovvero l'operatore (SPM o OLO che fosse) avesse il diritto di installare una rete di comunicazioni e non vi fossero valide alternative a causa di esigenze connesse alla tutela dell'ambiente, alla salute pubblica, alla pubblica sicurezza o alla realizzazione di obiettivi di pianificazione urbana o rurale, prevedendo altrimenti solo un generico compito di incentivazione.

Le modifiche apportate all'articolo 12 Direttiva quadro, attribuiscono invece alle Autorità nazionali la facoltà di imporre la condivisione di strutture e proprietà, ivi compresi tra l'altro edifici o accesso a edifici, cablaggio degli edifici, piloni, antenne, torri e altre strutture di supporto, condotti, guaine, pozzetti e armadi di distribuzione, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità, *“in tutti i casi in cui un'impresa che fornisce reti di comunicazione elettronica abbia il diritto”*, in forza della legislazione nazionale, di *“installare strutture”* su proprietà pubbliche

fisicamente impraticabile. Tra queste disposizioni in materia di condivisione o coordinamento possono rientrare norme sulla ripartizione dei costi della condivisione delle strutture o delle proprietà, adattate se del caso in funzione dei rischi. 4. Gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione possano richiedere alle imprese di fornire le informazioni necessarie, su richiesta delle autorità competenti, per consentire a queste ultime, di concerto con le autorità nazionali di regolamentazione, di elaborare un inventario dettagliato della natura, disponibilità e ubicazione geografica delle strutture di cui al paragrafo 1, e metterlo a disposizione delle parti interessate. 5. I provvedimenti adottati da un'autorità nazionale di regolamentazione conformemente al presente articolo sono obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati. Se del caso, tali provvedimenti sono eseguiti in coordinamento con le autorità locali”.

o private ovvero al di sopra o al di sotto di esse e si precisa inoltre che le disposizioni in materia di condivisione o coordinamento possono comprendere regole sulla ripartizione dei costi della condivisione delle strutture o delle proprietà.

In definitiva, per quanto concerne gli obblighi generici, con la Direttiva 2009/140 si è esteso il potere delle Autorità nazionali di imporre la condivisione anche agli operatori non significativo potere di mercato; quanto all'oggetto di tale obbligo, questo riguarda espressamente solo strutture e proprietà, mentre rispetto alle altre risorse e servizi correlati si prevede soltanto che le Autorità possano richiedere alle imprese di fornire le informazioni necessarie ad elaborare un inventario da mettere poi a disposizione delle parti interessate.

Le modifiche apportate dalla Direttiva 2009/140/CE hanno interessato anche la Direttiva accesso con riferimento, per quanto interessa ai fini di questo lavoro, agli obblighi specifici di condivisione.

Per quanto riguarda gli obblighi specifici imponibili agli operatori con significativo potere di mercato, l'art. 12 Direttiva accesso, come modificato, prevede intanto che agli operatori possa essere imposto *“di concedere a terzi un accesso a determinati elementi e/o risorse di rete, compreso l'accesso agli elementi della rete che non sono attivi e/o l'accesso disaggregato alla rete locale”*.

In tal modo la norma contribuisce a rendere ancora più profonda l'asimmetria tra la disciplina riguardante gli operatori dominanti e la disciplina applicabile a tutti gli operatori, potendosi quindi ritenere che il legislatore abbia voluto introdurre la possibilità di imporre tale obbligo tra gli obblighi specifici degli operatori aventi significativo potere di mercato.

Circa la condivisione delle infrastrutture, poi, la nuova disposizione continua, come il testo precedente, a prevedere che agli operatori possa essere imposto “*di consentire la coubicazione o altre forme di condivisione associata degli impianti*”, ma in più afferma specificamente la facoltà di imporre agli operatori dominanti anche l’obbligo di “*fornire l’accesso a servizi correlati come quelli relativi all’identità, alla posizione e alla presenza*”.

E’ evidente l’importanza che la nuova disposizione riveste, data l’essenzialità di una completa informazione sulle caratteristiche e la collocazione degli impianti al fine di consentire agli operatori alternativi di poter beneficiare della condivisione degli impianti stessi.

Nel testo modificato si prescrive poi che nel valutare l’opportunità di imporre gli obblighi di condivisione le Autorità nazionali di regolamentazione devono considerare, in particolare: la “*fattibilità tecnica ed economica dell’uso o dell’installazione di risorse concorrenti, a fronte del ritmo di evoluzione del mercato, tenuto conto della natura e del tipo di interconnessione e/o di accesso in questione, fra cui la fattibilità di altri prodotti di accesso upstream quale l’accesso ai condotti*” e gli “*investimenti iniziali del proprietario della risorsa, tenendo conto di qualsiasi investimento pubblico effettuato e dei rischi connessi a tali investimenti*” e le “*necessità di tutelare la concorrenza a lungo termine, con particolare attenzione ad una concorrenza infrastrutturale economicamente efficace*”.

In conclusione nella legislazione europea, la regolazione *ex ante* ha assunto un ruolo fondamentale per la transizione da assetti monopolistici verso condizioni concorrenziali. Nella Comunità europea l’obbligo di accesso alle infrastrutture è stato la base della produzione normativa diretta alla deregolamentazione dei

tradizionali monopoli naturali in particolare in quello relativo alle telecomunicazioni, in cui oltre all'obbligo di accesso, le direttive hanno sancito anche principi basilari relativi a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie, non sempre in modo espreso l'obbligo di orientamento al costo, lasciando poi agli Stati membri le modalità concrete di determinazione dei prezzi di accesso.

Inoltre lo strumento normativo prevalente è stato quello delle direttive, sì da lasciare agli Stati membri una relativa flessibilità nelle modalità di implementazione, specie quanto alla declinazione del criterio di orientamento al costo dei prezzi di accesso.

Sebbene l'*enforcement* fosse sorretto dall'imposizione di specifici obblighi regolamentari da parte dei Governi o di agenzie/autorità di carattere settoriale, l'esperienza ha tuttavia rilevato come l'azione degli organismi di regolazione fosse complementare a quella delle autorità della concorrenza¹⁶².

Come avremo modo di verificare nel capitolo successivo, nella esperienza europea emerge – a differenza di quanto accade nel sistema nordamericano – come alla base del concetto stesso di regolazione pro-concorrenziale l'applicazione del diritto *antitrust* non solo prevale ma precede la regolamentazione, la quale assume per certi versi un ruolo residuale, quello di coprire i fallimenti del diritto della concorrenza. Questo punto è reso evidente, ad

¹⁶² La Commissione europea enfatizza che la regolazione pro-concorrenziale è parte integrante della politica della concorrenza: “*Since regulation has been increasingly determined by a competition policy perspective, using both regulatory and competition tools cannot be seen as inconsistent. Competition instruments and regulatory tools are complementary means. They deal with a common problem and try to achieve a common aim. The problem is high level of market power and the likelihood of it being abused [...]. In short, within the EU, competition has already been shaping regulation: it is the latter which has been adapting itself to suit the philosophy and the approach of the former. Regulatory policy cannot be seen any more as independent of competition policy: it must be seen as a part of a broader set of tools of intervention in the economy based on competition principles of analysis*”.

esempio, nelle Raccomandazioni della Commissione sui mercati rilevanti nelle comunicazioni elettroniche, dove l'assoggettamento a regolazione *ex ante* è subordinata alla verifica - e sussiste fintanto - che “*il solo diritto della concorrenza non sarebbe di per sé sufficiente a rimediare ai fallimenti del mercato*”¹⁶³.

¹⁶³ Commissione europea, Raccomandazioni 2003/311/CE e 2007/879/CE, par. 5 e 9, rispettivamente

CAPITOLO V

IL DIFFICILE RAPPORTO TRA REGOLAZIONE E CONCORRENZA. DIALETTICA TRA NORME *ANTITRUST* GENERALI E DISCIPLINA REGOLATORIA DELLE TELECOMUNICAZIONI IN ITALIA, EUROPA E STATI UNITI.

1. – Premessa. 2. – Il caso Deutsche Telekom nella giurisprudenza delle corti europee: la non deferenza dell'antitrust rispetto alla regolazione. 3. – Il paradigma tra processo regolatorio e interazione con il sistema antitrust nel mercato statunitense delle telecomunicazioni. I casi Trinko e LinkLine 4. – La dialettica tra regolazione e concorrenza in Europa e negli Stati Uniti: analogie, differenze, tendenze attuali e sviluppi prevedibili.

1. – Premessa.

Nei capitoli precedenti si è visto come il rifiuto a contrarre – in quanto espressione di intento di monopolizzazione del mercato o comunque di abuso di posizione dominante – inquadra l'*essential facility doctrine* nel generale ambito del diritto della concorrenza, si tratta ora di esaminarne le implicazioni in presenza di settori regolamentati e dunque, anche, le relazioni fra regolazione e *antitrust* .

Fino agli anni Novanta del ventesimo secolo, il regime delle comunicazioni elettroniche è stato caratterizzato dalla riserva originaria e da una configurazione del mercato in senso monopolistico. Successivamente, sulla spinta del processo di profonda liberalizzazione, si è avviato un progressivo cambiamento che ha comportato, da un lato, l'affermazione delle regole del diritto *antitrust*, come di norma avviene per le attività che si esplicano in regime di libertà di iniziativa economica, e, dall'altro, il mantenimento in capo ai pubblici poteri di una

funzione di regolazione, come generalmente accade in presenza di attività connesse alla fornitura di servizi essenziali o a rete¹⁶⁴.

Nelle legislazioni, europee e non, si è largamente convenuto che negli *early stages* delle liberalizzazioni la regolazione fosse un fondamentale essenziale per la transizione da assetti monopolistici verso condizioni concorrenziali, e che l'azione degli organismi di regolazione fosse complementare a quella delle autorità della concorrenza¹⁶⁵.

Nella prassi, l'esigenza di affiancare la promozione della concorrenza alla protezione dei valori sociali e degli interessi pubblici nella regolazione di settore ha fatto sì che le discipline regolamentari fossero sempre più informate ai concetti tipici del diritto *antitrust*. In alcuni comparti economici, come quello delle comunicazioni elettroniche, l'ordinamento ha affidato alle Autorità di regolazione una disciplina puntuale e dettagliata, basata sull'identificazione degli operatori aventi uno speciale potere nei singoli mercati rilevanti, facendone discendere corpose misure regolatorie. In questo modo, il regolatore è stato costretto a muovere da nozioni proprie del diritto *antitrust* ed a creare i presupposti per una

¹⁶⁴ Sulle implicazioni di tale scelta, con riferimento ai modelli adottati in altri paesi, si rinvia a Ocse, *Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise affairs, Committee on Competition Law and Policy, Relationship between regulators and competition authorities*, 24 giugno 1999, pubblicata sul sito <http://www.oecd.org/daf/clp>.

¹⁶⁵ La Commissione europea enfatizza che la regolazione pro-concorrenziale è parte integrante della politica della concorrenza: “*Since regulation has been increasingly determined by a competition policy perspective, using both regulatory and competition tools cannot be seen as inconsistent. Competition instruments and regulatory tools are complementary means. They deal with a common problem and try to achieve a common aim. The problem is high level of market power and the likelihood of it being abused [...]. In short, within the EU, competition has already being shaping regulation: it is the latter which has been adapting itself to suit the philosophy and the approach of the former. Regulatory policy cannot be seen any more ad independent of competition policy: it must be seen as a part of a broader set of tools of intervention in the economy based on competition principles of analysis*”.

sovrapposizione oggettiva, se non addirittura per una confusione circa le rispettive funzioni.

D'altro canto, anche nelle normative *antitrust* si è potuto determinare tale sovrapposizione giacché, in taluni casi, concorrenza e regolazione tendono a fondersi o ad avere interrelazioni molto strette. Ciò si verifica, ad esempio, nel *merger control*, attività basata su valutazioni prospettive dell'andamento del mercato, con il rischio pressoché inevitabile di trascendere da un classico giudizio *ex post* ad un intervento *ex ante* di tipo regolatorio, sotto forma di condizioni apposte ai provvedimenti che autorizzano le operazioni di concentrazioni.

Sicché, la penetrazione di concetti tipici del diritto *antitrust* nel quadro delle competenze regolatorie e l'aumento dei poteri a contenuto regolatorio delle Autorità *antitrust* hanno reso sempre più permeabile la tradizionale linea di demarcazione tra queste due discipline; inoltre, ciò ha dato luogo ad incursioni di una funzione nel campo dell'altra, determinando problemi di coordinamento tra plessi normativi nonché conflitti di competenza e sovrapposizioni patologiche tra Autorità di settore e Autorità *antitrust*.

Conseguentemente, ne emerge un assetto di rapporti tra i due tipi di discipline e di attività particolarmente fluido, con equilibri incerti: la disciplina generale della concorrenza sembra avere due tutori nei segmenti economici regolamentati, quello di settore e quello generale, ma il primo deve assicurare anche la cura di altri interessi accanto alla tutela del valore della concorrenza, e non c'è una graduazione chiara tra i due.

Onde, la difficoltà di conciliare, da un lato, gli interventi regolatori necessari a garantire a tutti gli operatori economici eguali condizioni competitive e, dall'altro, una concorrenza genuina e non sottoposta a limiti positivi di sorta, che è stata

efficacemente descritta come “*il difficile matrimonio tra regolazione e concorrenza*” e l’esempio principale di questo complesso connubio è appunto rappresentato dal settore delle telecomunicazioni.

Mentre sul piano concettuale i due tipi di intervento appaiono distinguibili¹⁶⁶ – in quanto l’*antitrust* ha una finalità di garanzia ed opera *ex post*, quando il mercato è sviluppato e la regolazione ha una finalità di promozione ed opera *ex ante*, quando il mercato non è ancora pienamente concorrenziale – sul piano applicativo risulta difficile delineare il confine tra le due attività¹⁶⁷.

Con queste premesse, non è affatto difficile immaginare che l’esplicarsi dei due sistemi possa determinare sovrapposizioni, interferenze e duplicazioni¹⁶⁸, e che quindi vi sia una zona grigia nell’ambito della quale si realizzano conflitti, che, se non adeguatamente composti, finiscono per ripercuotersi in modo negativo sul funzionamento del mercato. Si pensi alla diversa qualificazione dei fenomeni

¹⁶⁶ In tema, CLARICH, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, p. 15 e ss. Queste implicazioni, peraltro, sono destinate a permanere anche in condizioni concorrenziali, giacché la regolazione è rivolta non solo ad aprire il mercato, ma anche ad assicurarne il funzionamento.

¹⁶⁷ Sui rapporti tra regolazione e concorrenza, CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di TESAURO, Bologna, 2000, 11 ss. Sulle interferenze, più specificamente, VALENTINI, *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, 2005, 59 ss.; PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, 277 ss.; SIDAK - GERADIN, *European and american approaches to antitrust remedies and institutional design of regulation in telecommunications*, 2003, disponibile sul sito <http://aei.org>; LAROCHE, *Legal Issues Concerning Remedies in Network Industries*, in *Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs. Sector Specific Regulation*, Antwerp-Oxford, 2004, Rileva la sovrapposizione e la difficoltà di distinguere, CAVE, *An economic analysis of remedies in network industries*, in *Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs. Sector Specific Regulation*, cit., 1 ss.

¹⁶⁸ Evidenzia chiaramente il problema, CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, cit., 14 s. Ne riferisce in termini di *overlapping jurisdictions*, PROSSER, *Law and the Regulators*, Oxford, 1997, 297; NIHOUL, *Authorities, Competition and Electronic Communications: Towards Institutional Competition in the Information Society*, in *Competition, Regulation and the New Economy*, Oxford, 2004, 91 ss. Similmente, con riferimento all’esperienza statunitense, SIDAK, *Remedies in Network Industries. A View from the United States*, p. 255 ss.

economici, alla potenziale contraddittorietà delle prescrizioni cui possono essere sottoposti gli operatori, all'irrogazione di più sanzioni per medesimi comportamenti, e così via.

Va notato come la questione sia stata sollevata indistintamente in ambito nazionale, comunitario e nord-americano¹⁶⁹.

A fronte della complessità del problema, le soluzioni sinora prospettate non sembrano del tutto soddisfacenti, per cui si rende necessaria una riflessione che, metta in luce la portata effettiva del fenomeno e ricomponga in chiave comparatistica le interazioni dei vari sistemi giuridici secondo soluzioni coerenti, capaci di assicurare il buon funzionamento del mercato.

Del resto è stato già evidenziato come il fronte di analisi di maggiore interesse non è quello dell'astratta delineazione di una linea di confine o di un principio formale di gerarchizzazione tra le due forme di intervento, quanto semmai quello della comprensione e ricostruzione di un assetto articolato che, per le peculiari caratteristiche del settore, richiede la compresenza e operatività di due centri istituzionali.¹⁷⁰

In via di prima approssimazione, rimandando ai successivi paragrafi gli approcci dei vari sistemi oggetto del presente studio, va premesso che le possibili soluzioni prospettano diverse modalità di risoluzione del conflitto: in un caso, ammettono la compresenza delle due discipline; in un altro, riconoscono alla regolazione prevalenza assoluta; in un altro ancora, attribuiscono prevalenza all'*antitrust*.

¹⁶⁹ SIDAK - GERADIN *European and American Approaches to Antitrust Remedies and the Institutional Design of Regulation in Telecommunications*, in *Handbook of telecommunications economics*, vol. 2, *technology evolution and the internet*, pp. 517-553.

¹⁷⁰ MOLTENI, *Sui rapporti tra regolatore e autorità antitrust*, in *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di BRUTI LIBERATI-DONATI, Torino, 2007, 87 ss.

Tali ipotesi – come si vedrà meglio nel prosieguo – si concentrano tutte sulla disciplina dei rapporti, ma tralasciano di considerare il profilo dell’interazione tra i due sistemi di norme e i problemi teorici e pratici che da esso discendono sul piano sia della certezza del diritto, sia del funzionamento del mercato.

La tesi in base alla quale concorrenza e regolazione hanno funzioni parallele muove dall’assunto che le attribuzioni della seconda non incidono sulla competenza generale della prima in materia *antitrust*: in base a questa costruzione, anche le rispettive autorità di settore sono, dunque, sempre legittimate ad intervenire sulla medesima fattispecie perché le aree di azione non interferiscono¹⁷¹.

Secondo tale prospettiva le indicazioni fornite all’autorità di regolazione per la definizione dei mercati rilevanti e delle significative posizioni di mercato non pregiudicano l’applicazione delle norme relative alla concorrenza da parte delle autorità poste a tutela della concorrenza.

La tesi della prevalenza della regolazione – adottata maniera controversa negli Stati Uniti – sostiene che la normativa sulle comunicazioni elettroniche abbia un carattere speciale rispetto alla disciplina *antitrust* e che, dunque, le determinazioni del regolatore debbano prevalere su quelle delle autorità sulla concorrenza.

Essa si fonda sul presupposto che la normativa speciale sia deputata ad individuare i mercati rilevanti e i soggetti in posizione dominante e di dettare le regole per impedire gli abusi, attribuendo unicamente alle autorità di regolazione

¹⁷¹ Ad esempio questa è la soluzione adottata in Italia, in tal senso si veda Cons. St., n. 1271/2006, cit., punto 6.6.2 ss., disponibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso senso, si v. Cass., sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4630. La tesi è stata sostenuta anche dall’Agcom, quando, esprimendo apprezzamento in merito alla complementarietà sviluppatasi tra l’attività delle due autorità, essa ha affermato che possono darsi casi in cui fattispecie anticoncorrenziali configurino anche violazioni specifiche regolamentari, nel parere al provvedimento Agcm n. 9472 (A285).

il potere di irrogare sanzioni per l'eventuale violazione delle prescrizioni relative alle imprese aventi notevole forza di mercato, delineando per le autorità *antitrust* un ruolo del tutto marginale nei settori regolamentati

La terza via è rappresentata dalla ipotesi di prevalenza del diritto *antitrust*, considerato quale normativa generale: ogni deroga che voglia attribuire competenze *antitrust* ad altre autorità deve trovare espreso riferimento normativo.

La tesi si fonda sul presupposto che non possano riscontrarsi deroghe specifiche a favore del regolatore e che la regolazione può intervenire solo nel caso in cui il medesimo risultato non possa essere adeguatamente perseguito dall'applicazione della normativa *antitrust*.

In generale, le argomentazioni addotte nelle tre tesi sono tutte senz'altro convincenti sul piano dogmatico: si tratta ora di capire come esse vengano applicate nei differenti sistemi europeo e statunitense e quali siano le oggettive difficoltà applicative.

2. – Il caso Deutsche Telekom nella giurisprudenza delle corti europee e la non deferenza dell'antitrust rispetto alla regolazione.

Come si è visto in premessa, tra regolazione e concorrenza corrono diversi tipi di relazioni, la principale riguarda l'applicabilità del diritto della concorrenza a settori regolati. Il problema può essere sintetizzato nella seguente domanda: nei settori economici in cui esiste un'Autorità di regolazione, quando l'impresa si è formalmente conformata alla regolazione, c'è ancora spazio per la configurazione di illeciti *antitrust*?

In Europa, sulla base di un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, è emerso come i rapporti tra la disciplina *antitrust* e la regolazione settoriale non si configurino in termini di esclusione, ma di complementarità. Le due discipline perseguono, infatti, finalità solamente in parte coincidenti: l'una (la disciplina *antitrust*) si occupa di intervenire nei confronti delle condotte delle imprese che ostacolano o impediscono la concorrenza; l'altra (la regolazione settoriale), attraverso regole generali fissate a priori, mira a definire gli assetti di mercato, conformandoli ai principi della concorrenza, dell'efficienza e del progresso tecnologico, rimediando a esternalità negative.

Conformemente a tale impostazione, la Commissione europea ha espressamente affermato che l'applicabilità delle regole di concorrenza non è esclusa in tutti i casi in cui le disposizioni regolamentari lascino sussistere la possibilità per le imprese di adottare comportamenti autonomi atti a ostacolare, restringere o falsare la concorrenza, riconoscendo che talune fattispecie possono essere soggette sia alle regole di concorrenza sia alle misure nazionali o europee specifiche del settore, e confermando così la sussistenza di un doppio controllo, *antitrust* e regolatorio.

È in questo quadro che va ad inserirsi la pronuncia *Deutsche Telekom* che riveste assoluto interesse perché affronta i punti chiave della fattispecie del rapporto tra *antitrust* e regolazione e dell'applicazione dei criteri del rifiuto di contrarre, consentendo così al termine del loro esame incrociato di ottenere una chiara indicazione sul punto di vista dei giudici comunitari.

La sentenza ha origine dal ricorso promosso da *Deutsche Telekom* contro la decisione 2003/707/CE con la quale la Commissione europea aveva accertato in capo a *Deutsche Telekom* (*ex* monopolista, gestore della rete telefonica tedesca)

un abuso di posizione dominante ai sensi dell'attuale art. 102 TFUE, comminando una sanzione di 12,6 milioni di euro. La condotta contestata – in sintesi – configurava un caso di *margin squeeze* o compressione del margine di utile che i concorrenti avrebbero potuto ricavare dalla vendita dei servizi ai propri abbonati. Più precisamente, secondo la Commissione, dal 1998 al 2003 per l'accesso da parte dei concorrenti alla rete telefonica locale *Deutsche Telekom* aveva applicato loro tariffe all'ingrosso superiori alle tariffe al dettaglio che la stessa *Deutsche Telekom* avrebbe praticato ai propri abbonati. In tal modo, *Deutsche Telekom* avrebbe costretto i concorrenti ad applicare ai loro abbonati tariffe al dettaglio superiori a quelle praticate dall'*ex* monopolista per l'erogazione di analoghi servizi¹⁷².

In primo grado, il ricorso di *Deutsche Telekom* contro la decisione 2003/707/CE era stato integralmente respinto dal Tribunale con sentenza del 10 aprile 2008, successivamente impugnata dinanzi alla Corte nel caso in commento.

Tra i motivi sviluppati in sede di impugnazione, *Deutsche Telekom* insisteva sul profilo della non imputabilità dell'infrazione: secondo la ricorrente, essa non avrebbe disposto di alcun margine di manovra per determinare i prezzi all'ingrosso per i servizi di accesso alla rete locale, atteso che detti prezzi sarebbero stati fissati dal RegT, la Autorità Nazionale tedesca delle poste e telecomunicazioni.

Pertanto, qualora fosse stata configurabile una pratica anticoncorrenziale, la Commissione avrebbe dovuto adottare non una decisione contro l'*ex* monopolista ai sensi dell'art. 102 TFUE, bensì avrebbe dovuto avviare una procedura di

¹⁷² COLANGELO, *Il margin squeeze in Europa dopo Deutsche Telekom e TeliaSonera*, in *Mercato concorrenza regole* / a. XIII, n. 2, agosto 2011.

infrazione contro la Germania, ai sensi dell'attuale art. 258 TFUE, in considerazione dei provvedimenti assunti dal RegT.

Ma, come già statuito dal Tribunale di Primo Grado, la Corte confermava che il rapporto tra la responsabilità di *Deutsche Telekom* e quella del RegT non si poneva in termini di alternatività.

In primo grado, il Tribunale aveva in proposito ritenuto che il fatto che le tariffe al dettaglio dovessero essere approvate dal RegT non escludeva la responsabilità di *Deutsche Telekom* ai sensi dell'art. 102 TFUE: lo stesso *ex monopolista* aveva influito, infatti, sulla fissazione delle proprie tariffe al dettaglio, per i servizi di accesso agli abbonati, presentando le domande di autorizzazione al RegT. Proprio la possibilità di presentare domande di aumento delle tariffe al dettaglio avrebbe attribuito a *Deutsche Telekom* il margine di manovra necessario per evitare di incorrere in una violazione dell'art. 102 TFUE¹⁷³.

Nel confermare il ragionamento del Tribunale, la Corte conferma la consolidata giurisprudenza per la quale l'applicabilità dell'art. 102 TFUE è esclusa solo qualora “*un comportamento anticoncorrenziale venga imposto alle imprese da una normativa nazionale o quest'ultima crei un contesto giuridico che di per sé elimini ogni possibilità di comportamento da parte loro*”.

La Corte ribadisce che questa massima deve essere applicata in modo particolarmente rigoroso alle imprese in posizione dominante. Pertanto, “*la sola circostanza che [Deutsche Telekom] sia stata sollecitata, per effetto degli interventi di [...] RegT, a mantenere l'applicazione delle proprie pratiche*

¹⁷³ HOLTERMAN, *Deutsche Telekom and Pacific Bell v. linkLine: Does Competition Law Have a Place in Regulated Industries?*, in *Regulating Technological Innovation: A Multidisciplinary Approach*, a cura di HELDEWEG - KICA, disponibile online all'indirizzo internet http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1860167.

tariffarie [...] non può, di per sé, eliminare affatto la sua responsabilità ex art. [102 TFUE]”.

Insomma, secondo la Corte, il margine di manovra che avrebbe consentito a *Deutsche Telekom* di modificare le proprie tariffe al dettaglio è elemento – di per sé solo – sufficiente al fine di imputare il *margin squeeze* alla stessa impresa.

Soffermandosi sul rilievo che i provvedimenti del RegT potevano assumere rispetto alla Commissione europea, da un lato, e rispetto alle imprese, dall’altro la sentenza ricorda, innanzitutto, che “*la Commissione non può essere vincolata da una decisione emessa da un’autorità nazionale in forza dell’art. [102 TFUE]*”.

Non si esclude, quindi, che nella fattispecie sia ravvisabile una violazione dell’art. 102 TFUE in combinato disposto con l’attuale art. 4, par. 3 TUE da parte delle autorità nazionali e si ribadisce, inoltre, che le norme previste dall’Unione in materia di concorrenza “*completano [...], per effetto di un esercizio di controllo ex post, il contesto normativo adottato dal legislatore dell’Unione ai fini della regolamentazione ex ante dei mercati delle telecomunicazioni*”. La Corte fa così intendere che l’adozione di un provvedimento *ex ante* da parte del regolatore nazionale non preclude alla Commissione europea di avviare procedure ai sensi dell’art. 102 TFUE nei confronti delle stesse imprese destinatarie dei provvedimenti nazionali.

Per mezzo di tale pronuncia il principio dell’applicabilità delle regole di concorrenza in presenza di specifiche regolazioni settoriali ha ricevuto ormai il pieno avallo dalle Corti europee.

Infatti, come recentemente rilevato anche dal Tribunale di primo grado “*le norme in materia di concorrenza previste dal trattato CE completano, per effetto di un esercizio di controllo ex-post, il contesto normativo adottato dal legislatore*

dell'Unione ai fini della regolamentazione ex-ante dei mercati delle Telecomunicazioni”¹⁷⁴.

Per la Corte di Giustizia, la presenza di un atto di approvazione o ratifica da parte del regolatore delle condotte investigate non impedisce in ogni caso all'Autorità di concorrenza di sindacare e condannare le medesime condotte. Ciò che rileva è, infatti, la prova della sussistenza di un margine di manovra in capo all'impresa soggetta a regolazione tale da consentirle di evitare o terminare autonomamente la condotta abusiva¹⁷⁵.

Nella medesima direzione si è mossa la giurisprudenza nazionale che ha ormai in più occasioni ribadito il principio in base al quale anche la presenza di una copiosa regolamentazione di settore, volta a definire *ex ante* e in modo puntuale le regole del gioco concorrenziale, non costituisce una ragione per ritenere che nei mercati regolamentati non possano trovare applicazione le regole *antitrust*¹⁷⁶.

I principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di rapporti tra regolamentazione settoriale e applicazione delle regole della concorrenza possono essere inquadrati in un contesto più ampio, nel cui ambito ha trovato ormai pacifica affermazione il principio secondo il quale che il carattere illecito di un comportamento alla luce della disciplina *antitrust* non ha relazione con la sua conformità o meno ad altre norme giuridiche.

In questo contesto, ciò che piuttosto rileva, al fine di integrare gli estremi di un illecito concorrenziale, è la presenza di un intento escludente, da accertare come un *quid pluris* che si aggiunge alla sommatoria di comportamenti altrimenti leciti.

¹⁷⁴ sentenza del 29 marzo 2012, causa T- 336/07, Telefonica, pt. 293.

¹⁷⁵ sentenza del 17 febbraio 2011, causa C-52/09, Telia Sonera, pt. 47 ss.

¹⁷⁶ cfr., per tutte, Consiglio di Stato, sentenza del 10 marzo 2006, n. 1271, Telecom; recentemente Tar del Lazio, sentenza dell'8 maggio 2014, n. 4801.

Non si tratta, quindi, di valutare la legittimità di atti alla luce dei vari settori dell'ordinamento investiti, ma di considerare quelle condotte, pur settorialmente lecite, alla luce della loro portata anticoncorrenziale. In tale prospettiva, certi comportamenti di impresa, anche se legittimi dal punto di vista settoriale, possono risultare integrare gli estremi di una fattispecie illecita ai sensi del diritto della concorrenza ¹⁷⁷.

Come vedremo in seguito, se confrontata con le decisioni nordamericane di seguito analizzate, la pronuncia in esame si colloca in un solco diametralmente opposto per il profilo appena illustrato relativo al rapporto tra *antitrust* e regolazione.

4.– Il paradigma tra processo regolatorio e interazione con il sistema antitrust nel mercato statunitense delle telecomunicazioni. I casi Trinko e LinkLine.

Anche nel sistema nord americano delle telecomunicazioni la definizione normativa dei rapporti tra la regolazione di settore e le norme generali a tutela della concorrenza è stata sempre improntata alla coesistenza tra i due sistemi, nella convinzione che l'introduzione di una disciplina specifica di promozione della concorrenza non impedisse il ricorso ai principi *antitrust*.

La disapplicazione delle norme *antitrust* nei settori regolati, pure possibile, ha infatti sempre rappresentato un'eccezione di stretta applicazione e riconducibile a cause predefinite: la c.d. *state action doctrine*; l'immunità implicita o espressa accordata dalle leggi federali; la c.d. *primary jurisdiction*.

¹⁷⁷ nello stesso senso, nella giurisprudenza nazionale, Consiglio di Stato, sentenze dell'8 aprile 2014, n. 1673, Coop e del 12 febbraio 2014, n. 693, Pfizer).

Rientrano nella prima categoria le esenzioni che lo Stato garantisce a singole condotte o a categorie omogenee di condotte anticoncorrenziali, misure legittime, secondo costante giurisprudenza della Corte Suprema, solo in presenza di una ben argomentata giustificazione e di un'espressa qualificazione in termini di politica economica interna, e a condizione che lo Stato si impegni a vigilare sulle condotte esentate¹⁷⁸.

L'immunità espressa, invece, ricorre quando una legge sottrae determinate attività economiche al controllo *antitrust* o attribuisce competenze *antitrust* esclusive ad un'autorità di settore. È un modello ad applicazione limitata, a cui normalmente si preferiscono soluzioni meno restrittive e di più agevole attuazione: l'esenzione espressa dalle norme *antitrust* presuppone, infatti, un esame attento di costi e benefici di tale scelta, la specifica delimitazione della sfera dell'esenzione, la predisposizione di una disciplina alternativa e la sua costante revisione.

L'immunità implicita si basa sull'inferenza della volontà - inespressa - del Congresso di esentare una certa area dall'applicazione delle norme *antitrust*. Il ricorso a tale principio è limitato, secondo la giurisprudenza in materia¹⁷⁹, ai casi in cui un'autorità di settore abbia già disciplinato, con l'approvazione del Congresso, una condotta specifica (e non l'intera categoria a cui essa si ascrive) e l'eventuale applicazione delle norme *antitrust* contrasterebbe con l'azione regolatoria (c.d. *irreconcilability criterion*), oppure quando la regolazione di settore sia così pervasiva e dettagliata da lasciar intendere, al di là di ogni ragionevole dubbio, che il Congresso abbia emanato una disciplina settoriale sul presupposto che le norme *antitrust* non fossero idonee a realizzare il medesimo

¹⁷⁸ TRUJILLO, *State Action Antitrust Exemption Collides with Deregulation: Rehabilitating the Foreseeability Doctrine*, in *Fordham Jour. Corporate & Financial Law*, 2006, pp. 349-363.

¹⁷⁹ *United States v. AT&T*, 461, F.Supp. 1314 (D.D.Circ., 1978).

fine. Tale forma di immunità è di applicazione ancora più complessa, perché spesso presuppone un apprezzamento sostanziale sulla natura degli atti di regolazione.

La dottrina della *primary jurisdiction*, invece, si sostanzia nell'obbligo delle Corti di sospendere il giudizio, in attesa che si pronunci l'autorità di settore. Nella sua formulazione teorica e secondo un'applicazione ortodossa, tale teoria implica solo un differimento temporale del giudizio; essa, però, è stata sovente usata dai giudici come strumento per esentare alcune condotte dal vaglio *antitrust*, nella convinzione che fosse più opportuno, data la complessità della materia, un intervento da parte di autorità specializzate¹⁸⁰.

Quanto al mercato delle telecomunicazioni, mancano esenzioni espresse dall'applicazione delle norme *antitrust* e la formulazione stessa della normativa di settore lascia poco spazio alla teoria della mutua esclusione di regolazione e concorrenza. Per fugare ogni dubbio in proposito, il *Telecommunication Act* ha disposto, al § 152, che “*nothing in this act [...] shall be construed to modify, impair or supersede the applicability of any of the antitrust laws*” e ha così escluso l'applicabilità della dottrina dell'immunità implicita, altrimenti invocabile sulla base dell'elevato grado di dettaglio delle previsioni regolatorie.

D'altra parte, l'esenzione dal controllo *antitrust* non potrebbe essere giustificata neppure sulla base di un conflitto insanabile tra i due sistemi, dal momento che, come detto, questi svolgono una funzione complementare rispetto all'obiettivo di creare e promuovere la concorrenza nel mercato.

La coesistenza di due corpi normativi ha posto le Corti di fronte al problema di individuare in concreto i criteri che sovrintendano alla loro applicazione e fissino

¹⁸⁰ BUSH, *Mission Creep: Antitrust Exemptions and Immunities as applied to Deregulated Industries*, in *Utah Law Rev.*, 2006, pp. 639-641.

un ordine di prevalenza nel caso di conflitto. Su questo fronte, all'apparente linearità del paradigma teorico si è contrapposta la varietà di soluzioni giurisprudenziali che, sotto l'influenza della realtà fattuale dei singoli casi, hanno attribuito alle norme *antitrust* un peso variabile nel settore delle telecomunicazioni.

In particolare, la questione dell'impiego dello *Sherman Act* come strumento di apertura del mercato ha dato vita a due orientamenti giurisprudenziali, uno più restrittivo l'altro più possibilista.

Quale esempio del primo orientamento si usa citare la sentenza *Goldwasser*¹⁸¹, la quale ha rappresentato, fino alla pronuncia *Trinko*, il punto di riferimento per la definizione dei rapporti tra regolazione e concorrenza.

In quella circostanza, il settimo Circuito di Corte d'Appello ha ammesso che, in linea di principio, una condotta vietata dalla regolazione di settore potesse integrare anche un'infrazione alle norme *antitrust*¹⁸², a condizione che queste incorporassero, in una qualche maniera, gli obblighi o i divieti previsti nella relativa norma regolatoria¹⁸³. Quanto al profilo probatorio, la Corte ha puntualizzato che la mera allegazione di un comportamento palesemente contrario alla regolazione di settore non bastasse ad attribuire a quella condotta

¹⁸¹ *Goldwasser v. Ameritech Corp.*, 222 F.3d 390 (7th Circ., 2000). Il caso trae origine da un'azione *antitrust* contro il monopolista locale, accusato di aver violato gli obblighi di fornitura dell'accesso e dell'interconnessione alle condizioni fissate dal 1996 *Act*, condotta che, secondo l'attore, integrava anche un illecito tentativo di mantenere il potere di monopolio mediante comportamenti escludenti.

¹⁸² Questa sembra l'interpretazione più plausibile da attribuire all'espressione “*there is nothing in the rules of antitrust standing that prevents [the plaintiffs] from suing*” (p. 396).

¹⁸³ I giudici statuiscono che “*Only if Section 2 somehow incorporates the more particularized statutory duties the 1996 Act has imposed on ILECs like Ameritech would Ameritech's alleged failure to comply with the 1996 Act be, in itself, also an antitrust violation*” (p. 396).

caratterizzazione illecita anche sul piano *antitrust*¹⁸⁴. Questo varrebbe soprattutto in riferimento agli obblighi a contrarre, rispetto ai quali la discrepanza tra i due sistemi è particolarmente evidente: la regolazione di settore, infatti, impone obblighi dettagliati e di ampia applicazione, perché non presuppongono la titolarità di un potere monopolistico in capo all'impresa destinataria; al contrario, quelli fondati sullo *Sherman Act*, già meno dettagliati, rappresentano una misura straordinaria, come del resto dimostrerebbe lo scarso ricorso alla dottrina dell'*essential facility*¹⁸⁵.

Poiché le parti lamentavano la violazione di specifici obblighi regolatori, diversi dal corrispondente obbligo generale azionabile in sede *antitrust*, la Corte ha rigettato l'azione¹⁸⁶.

¹⁸⁴ La probabile coincidenza di fattispecie reali non annulla le differenze in termini di onere probatorio tra le rispettive fattispecie legali: la lamentata violazione dello *Sherman Act* deve essere accompagnata, a giudizio della Corte, dal carico probatorio normalmente previsto per la norma invocata, anche ove quella stessa condotta sia stata già riconosciuta come contraria alla regolazione di settore. Queste puntualizzazioni hanno indotto una parte della dottrina ravvisare in Goldwasser «*no more than a rule of careful pleading*». Così, tra gli altri, S. SEMERARO, *The Antitrust-Telecom Connection*, in *San Diego Law Rev.*, 2003, p. 577. La sostenibilità e la ragionevolezza delle statuizioni della Corte in merito alle allegazioni richieste sono ancor più evidenti se si considera che un'unica condotta proibita dalla regolazione di settore può fondare azioni *antitrust* diverse, ognuna accompagnata da uno specifico onere probatorio. Un comportamento contrario agli obblighi di interconnessione e di accesso fissati nella regolazione settoriale, per esempio, può tradursi in un'azione *antitrust* per illecito rifiuto di contrarre oppure per tentativo di *leverage*, con l'onere di allegare elementi di prova diversi nell'uno e nell'altro caso.

¹⁸⁵ La Corte esclude che le due tipologie di obblighi coincidano: «*the Congress could have chosen a simple antitrust solution to the problem of restricted competition in local telephone markets. It did not*» (p. 399). La scelta si è invece orientata verso l'imposizione di obblighi positivi di dettaglio, finalizzati a promuovere il rafforzamento dei rivali e privi di un equivalente nel contesto *antitrust*. Per un commento sulle statuizioni della Corte circa il diverso atteggiarsi degli obblighi di contrarre nel contesto dello *Sherman Act* e del *Telecommunications Act*, PICKER, *Mandatory Access Obligations and Standing*, in *Journal of Corporation Law*, 2006, pp. 388-389.

¹⁸⁶ Secondo la Corte, la soluzione contraria sarebbe stata in netto contrasto anche con la presenza di un meccanismo di *enforcement* regolatorio, costruito intorno alle finalità specifiche e ai metodi tipici della regolazione di settore e del tutto efficace rispetto al suo scopo. Tale principio è stato fatto ripreso dalla Suprema Corte nel caso *Trinko*.

Il principio sostanziale che si ricava dalla sentenza *Goldwasser* è che lo *Sherman Act*, per quanto risulti di per sé insufficiente rispetto all'obiettivo di apertura dei mercati, rappresenta tuttavia un valido strumento a supporto dei fini specifici del *Telecommunication Act*¹⁸⁷.

Il criterio della prevalenza della regolazione di settore sulle norme *antitrust* generali, enunciato in *Goldwasser*, ha trovato piena applicazione nella giurisprudenza successiva, portata tendenzialmente a inquadrare nel contesto regolatorio tutte le questioni giuridiche inerenti le relazioni competitive tra operatori di telecomunicazioni. Non sono mancati casi in cui il criterio *Goldwasser* è stato radicalizzato al punto da dichiarare superflue le norme *antitrust* nei settori regolati¹⁸⁸ o, addirittura, da negare l'esperibilità stessa di azioni *antitrust* nel caso di condotte contemplate dalla regolazione di settore¹⁸⁹.

¹⁸⁷ La dottrina maggioritaria ha interpretato tale sentenza come il tentativo di evitare una *over-application* delle norme *antitrust*, soprattutto in riferimento a quelle condotte che tradizionalmente non rappresentano illeciti tentativi di monopolizzazione. CENDAN, *Filling the gap: a principled approach to antitrust enforcement provides a necessary complement to the Telecommunications Act of 1996*, in *New York Univ. Law Rev.*, 2003, pp. 1757-1758.

¹⁸⁸ *Ex multis*, CAVALIER *Telephone L.L.C. v. Verizon Virginia, Inc.*, 208 F. Supp. 2d 608 (E.D. Va., 2002). Tale linea giurisprudenziale trae origine dall'affermazione della Corte per cui “*the antitrust laws would add nothing to the oversight already available under 1996 laws*” (p. 401) statuizione che, pronunciata in riferimento all'efficacia dell'*enforcement* regolatorio, è estrapolata dal suo contesto originale e assolutizzata.

¹⁸⁹ Nel caso *Covad Communications Co. v. Bell Atlantic Corp.* 201 F. Supp. 2d 123 (D.D.C., 2002), il giudice ha preventivamente rimarcato che la regolazione delle telecomunicazioni realizza l'obiettivo di apertura e sviluppo competitivo dei mercati mediante metodi diversi e più pervasivi di quelli adottati nel contesto *antitrust* e ha escluso in principio la proponibilità delle azioni *antitrust* nel caso di condotte disciplinate anche dalle norme di settore. Sulla base di questa premessa la Corte, anziché esaminare le presunte violazioni dello *Sherman Act* in base al criterio della *rule of reason*, tipicamente applicato nel caso infrazioni alla *Section 2*, ha negato che le violazioni degli obblighi regolatori rappresentassero anche condotte escludenti di rilevanza *antitrust* e ha rigettato, per ciò stesso, tutti i *claims antitrust* che incorporavano condotte afferenti anche problematiche regolatorie. Per un commento alla sentenza, SEMERARO, *The Antitrust-Telecom Connection...*, *cit.*, pp. 577-579. Interpretata in senso restrittivo e radicale, la sentenza *Goldwasser* si porrebbe in soluzione di continuità coi suoi precedenti che hanno sempre ammesso l'azione *antitrust* nei mercati regolati, e si tradurrebbe nell'attribuzione alla regolazione di settore

Parallelamente alla giurisprudenza *Goldwasser*, si è sviluppato un diverso filone interpretativo che, oltre a riconoscere la funzione di promozione, e non solo di tutela, della concorrenza svolta dalle norme *antitrust*, ha anche negato il contrasto con la regolazione di settore, data la coincidenza teleologica tra i due sistemi.

In particolare, in *Covad-BellSouth* la Corte, ricordando che anche lo *Sherman Act* talora è fonte di obblighi positivi per le imprese dotate di potere di mercato, ha sanzionato come illecito tentativo di monopolizzazione il rifiuto dell'*incumbent* di fornire l'accesso a un'infrastruttura essenziale per l'ingresso dei concorrenti nel mercato¹⁹⁰.

Per quanto diverse, le due linee giurisprudenziali convergono su un punto: la regolazione di settore influenza in modo determinante il funzionamento del mercato, perciò ogni azione *antitrust* relativa al settore delle telecomunicazioni deve tener conto di tale variabile¹⁹¹.

Nel 2004 la Corte Suprema è intervenuta nel dibattito circa gli effetti prodotti dal 1996 *Telecommunication Act* sull'applicazione delle norme *antitrust* generali¹⁹².

L'occasione è stata offerta da una denuncia di *Trinko*, cliente di *AT&T*, contro *Verizon*, *local incumbent* nello Stato di New York, accusata di aver violato gli

di un ruolo assai maggiore rispetto a quello riconosciuto in precedenza. Sul punto, WEISER, *Goldwasser, the Telecom Act and Reflections on Antitrust Remedies*, in *Administrative Law Rev.*, 2003, pp. 4-5.

¹⁹⁰ *Covad Communications CO. v. BellSouth Corp.*, 299 F.3d 1272 (11th Circ., 2002). Analogamente, nella sentenza *MetroNet Services Corp. v. US West Communications*, 329 F.3d 986 (9th Circ., 2003), i giudici hanno concesso tutela *antitrust* in un caso di abuso di prezzo (l'attore aveva dimostrato che le tariffe di accesso erano tanto elevate da scoraggiare la permanenza del concorrente nel mercato). Per un commento sulla sentenza, THORNE, *A categorical rule limiting Section 2...*, cit., pp. 292-293.

¹⁹¹ In *Town of Concord v. Boston Edison Co.*, 915 F.2d 17 (1st Circ., 1990) i giudici hanno espressamente previsto che, nel caso di coesistenza tra sistema *antitrust* e assetto regolatorio, "antitrust analysis must sensitively recognize and reflect the distinctive economic and legal setting of the regulated industry to which it applies" (p. 22).

¹⁹² *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

obblighi regolatori, fornendo ai rivali l'accesso alle proprie reti a condizioni qualitative inadeguate. Tale condotta, poiché realizzata dall'impresa dominante e finalizzata a disincentivare i consumatori dal cambiare operatore, avrebbe rilevato anche come illecito tentativo di esclusione dei concorrenti, contrario allo *Sherman Act* § 2.

La Corte Suprema ha negato tutela *antitrust* all'attore, ritenendo che la denunciata violazione degli obblighi di accesso non integrasse un tentativo di monopolizzazione, rigettando la richiesta di inibitoria e di risarcimento dei danni.

I giudici hanno preliminarmente puntualizzato che le infrazioni agli obblighi imposti dalla regolazione di settore non sono automaticamente coercibili nell'ambito *antitrust*, anzi che la normativa di settore, per il grado di dettaglio delle sue previsioni, sarebbe in sé terreno ideale per applicare la teoria dell'immunità implicita. Tale precisazione, ha indotto i giudici a circoscrivere l'applicazione delle norme *antitrust* alle sole fattispecie già esistenti e per come consolidate nella ricostruzione giurisprudenziale¹⁹³.

Quanto al caso di specie, la fattispecie *antitrust* più vicina alla condotta sospetta è l'illecito rifiuto di contrarre che, per il fatto di condizionare positivamente le libertà negoziale delle imprese, è da assumersi, a giudizio della Corte, come ipotesi eccezionale e, in quanto tale, di stretta applicazione¹⁹⁴.

¹⁹³ Nell'argomentare tale interpretazione, già formulata nel caso *Covad-Bell Atlantic*, la Corte ha richiamato una dichiarazione della *FCC*, secondo cui la *saving clause* si riferirebbe ai soli «*claims that satisfy established antitrust standards*» (p. 406), così negando anche un'applicazione estensiva delle fattispecie tipiche.

¹⁹⁴ I casi di riscontrata violazione dello *Sherman Act* § 2 legati al rifiuto di contrarre, infatti, sono piuttosto rari, in quanto in diretto contrasto con il principio della *freedom of contract*, assunto tradizionalmente come criterio di base per valutare la condotta di mercato delle imprese. Quanto al caso in esame, la Corte ha affermato che «*Under certain circumstances a refusal to cooperate with rivals can constitute anticompetitive conducts and violate § 2. We have been very cautious in recognizing such exceptions, because of the uncertain value of forced sharing*» (p. 408).

Il ricorso al principio *Aspen Skiing*¹⁹⁵, che rappresenta il *leading case* in materia, dovrebbe perciò essere limitato alle sole ipotesi di coincidenza piena tra le fattispecie reali.

Su questa base, i giudici hanno ritenuto che la condotta censurata, poiché riguardava l'inadeguatezza e l'insufficienza dei servizi di accesso forniti dall'operatore dominante, non solo non poteva rientrare negli stretti confini del precedente *Aspen*¹⁹⁶, ma neppure avrebbe legittimato l'applicazione della

¹⁹⁵ *Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation*, 472 U.S. 585 (1985). Il caso riguardava il rifiuto di contrarre opposto da *Aspen Skiing*, gestore di tre dei quattro impianti sciistici presenti nella località di Aspen, al rivale *Aspen Highlands*, interrompendo così un rapporto di collaborazione pluriennale avente ad oggetto l'offerta di un unico ski-pass valido per tutti gli impianti di quella zona. La Corte Suprema ha ritenuto che, in mancanza di una valida giustificazione economica, l'interruzione di un rapporto presumibilmente profittevole rappresentava un illecito tentativo di monopolizzazione con effetti anti-concorrenziali, in violazione dello *Sherman Act* § 2. Nella ricostruzione dei giudici è stata determinante la convinzione che la scomparsa di un prodotto già offerto al pubblico avesse un impatto negativo sul *consumer welfare*. Si veda nota 79.

¹⁹⁶ La Corte fa notare che, in *Aspen*, le relazioni contrattuali erano state avviate in modo volontario, perciò si poteva presumere che fossero profittevoli e, di conseguenza, che la loro interruzione implicasse rinuncia ai profitti di breve periodo, fatta al solo scopo di escludere i concorrenti dal mercato. Nel caso *Trinko*, invece, non ci sarebbe spazio per una presunzione di convenienza dei rapporti negoziali, essendo questi il frutto di imposizione regolatoria, piuttosto che di libera determinazione imprenditoriale. La differenza tra rapporti volontari e imposti rappresenta, secondo R.G. BESING, *The Intersection of Sherman Act Section 2...*, cit., p. 25, una «*false distinction*» con la quale la Corte avrebbe ridefinito l'onere probatorio nei casi di illecito rifiuto di contrarre, aggiungendo, ai due elementi tradizionali del potere di monopolio e della condotta anti-concorrenziale, il requisito ulteriore del «*prior voluntary dealing*». Dal momento che i contratti di interconnessione e di accesso sono espressione di obblighi regolatori, adottando il parametro *Trinko*, si dovrebbe sempre escludere l'applicazione dello *Sherman Act* § 2. Peraltro, la Corte ha rimarcato la differenza tra un rifiuto di contrarre relativo a un prodotto già disponibile al pubblico e il rifiuto inerente un servizio (fruizione di parti della rete locale a livello wholesale) creato dalla regolazione di settore e altrimenti non disponibile. Anche questa distinzione si è esposta ad aspre critiche dottrinali perché legittimerebbe il rifiuto opposto dall'operatore verticalmente integrato di fornire l'accesso a un input intermedio, purché questo non sia già stato offerto. Cfr. sul punto e, più in generale sulle ricadute della giurisprudenza *Trinko* sugli obblighi di contrarre, HAY, *Trinko: Going all the way*, in *Antitrust Bull.*, 2005, pp. 527-548. L'esame della sentenza rivela un approccio marcatamente restrittivo nell'interpretazione del precedente *Aspen*, con la conseguenza di trasformare in componenti essenziali della fattispecie quegli elementi di volontarietà del

essential facility doctrine, data l'assenza del suo presupposto applicativo (ossia, il mancato accesso alla infrastruttura essenziale).

L'aggiunta di questo caso alle ipotesi in cui sussiste un obbligo di cooperare con i rivali non rappresenterebbe, secondo la Corte, un'alternativa praticabile: in un mercato dove sono già presenti norme specifiche volte a individuare e reprimere comportamenti anti-concorrenziali, «*the additional benefit to competition provided by antitrust enforcement will tend to be small, and it will be less plausible that the antitrust laws contemplate such additional scrutiny*» (p. 412)¹⁹⁷.

La decisione della Corte si fonda sulla premessa teorica per cui «*antitrust analysis must always be attuned to the particular structure and circumstances of*

rapporto e discriminazione tra i contraenti che, nella giurisprudenza in materia di rifiuto unilaterale di contrarre, rappresentano caratteristiche tipiche e ricorrenti, ma di certo non imprescindibili.

¹⁹⁷ Assai diversa sul punto l'opinione della Corte d'Appello [Law Office of Curtis V. *Trinko L.L.P. v. Bell Atlantic Corporation*, 305 F.3d 89 (2nd Circ., 2002)]: secondo i giudici, il caso in esame di discosterebbe in modo significativo dal precedente *Goldwasser* in cui l'azione *antitrust* era così intrinsecamente legata alla violazione delle norme di settore (in quel caso si lamentava semplicemente che il § 251 del *Telecommunications Act* era stato violato) da far pensare che la tutela *antitrust* fosse superflua. Nel caso in esame, in cui un consumatore lamentava di aver subito un danno dalla condotta anti-concorrenziale delle imprese, non si potrebbe avallare analoga conclusione, a meno di non voler disattendere l'obiettivo legislativo di assicurare adeguato ristoro a chi ha subito un danno in conseguenza della violazione di norme *antitrust*. "Because this plaintiff has no remedy under the *Telecommunications Act* for a violation of subsections (b) and (c) of section 251, the antitrust laws are the only place where it has a remedy for damage caused by the allegedly anticompetitive behavior described in the amended complaint. Thus, in this case, the antitrust laws serve the purpose of affording the consumer compensation that the *Telecommunications Act* does not provide" (p. 110). Peraltro, nel caso in esame, i giudici hanno percepito la tutela *antitrust* come un supporto, più che un ostacolo, all'efficacia della regolazione. Posto che la tutela del consumatore leso non interferisce con le finalità regolatorie e che solo un'azione *antitrust* può garantire adeguata tutela risarcitoria, la Corte ha annullato la decisione di primo grado e ha condannato *Verizon* al risarcimento dei danni, confermando così la possibilità di un doppio controllo - regolatorio e concorrenziale - sulla medesima condotta. Sviluppando questo orientamento interpretativo, l'Undicesimo Circuito, nel caso *Covad-Bellsouth*, ha esteso il principio anche ai rapporti tra concorrenti e ha riconosciuto al nuovo entrato la possibilità di fondare l'azione tanto sulla violazione della regolazione di settore quanto delle norme *antitrust*.

the industry at issue. [...] One factor of particular importance is the existence of a regulatory structure» (p. 411).

Nella valutazione delle condotte sospette, la Corte, però, discostandosi dall'approccio metodologico tipicamente seguito nel controllo *antitrust*, non ha esaminato la variabile della regolazione né in modo immediato e diretto, inglobandola nella definizione dei rapporti di concorrenza tra le parti, né in via successiva, come correttivo di una valutazione preventiva realizzata secondo lo schema *antitrust*¹⁹⁸.

Sotto il profilo della promozione e della tutela della concorrenza nel mercato, gli effetti della sentenza *Trinko* sono segnatamente negativi, dal momento che essa sembra favorire il mantenimento, se non addirittura il rafforzamento, del potere monopolistico dell'incumbent¹⁹⁹.

A cinque anni di distanza dalla sentenza *Trinko* la Corte Suprema nordamericana, nel noto caso *Us Supreme Court, Pacific Bell Telephone v. linkLine Communications*, 25 febbraio 2009, è tornata ad occuparsi del rapporto tra *antitrust* e regolazione.

Anche in questo caso lo scenario era fornito dal settore delle telecomunicazioni: la società *AT&T*, proprietaria delle infrastrutture necessarie per fornire i servizi di connessione internet veloce in California e obbligata dalla *Federal Communications Commission*, come condizione per una recente concentrazione, a fornire accesso alle sue *facilities* in quanto operatore verticalmente integrato e

¹⁹⁸ *In Town of Concord*, i giudici hanno preventivamente verificato se la condotta lamentata, estrapolata dal suo contesto di mercato, fosse rilevante per le norme generali a tutela della concorrenza e poi hanno controllato se, reinserita nel contesto regolatorio, la valutazione originaria si conservasse o meno; cfr. SCHEUERMANN, SEMINS, *A new method for regulatory antitrust analysis? Verizon Communications v. Trinko*, in *Richmond J. Law & Technology*, 2005, p. 29.

¹⁹⁹ ECONOMIDES, *Vertical leverage and the sacrifice principle: why the Supreme Court got Trinko wrong*, in *New York Univ. Annual Survey of American Law*, 2005, p. 412.

detentore di una posizione monopolistica nel mercato all'ingrosso (*wholesale*) veniva accusato di voler estendere il suo potere al mercato al dettaglio (*retail*) attraverso condotte escludenti.

In questo caso sotto accusa era la strutturazione dei prezzi del monopolista che, in quanto controllore del cd. ultimo miglio, volutamente avrebbe praticato a monte tariffe elevate ai concorrenti per consentire loro l'accesso alle proprie infrastrutture e a valle prezzi contenuti per i consumatori che usufruivano dei suoi servizi di connessione *internet*, con l'obiettivo di comprimere i margini di profitto dei rivali e, di conseguenza, escludere o limitare significativamente la concorrenza.

Dinanzi alla denunciata strategia di *raising rival's costs*, i concorrenti chiedevano fosse garantito ad essi un margine di profitto giusto e adeguato.

Le difese di *AT&T* si sostanziano invece nei seguenti principi: *i*) non aver alcun obbligo di contrarre (dal momento che il *duty to deal* trova la sua fonte in un provvedimento del regolatore (la *FCC*) e non in una sua scelta di iniziare una relazione commerciale con i concorrenti) e *ii*) in assenza di un obbligo *antitrust* di contrarre, di essere libera di fissare termini e condizioni per l'accesso alla propria infrastruttura.

A fronte di ciò la Corte distrettuale prima e la Corte d'appello per il Nono Circuito poi, ritennero che, sebbene *AT&T* non avesse un obbligo di contrarre a monte, la sua strategia di prezzo fosse suscettibile di essere valutata come un illecito *antitrust*, laddove fosse stato dimostrato, ai sensi della *Section 2* dello *Sherman Act*, uno specifico intento di monopolizzazione.

La Corte, dinanzi al contestato schema di prezzi particolarmente onerosi a monte per i concorrenti che chiedevano accesso all'infrastruttura essenziale e viceversa

molto contenuti per i consumatori nel mercato al dettaglio, afferma che *AT&T* non avendo un obbligo *antitrust* di contrarre – il quale deriva semmai dalla regolamentazione imposta *FCC* – ben poteva rifiutare l’accesso ai concorrenti senza per questo violare la disciplina concorrenziale, essendo irrilevante che, a differenza da quanto richiesto dalla *FCC*, il prezzo praticato da *AT&T* sul mercato a monte fosse più elevato di quello dalla stessa applicato *downstream*²⁰⁰.

Il secondo pilastro argomentativo della Corte è di carattere istituzionale e attiene al rapporto tra regolazione e diritto della concorrenza.

Il giudice Breyer, nel redigere per il Primo Circuito la citata sentenza *Town of Concord*, nel 1990 stabilì che un comportamento anticoncorrenziale praticato in un comparto industriale completamente regolamentato non sarebbe stato in linea di massima contrario alla *Section 2* dello *Sherman Act*, rinviando ad un’altra occasione la valutazione della medesima condotta nell’ambito di un settore parzialmente regolamentato.

Il caso *linkLine* si è presentata come occasione per effettuare detta analisi, e, in detta circostanza il principio espresso in *Town of Concord* è stato esteso anche ai comparti parzialmente regolamentati.

La Corte nell’occasione afferma che il differente quadro regolatorio tra *linkLine* e *Town of Concord* non era rilevante perché si è comunque in presenza di un intervento di un’ autorità di regolazione, anche se solo a livello *upstream*: anziché lamentare una violazione *antitrust*, i concorrenti avrebbero dovuto quindi rivolgersi al regolatore e a chiedere che i prezzi *wholesale* di *AT&T* venissero

²⁰⁰ Ad avviso della Corte Suprema la *Trinko* mette in chiaro “che se un’impresa non ha un obbligo *antitrust* di contrarre con i rivali nel mercato all’ingrosso, certamente non ha l’obbligo di contrarre sulla base di termini e condizioni che gli stessi reputano economicamente vantaggiose”.

abbassati in ragione del denunciato comportamento anticoncorrenziale di *price squeeze*.

L'idea che il *price squeeze* sia sostanzialmente un problema regolatorio venne fortemente sostenuta anche da un nutrito gruppo di studiosi intervenuti nel ruolo di amici *curiae* a sostegno delle ragioni di *AT&T* (Baumol, Bork, Demsetz, Epstein, Carlton, Hylton, Sydak, Hausman, solo per citarne alcuni) fondandosi su argomentazioni alla base della decisione *Trinko*: i giudici *antitrust* non hanno competenza né *expertise* per implementare la regolazione.

In sostanza, obbligare un'impresa a condividere i propri *input* essenziali comporterebbe la fissazione di termini e condizioni di accesso e costringerebbe i giudici ad agire come un'autorità di regolazione e svolgere un ruolo per il quale essi non sono attrezzati: nel caso di specie, per scongiurare il rischio di eccessiva compressione dei margini di profitto dei concorrenti, la Corte sarebbe chiamata a fissare sia il prezzo all'ingrosso sia quello al dettaglio e, per fare questo, a stabilire cosa si debba intendere per *fair price* a monte e *living profit* a valle. Da qui il costante richiamo della Corte a quanto espresso in *Trinko* e *Town of Concord*, dove ci si interrogava su come una giuria potesse stabilire l'entità del giusto prezzo e dell'adeguato *price gap*.

Per ciò che attiene il tema della ricerca, nell'atteggiamento della Corte si riscontra una conferma della posizione di netta separazione tra *antitrust* e regolazione inaugurata con *Trinko*.

Non è ben chiaro quanto ciò corrisponda all'effettivo sentire dei giudici o rappresenti invece il pretesto per promuovere un approccio più liberale e meno interventista dell'*antitrust*. In linea di principio, le ragioni addotte per giustificare la ritirata dell'*antitrust* dinanzi all'intervento regolatorio non sono tutte

completamente convincenti: la teoria economica e la pratica hanno spesso dimostrato come le corti *antitrust* siano meglio equipaggiate – anche alla luce degli strumenti di *enforcement* di cui esse dispongono – nell’assicurare risultati efficienti di quanto lo siano le autorità di regolazione, le quali a loro volta sono costantemente esposte al più volte menzionato rischio di cattura e dei vari comportamenti strategico-opportunistici dei soggetti regolati.

In conclusione, emerge un quadro in cui la distanza rispetto agli orientamenti comunitari si conferma oceanica. Innanzitutto, con riferimento alla possibilità per l’*antitrust* di sanzionare il comportamento anticoncorrenziale in un contesto regolamentato, è da evidenziare come in *Deutsche Telekom* la Corte di giustizia abbia stabilito che l’intervento dell’autorità di regolazione non esclude il sindacato del diritto *antitrust*.

Sul punto l’approccio nordamericano si mostra dunque profondamente differente rispetto a quello comunitario, se si pensa al *reasoning* che ha guidato la Corte Suprema, prima in *Trinko* e poi in *linkLine*, nell’affermazione di una netta separazione e di una sostanziale deferenza dell’*antitrust* rispetto alla regolazione.

4. – *La dialettica tra regolazione e concorrenza in Europa e negli Stati Uniti: analogie, differenze, tendenze attuali e sviluppi prevedibili*²⁰¹.

Le previsioni regolatorie che fanno da sfondo normativo alle precedenti sentenze presentano contenuto analogo, risolvendosi nell’imposizione di obblighi di *network sharing* e di *unbundled access*, allo scopo di facilitare l’entrata di nuovi operatori privi, in tutto o in parte, di una rete propria, alternativa a quella

²⁰¹ Il presente paragrafo prende spunto da FILIPPELLI, *Telecom Italia e Trinko: la dialettica tra norme antitrust generali e disciplina regolatoria delle telecomunicazioni in europa e negli stati uniti*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc.1, 2009, pag. 24, di cui sono ripresi tratti e riferimenti bibliografici.

dell'*incumbent*. In entrambi i sistemi, la disciplina è estremamente dettagliata, l'intervento regolatorio è penetrante e lo spettro di condotte non espressamente contemplate dalle norme in questione è piuttosto ridotto.

In entrambi i casi, inoltre, i testi normativi predicano la coesistenza di *antitrust* regolazione di settore, sebbene i rapporti tra i due corpi normativi si lascino ricondurre a modelli teorici differenti²⁰².

Il Congresso degli Stati Uniti, infatti, sembra ravvisare nelle norme *antitrust* il necessario complemento della normativa di settore, secondo uno schema che dovrebbe importare, ove ne ricorrano i presupposti, la permanente applicazione contestuale dei due sistemi.

Il modello europeo, invece, sembra strutturarsi in termini di sequenzialità, con la previsione di una progressiva attenuazione della regolazione a vantaggio delle norme generali *antitrust*, fino al pieno consolidarsi di dinamiche concorrenziali e alla conseguente caducazione delle previsioni settoriali.

In via applicativa, i due sistemi definiscono in modo diverso il rapporto tra *antitrust* e regolazione.

²⁰² Nella definizione dei rapporti tra concorrenza e regolazione si fa riferimento alla ricostruzione proposta da VALENTINI, *Diritto e Istituzioni della Regolazione*, Giuffrè, Milano, 2005 il quale riconduce la dialettica tra i due sistemi a quattro modelli teorici: mutua esclusione (il caso tipico è rappresentato dalle esenzioni di singoli comportamenti o di un'intera categoria di condotte dall'applicazione delle norme *antitrust*, per esigenze di pubblico interesse), sequenzialità (la regolazione di settore è componente di una sequenza evolutiva, definita non nei tempi, ma nelle tappe, e volta a trasformare l'originario monopolio in assetto competitivo), complementarità (in tal caso, entrambi i corpi normativi sono percepiti come simultaneamente ed egualmente necessari) e, in ultimo, mutua esclusione sequenziale (la regolazione di settore ha il compito di mediare il passaggio verso un assetto pienamente competitivo, comprimendosi progressivamente al rafforzarsi delle dinamiche concorrenziali, fino a essere completamente assorbita dalle norme *antitrust* generali. Visto che, secondo la ricostruzione dell'Autore, nelle fasi intermedie entrambi i sistemi troverebbero applicazione, mi pare più opportuno descrivere tale modello in termini di inversa proporzionalità, più che di mutua esclusione tra *antitrust* e regolazione).

La Corte Suprema americana nella sentenza *Trinko* sembra, infatti, propendere verso un “controllo a sportello unico”, con preferenza per l’applicazione delle norme regolatorie e, conseguentemente, per l’intervento delle autorità di settore, entrambe dedotte, argomentando a contrario, sulla base del precedente *Silver v. New York Stock Exchange*²⁰³, in cui i giudici avevano giustificato il ricorso alle regole generali a tutela della concorrenza sulla base della mancanza di un sistema regolatorio di settore.

Mediante una ricostruzione formalistica, i giudici creano nicchie di immunità *antitrust* nel settore delle telecomunicazioni, in palese contrasto col sistema di doppio *enforcement* che la *saving clause* intendeva preservare²⁰⁴.

I giudici comunitari, suggeriscono invece un “controllo binario”, con applicazione contestuale dei due corpi normativi e potere di intervento di entrambe le autorità, riconoscendo ad Autorità *antitrust* e di regolazione una competenza concorrente piena, senza fissare un ordine di intervento o esprimere una preferenza per l’applicazione dell’una o dell’altra disciplina.

La divergenza tra le decisioni europee e quelle nordamericane pare imputabile anche al fatto che le autorità americane di regolazione erano già efficacemente intervenute per disciplinare le stesse condotte oggetto dell’azione *antitrust*²⁰⁵.

Volendo volgere lo sguardo alle tendenze attuali e gli sviluppi prevedibili della relazione tra regolazione e concorrenza, va premesso che, in via generale, la

²⁰³ *Silver v. New York Stock Exchange*, 373, U.S. 341 (1963).

²⁰⁴ GERADIN, *Limiting the scope of article 82 EC*:..., cit., p. 1547.

²⁰⁵ I nuovi entrati, già alla fine del 1999, avevano lamentato un adempimento parziale e inadeguato di *Verizon* agli obblighi regolatori. Le investigazioni parallele, avviate dalla *FCC* e dalla *Public Service Commission*, si erano risolte in una serie di ordini (relativi all’accesso e al miglioramento dei servizi offerti all’ingrosso) e di impegni (tra cui una *voluntary contribution* per 3 milioni di dollari) per *Verizon*, la cui condotta è stata da quel momento sottoposta a un controllo ancor più penetrante, fino a quando, nel giugno 2000, l’*Enforcement Bureau* ha confermato che gli impegni erano stati soddisfatti.

medesima venga tradizionalmente descritta in termini di contrapposizione: la convinzione che la concorrenza sia il più efficace meccanismo di massimizzazione del benessere collettivo ha, infatti, indotto a considerare la regolazione, in quanto sua antitesi, come foriera di risultati subottimali²⁰⁶.

Le nuove regolazioni di settore, tuttavia, perseguono finalità del tutto diverse da quelle tradizionali, essendo orientate non più a disciplinare i monopoli di settore, ma a rimuoverli, guidando il passaggio verso sistemi concorrenziali²⁰⁷. Esse, perciò, non possono essere più percepite come antitetiche rispetto alla disciplina *antitrust*.

La descrizione delle relazioni tra i due sistemi continua, tuttavia, ad essere strutturata in senso dicotomico, a cominciare dalla stessa contrapposizione tra misure di intervento *ex ante* ed *ex post*: si è detto a più riprese come la regolazione è volta a disciplinare in via preventiva il comportamento delle imprese, orientandolo in senso pro-concorrenziale, in coerenza con l'evoluzione attesa dei mercati²⁰⁸; essa prescinde dal riscontro effettivo di una condotta anti-

²⁰⁶ CRAMPTON, FACEY, *Revisiting Regulation and Deregulation Through the Lens of Competition Policy*, in *World Competition*, 2002, pp. 25-26 rimarcano il fatto che le regolazioni economiche impongono notevoli costi, di creazione, attuazione e rimozione, e possono accompagnarsi a effetti distorsivi sull'efficienza economica. Gli AA. riportano i risultati di studi di settore che dimostrerebbero una significativa riduzione di prezzi e un sostanziale miglioramento della qualità dei servizi erogati a seguito di processi di deregolamentazione.

²⁰⁷ LIBERTINI, *Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, pp. 802-807 sottolinea il carattere dinamico e pro-concorrenziale delle nuove regolazioni di contro al carattere statico e filo-monopolistico dei tradizionali interventi normativi a disciplina del settore, chiaramente volti a garantire stabilità negli equilibri di mercato, proteggendo con strutture corporative o monopolistiche gli operatori di telecomunicazioni già attivi nel settore.

²⁰⁸ QUADRI, *Il Codice delle Comunicazioni elettroniche*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2003, pp. 1332-1333; analogamente, DE STREEL, *The Integration of Competition Law Principles...*, cit., p. 511. RADICATI DI BROZOLO, *Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria nel nuovo quadro comunitario delle comunicazioni elettroniche*, in *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, a cura di MORBIDELLI, DONATI, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 115-124 rimarca le differenze strutturali tra *antitrust* e regolazione: malgrado esse si orientino verso lo stesso tipo di

concorrenziale e si indirizza, invece, verso quelle distorsioni che, sulla base di un giudizio prognostico e indiziario, appaiono di più probabile verifica; la disciplina *antitrust*, al contrario, mira a reprimere e sanzionare comportamenti anticoncorrenziali già posti in essere o inequivocabilmente in fieri²⁰⁹.

Le norme *antitrust*, peraltro, hanno carattere generale e permanente e vincolano le imprese con divieti; le regolazioni, al contrario, sono tipicamente settoriali, impongono obblighi positivi alle imprese e hanno, almeno nel contesto europeo, durata limitata, fino al pieno consolidarsi di dinamiche concorrenziali nel mercato di riferimento. In ultimo, la differenza investe anche il profilo rimediabile, per cui se le autorità *antitrust* di solito reagiscono a una violazione imponendo obblighi comportamentali, nell'ambito regolatorio non si esclude il ricorso a misure strutturali.

Tali differenze non bastano tuttavia a far ritenere i due sistemi come contrapposti, la stessa distinzione tra interventi *ex post* ed *ex ante* non pare avere valore assoluto: per un verso, infatti, un intervento preventivo si registra anche in campo *antitrust*; per l'altro, non mancano casi in cui l'azione regolatoria mira a disciplinare l'esistente, a sanzionare comportamenti illeciti posti in essere dalle imprese o presenta contenuti significativamente influenzati dal contesto di mercato corrente²¹⁰.

condotte, quelle che nella terminologia *antitrust* sono descritte come abusive, l'azione regolatoria deve essere necessariamente prospettica, o *forward looking*, mentre l'approccio *antitrust* è, con l'esclusione della disciplina delle concentrazioni, repressivo o *backward looking*.

²⁰⁹ LAROCHE, *A closer look at some assumptions underlying EC regulation of electronic communication*, in *Journal Network Industries*, 2002, p. 131.

²¹⁰ LAROCHE, *A closer look at some assumptions...*, cit., p. 132 sottolinea che proprio i provvedimenti in materia di interconnessione o accesso sarebbero espressione di un intervento *ex post*, teso a rimediare alle disfunzioni concorrenziali che le autorità riscontrano nel mercato. L'A conclude: "It is accordingly difficult to distinguish between competition law and SSR [Sector-Specific Regulation] using the *ex post/ex ante* dichotomy. In fact, in the European context at least,

Più in generale, non sembrano esserci argomentazioni abbastanza forti per negare in linea di principio la coesistenza tra i due sistemi; anzi, sul piano del diritto positivo è facile riscontrare esempi concreti di coapplicazione di *antitrust* e regolazione. Paradigmatico, in proposito, è ciò che è accaduto in Australia, dove l'esigenza di dettare una disciplina speciale per il mercato delle telecomunicazioni non si è tradotta, com'è invece avvenuto altrove, nell'emanazione di una nuova legge, ma nell'introduzione di norme settoriali all'interno della legge *antitrust* generale. L'applicazione della regolazione di settore è, di conseguenza, demandata alla stessa autorità *antitrust*²¹¹.

La possibilità di configurare un assetto binario nel mercato europeo delle telecomunicazioni non solo non può essere esclusa, ma appare anzi come la tesi più sostenibile. Non si può infatti ignorare che le norme *antitrust* possono contrastare gli eventuali fallimenti o colmare le possibili lacune della regolazione²¹², ma al tempo stesso non sono in grado di offrire da sole tutela

it is more accurate to view the two regulatory realms as species of economic regulation, one more general in its application to the whole economy, the other more specific, since it concerns only one sector".

²¹¹ GERADIN, KERF, *Post-Liberalization Challenges in Telecommunications: Balancing Antitrust and Sector-Specific Regulation - Tentative Lessons from the Experience of the United States, New Zealand, Chile and Australia*, in *World Competition*, 2000, pp. 59-77. Lo sforzo di integrare, sin dal principio, disciplina regolatoria di settore e norme *antitrust* generali lascia trasparire la convinzione che le previsioni specifiche, di cui il mercato delle telecomunicazioni pure necessita, non sono necessariamente alternative rispetto alle norme generali. La singolare commistione normativa tra *antitrust* e regolazione e l'applicazione delle diverse regolazioni settoriali ad opera della autorità *antitrust* garantiscono anche coerenza decisionale trasversale ai diversi settori regolati.

²¹² Anche ove la regolazione di settore non si esponga a critiche di incompletezza o contraddittorietà, al sistema *antitrust* rimarrebbe l'importante funzione di rafforzare, con principi ben noti e ormai ampiamente consolidati, la certezza giuridica e incrementare il grado di prevedibilità delle decisioni delle autorità di settore. Così, RUBIN, *Local Telecommunications*, p. 137, in AA.VV., *Network Access, Regulation and Antitrust*, Routledge, London & New York, 2005.

adeguata contro l'esercizio di potere economico in un mercato non pienamente sviluppato²¹³.

I due sistemi, inoltre, presentano una significativa omogeneità di fondo, in gran parte riconducibile alla loro comune origine europea e alla riconosciuta necessità che la regolazione di settore non contrasti con il Trattato UE, ma ne condivida le finalità. D'altra parte, l'adozione e l'attuazione delle regole di settore a livello nazionale non potrebbero legittimare, già in linea di principio, la disapplicazione delle norme *antitrust* comunitarie²¹⁴.

La stretta vicinanza concettuale e metodologica tra *antitrust* e regolazione non ha, però, mancato di suscitare perplessità circa l'effettiva necessità di un doppio controllo che, pur senza essere negato in principio, potrebbe apparire, in concreto, superfluo²¹⁵.

²¹³ BUSH, MAYNE, *In (reluctant) defence of Enron: why bad regulation is to blame for California's power woes (or why antitrust law fails to protect against market power when the market rules encourage its use)*, in *Oregon Law Rev.*, 2006 contestano l'idea di regolazione di settore e norme *antitrust* come "competing methods for correcting market failures" (p. 208) e percepiscono "antitrust and regulation as complements essential to sensible regulation of market power" (p. 213). Benché formulate con riferimento al mercato americano dell'energia elettrica, tali opinioni sono estendibili a tutti i settori regolati. Quanto al settore delle telecomunicazioni, PITT, *Telecommunications regulation: is it realistic to rely on competition law?*, in *ECLR*, 1999, p. 247 rimarca la necessità che la regolazione di settore incorpori tanto previsioni finalizzate a creare un level playing field, quanto disposizioni che recepiscano istanze tipicamente *antitrust*, adattandole alle peculiarità del mercato. L'insufficienza dei soli principi *antitrust* sarebbe particolarmente evidente proprio in materia di interconnessione e di accesso, rispetto ai quali l'applicazione dell'art. 82 Trattato sembrerebbe quasi una forzatura: non si può, secondo l'A., considerare ogni operatore che controlli il *local loop* e, di conseguenza, l'accesso ai propri clienti, come dominante e far conseguire, da tale connotazione, l'applicazione delle norme sul rifiuto di contrarre, come definito nell'elaborazione dottrinarie e nella prassi giurisprudenziale. Al contrario, sarà sempre necessario, continua l'A., dettare regole *sector-specific* almeno in materia di interconnessione e accesso.

²¹⁴ LAROCHE, *A closer look at some assumptions...*, cit., p. 135. La necessità di conformarsi ai principi fondamentali del trattato UE, inclusi il favor per la creazione di un mercato aperto e il principio di proporzionalità, sarebbe garanzia ulteriore di coerenza tra *antitrust* e regolazione.

²¹⁵ QUADRI, *Il Codice delle Comunicazioni elettroniche...*, cit., p. 1333, secondo cui "una forte sorveglianza del mercato e l'adozione di misure da parte dell'autorità di regolazione costituisce,

Nell'alternativa tra regolazione e concorrenza, vi è posto anche per una soluzione intermedia che, pur sostenendo la necessità di vincolare le imprese regolate all'osservanza delle norme *antitrust* generali, suggerisce di demandarne l'applicazione alle autorità nazionali di regolazione: per il fatto di conoscere meglio le peculiarità del mercato, di avere maggiore familiarità con i problemi tipici di settore e di disporre di più ingenti risorse economiche, tali autorità garantirebbero un intervento più mirato, preciso ed efficace²¹⁶.

Anche sul piano applicativo, il criterio del doppio scrutinio può ormai assumersi come pienamente consolidato: a partire dal caso *Deutsche Telekom*, il controllo *antitrust* su condotte regolate non è mai stato escluso, malgrado il rischio di esiti decisionali contrastanti, che fa da naturale corollario a tale scelta²¹⁷.

in realtà, una sorta di "barriera" preventiva da cui difficilmente potranno sfuggire situazioni che giustifichino l'intervento dell'Autorità antitrust". Tale previsione è stata smentita dal proliferare dei provvedimenti *antitrust* nel settore delle telecomunicazioni proprio in relazione a quelle fattispecie contemplate anche nella regolazione di settore.

²¹⁶ LAROCHE, *Competition Law and Regulation...*, cit., p. 302 il quale riconosce, che dal momento che poteri e attribuzioni delle autorità di regolazione sono definiti nel dettaglio dal legislatore nazionale, lo schema proposto potrebbe non essere effettivamente realizzabile a livello interno, per insufficienza di poteri, o potrebbe dar luogo a significative divergenze tra gli Stati membri.

²¹⁷ La maggiore omogeneità degli strumenti di indagine insieme alla convergenza di fini ultimi non esclude, infatti, che autorità differenti esprimano valutazioni diverse sulla medesima condotta. Cfr., da ultimo, Commissione UE, 4 luglio 2007, *Vanadoo Espana c. Telefonica SA*, COMP 38.784 (http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38784/dec_en.pdf). La condotta censurata, afferente il mercato della banda larga e sanzionata con un'ammenda di 151 milioni di euro, consisteva in un *margin squeeze* tra tariffe *wholesale* e *retail*, la cui differenza non avrebbe permesso a un operatore egualmente efficiente di erogare il servizio senza incorrere in perdite. Malgrado le tariffe in questione fossero definite, almeno parzialmente, dall'autorità di regolazione (come nel caso dell'accesso *wholesale* a livello regionale), la Commissione ha attribuito piena responsabilità all'incumbent il quale, alla luce dei suoi piani industriali e della contabilità interna, non poteva non essere consapevole dell'abuso e, soprattutto, era anche nelle condizioni di porvi fine, attraverso una semplice riduzione delle tariffe *wholesale*. La discrepanza di valutazioni tra le due autorità in relazione alle tariffe in esame è spiegata con l'uso di dati diversi, coerenti con la differente prospettiva seguita nei due ambiti: previsioni circa l'andamento del mercato e dei costi, in una prospettiva *forward-looking* per la autorità di regolazione; dati storici e costi effettivamente sostenuti per la Commissione europea.

Sul piano delle competenze ad intervenire, infatti, il sistema del doppio scrutinio si traduce nella competenza concorrente di autorità di regolazione e autorità *antitrust*.

Nella sua concreta applicazione e in assenza di criteri di definizione dell'ordine degli interventi, il sistema binario può determinare esiti imprevedibili. La ricostruzione della dialettica di poteri tra autorità *antitrust* e autorità di regolazione in termini di competenza concorrente piena, in deroga al principio del *ne bis in idem*, può infatti facilmente tradursi in una moltiplicazione o, nei casi più gravi, in un conflitto tra le decisioni. Peraltro, questo scenario sembra contrastare con lo spirito delle direttive in materia di telecomunicazione che, pur predicando la coesistenza di *antitrust* e regolazione, sembrano spingere verso l'applicazione in concreto di uno solo dei due sistemi.

La scelta della disciplina applicabile e, di riflesso, dell'autorità cui riconoscere priorità di intervento, potrebbe essere guidata dal principio di sussidiarietà, applicato come criterio per disciplinare in concreto l'esercizio delle funzioni da parte di soggetti diversi, tutti in ipotesi legittimati ad intervenire²¹⁸.

La relazione mista di gerarchia e competenza, che connota il principio di sussidiarietà²¹⁹, sembra rintracciarsi anche nella dialettica tra *antitrust* e regolazione di settore. In assenza di una riserva a favore di una o dell'altra autorità, infatti, entrambe possono intervenire, adottando ciascuna i provvedimenti di propria competenza. Allo stesso tempo, però, le direttive comunitarie lasciano

²¹⁸ MOSCARINI, *Competenza e Sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Cedam, Padova, 2003, pp. 123.

²¹⁹ Il principio di sussidiarietà presuppone la competenza di più centri di potere gerarchicamente connessi, stabilendo la priorità di intervento del livello inferiore e, allo stesso tempo, l'obbligo di intervento del livello superiore, quando il primo non sia in grado di assicurare la piena realizzazione delle funzioni attribuite. Tale principio rileva non solo come criterio di attribuzione delle competenze, ma anche come criterio per la determinazione del concreto esercizio di competenze concorrenti.

intendere un carattere residuale e secondario della regolazione rispetto all'*antitrust*, vincolando la legittimità della regolazione alla sua conformità alla normativa *antitrust*. Le moderne regolazioni di settore incorporano, infatti, l'obiettivo di un loro completo superamento in favore delle norme *antitrust*: perché questa funzione preparatoria si realizzi, è essenziale che la regolazione non contrasti con le norme *antitrust*, ma ne condivida istanze e finalità.

Applicato ai rapporti tra regolazione e concorrenza, il principio di sussidiarietà comporterebbe una priorità applicativa delle norme regolatorie e una funzione sussidiaria delle norme *antitrust* generali.

Di conseguenza, nel caso di condotta astrattamente sussumibile in entrambe le discipline, come nella ematica qui trattata, di accesso a risorsa essenziale, le norme *antitrust* generali dovrebbero disapplicarsi in favore della regolazione, e, dunque, nel nostro caso, si dovrebbe far ricorso alla disciplina regolatoria dettata con riguardo alle condizioni di accesso a quella specifica risorsa, e non alle norme *antitrust* generali relative all'illecito rifiuto di contrarre o alla dottrina dell'*essential facility*.

Di converso, le norme *antitrust* generali dovrebbero applicarsi o in mancanza di specifiche previsioni regolatorie, o quando la regolazione di settore, nella sua concreta applicazione, porti a risultati anticoncorrenziali.

Sul piano dell'allocazione delle competenze, il criterio della sussidiarietà implica il non-intervento dell'autorità *antitrust* quando, rispetto ad una condotta teoricamente rilevante per entrambi i sistemi, l'autorità di regolazione sia efficacemente intervenuta o possa intervenire con validi strumenti correttivi ²²⁰.

²²⁰ GERADIN, *Limiting the scope of article 82 EC:...*, cit., pp. 1549-1550. L'intervento delle autorità *antitrust* in presenza di un efficace rimedio regolatorio già applicato è escluso sulla base di due considerazioni: innanzitutto, il rimedio regolatorio tende a essere più specifico e mirato di

Quanto al sistema statunitense, l'esplicita codificazione della *saving clause* non sembra coerente con l'idea di alternatività tra il controllo regolatorio e quello *antitrust*, né pare ragionevole sostenere che il Congresso, introducendo una regolazione di settore con finalità pro-concorrenziali, intendesse precludere l'esperibilità di azioni *antitrust*, essendo queste finalizzate, per loro stessa natura, a ripristinare condizioni di piena competitività²²¹.

Per converso, come già analizzato, la sentenza *Trinko* ha riservato allo *Sherman Act* un ruolo assolutamente marginale, suscitando, per la rigidità del principio enunciato e per il suo atteggiarsi a *standard* generale nella disciplina delle relazioni tra regolazione e concorrenza, reazioni quanto mai varie²²².

quello *antitrust*, essendo definito sulla base delle caratteristiche del mercato; esso inoltre richiede, per la sua praticabilità, competenze specifiche che la Commissione spesso non possiede. Un intervento duplice, invece, sarebbe scarsamente auspicabile per l'elevato rischio di decisioni contrastanti. Anche, TEMPLE LANG, *European competition policy and regulation: Differences, overlaps and constraints*, pp. 35-36, disponibile su www.cerna.ensmp.fr, ritiene inopportuno l'intervento delle autorità nazionali *antitrust* in caso di preventiva adozione di un rimedio regolatorio, dato che l'eventuale contrasto con le norme *antitrust* può essere fatto valere presso il giudice amministrativo in sede di ricorso contro i provvedimenti delle autorità di settore.

²²¹ SEMERARO, *Speta on antitrust and local competition under the Telecommunications Act: a comment respecting the accommodation of antitrust and telecom regulation*, in *Antitrust Law Journal*, 2003, pp. 149-150. Contro l'obiezione ricorrente per cui le Corti americane non sarebbero in grado di valutare e bilanciare adeguatamente l'esigenza di favorire l'entrata nel mercato e la necessità di non disincentivare gli investimenti in infrastrutture, l'A. ricorda che un bilanciamento di interessi, in un'ottica di promozione della concorrenza, caratterizza tutta la giurisprudenza *antitrust*.

²²² A parte le statuizioni circa il ruolo delle norme *antitrust* nei settori regolati, vivaci discussioni ha suscitato anche altra parte della sentenza nella quale il giudice Scalia sembra esaltare le virtù del monopolio: “*the mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices at least for a short period is what attract “business acumen” in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth*” (p. 407). Di contro a tale tesi, fondata sull'idea *Schumpeteriana* di concorrenza come processo di distruzione creativa associata al conseguimento di un potere di monopolio, una parte della dottrina fa rilevare che l'attuale monopolio di *Verizon* trae origine non tanto dalla sua capacità di innovare o dai suoi meriti competitivi, quanto piuttosto da comportamenti escludenti.

Immediatamente dopo la sentenza della Corte Suprema, la *House Judiciary Committee* ha suggerito un disegno di revisione normativa, volto a chiarire l'applicazione delle norme *antitrust* nel settore delle telecomunicazioni, con l'obiettivo di ribaltare il criterio dettato in *Trinko*, confermando il carattere illecito, sul piano *antitrust*, di condotte, quali la violazione degli obblighi in materia di interconnessione e di accesso, poste in essere dalle imprese risultanti dallo smembramento di *AT&T* e tese a tutelare la loro posizione di monopolio²²³.

Sul piano dottrinale, si registra una netta dicotomia tra quanti affermano e quanti negano l'opportunità di ricorrere allo *Sherman Act* nel caso di questioni concorrenziali inerenti il settore delle telecomunicazioni.

I sostenitori della visione restrittiva²²⁴ ravvisano nell'espansione dell'area applicativa dello *Sherman Act* la vanificazione dell'obiettivo legislativo di sottrarre il controllo del mercato delle telecomunicazioni alle corti e attribuirlo ad un'autorità amministrativa specializzata²²⁵. Peraltro, la sovrapposizione

²²³ I contenuti del *bill* si rinvergono in THORNE, *A categorical rule limiting Section 2...*, cit., p. 295. In un'audizione relativa alla regolazione dei servizi VoIP (*Voice over Internet Protocol*) del 23 luglio 2004, di poco successiva alla sentenza *Trinko*, la Sottocommissione per il Diritto Commerciale e Amministrativo presso la Camera dei Rappresentanti ha rimarcato la necessità di un "*rigorous antitrust oversight*" al fine di proteggere le imprese nuove entrate che hanno realizzato ingenti investimenti nel settore e di promuovere l'introduzione di nuove tecnologie, concorrenti con quelle tradizionali (p. 84). La Sottocommissione ha anche ravvisato nell'applicazione delle leggi *antitrust* e nella disciplina pro-concorrenziale di accesso al *local loop* gli strumenti più appropriati per l'apertura dei mercati locali (p. 86).

²²⁴ La negazione assoluta della possibilità di coesistenza tra regolazione e concorrenza sarebbe palesemente *contra legem*, perciò la visione restrittiva circa l'applicabilità delle norme *antitrust* nei settori regolati si risolve nel proporre un'applicazione minimale dello *Sherman Act*, interpretando in modo rigido e restrittivo tutte le fattispecie nelle quali il doppio controllo potrebbe essere effettivamente praticato.

²²⁵ Si tornerebbe, in altri termini, a un regime analogo a quello vigente prima del *Telecommunications Act*, rinunciando anche ai benefici di una maggiore rapidità decisionale che comunque non priverebbe le parti della tutela giurisdizionale a valle del provvedimento. Così THORNE, *A categorical rule limiting Section 2...*, cit., p. 304, il quale, spiega che: "*Doctrinally, the comprehensive regime of the 1996 Act furnishes one reason not to expand § 2 under the often*

dell'*enforcement antitrust* alla regolazione potrebbe tradursi in concreto nella disapplicazione delle norme settoriali, vanificando lo sforzo legislativo di introdurre una disciplina specifica, o, nei casi più gravi, potrebbe addirittura portare alla condanna di condotte assecondate o addirittura imposte dalla regolazione. Da qui la proposta, formulata da tale dottrina, di escludere il controllo *antitrust* almeno nei casi in cui il rispetto delle prescrizioni *antitrust* impedirebbe alle imprese di adempiere agli obblighi regolatori²²⁶.

La maggior parte dei commentatori, al contrario, è favorevole alla tesi del doppio controllo: in questa prospettiva, la regolazione di settore è vista come corpo normativo parallelo e non sostitutivo rispetto a quello *antitrust*²²⁷ e alle norme generali a tutela della concorrenza si riconosce la funzione di integrare la regolazione di settore, orientandone l'interpretazione e l'applicazione, come pure di rafforzare l'efficacia degli obblighi asimmetrici, specialmente in materia di interconnessione e di accesso, inserendoli nella più ampia categoria *antitrust* del rifiuto di contrarre.

recognized principle that a general statute, especially a common-law-like one such as the Sherman Act, should not be newly expanded to cover what more specific federal regimes already are addressing".

²²⁶ SEMERARO, *The Antitrust-Telecom Connection...*, cit., pp. 591-593. Si tratta di una posizione che, pur attribuendo in linea di principio priorità alla regolazione, circoscrive la disapplicazione delle norme *antitrust* a casi estremi, di assoluta incompatibilità tra le previsioni, suggerendo, in tali circostanze, di esimere le imprese dall'osservanza degli obblighi *antitrust*. Per cogliere la differenza con le tesi negativiste, basta prendere in esame la sentenza Telecom Italia: l'obbligo regolatorio di comunicare all'autorità di settore gli eventuali costi effettivi minori di quelli regolatori impedirebbe, alla luce di questa ricostruzione, di ravvisare un contrasto assoluto tra regolazione e concorrenza. Se l'impresa avesse comunicato di sostenere costi minori rispetto a quelli ipotizzati dall'AGCom e calcolati sulla base del costo storico, i contenuti di dettaglio dei provvedimenti di settore sarebbero stati diversi e probabilmente non contrastanti con le prescrizioni *antitrust*.

²²⁷Tra gli altri, GAL, FAIBISH, *Six principles for limiting government-facilitated restraints on competition*, in *Common Market Law Rev.*, 2007, pp. 85-86; WEBER WALLER, *Microsoft and Trinko...*, cit., p. 907.

Se, inoltre, la presenza stessa di un meccanismo di controllo sulle dinamiche di mercato rende il ricorso alle norme *antitrust* meno urgente nei settori regolati che in quelli non regolati, il concreto operare della regolazione può non bastare a tutelare e promuovere la concorrenza: l'impossibilità di imporre sanzioni pecuniarie e lo scarso ricorso alla tutela preventiva rendono, infatti, poco efficace l'*enforcement* regolatorio, proprio in un settore a concorrenza tenue, nel quale la funzione deterrente delle sanzioni dovrebbe essere pienamente sfruttata²²⁸.

Il *favor* per l'intervento amministrativo, che emerge dalla recente giurisprudenza, è in gran parte giustificato dalla capacità delle autorità di settore di bilanciare e sintetizzare istanze concorrenziali e non, e di tutelare istanze di public policy ulteriori rispetto alla sola concorrenzialità del mercato. Queste argomentazioni, però, non appaiono sufficienti per rinunciare ai benefici assicurati dall'intervento delle Corti *antitrust* le quali, oltre a disporre di una più vasta gamma di rimedi, garantiscono un più efficace confronto dialettico tra le parti e sono immuni dall'influenza politica²²⁹.

²²⁸ WEISER, *Goldwasser, the Telecom Act and Reflections...*, cit., rimarca a proposito dell'accesso che "it is quite likely that the relief afforded by the regulatory authorities will be less than that available from antitrust courts" (p. 8). La stessa FCC ha lamentato la debolezza dell'*enforcement* regolatorio, auspicando un intervento legislativo di rafforzamento ed espansione dei suoi poteri sanzionatori, fino ad includere i *punitive* e *liquidated damages*. [Federal Communications Commission - Chairman Powell Recommends Increased FCC Enforcement Powers for Local Telephone Competition; Conferenza stampa 7 maggio 2001, sommario disponibile su http://ftp.FCC.gov/Bureaus/Common_Carrier/News_Releases/2001/nrcc0116.txt].

²²⁹ Questa è la tesi di WEISER, *Goldwasser, the Telecom Act and Reflections...*, cit., pp. 7-8 secondo cui i vantaggi assicurati dall'*enforcement antitrust*, più che riflettere caratteristiche ontologiche del sistema, deriverebbero dalla prassi vigente: "In theory, then, regulatory agencies could be as effective as courts in dispute resolution, but the experience and practical advantages possessed by courts suggest that they will be (for at least the foreseeable future) both more effective in adjudicating disputes as well as in spurring the parties to settle complex cases" (p. 7).

CAPITOLO VI

CONCLUSIONI

La presente ricerca tende a fornire una discussione positiva e normativa del ruolo che viene riconosciuto al diritto della concorrenza – e alla conseguente attività posta in essere delle autorità di regolazione e garanti della concorrenza – nel favorire, o ostacolare, l'innovazione nei settori regolamentati, in particolare il settore delle telecomunicazioni.

Un'analisi comparata della recente disciplina normativa e della giurisprudenza, europea e americana, tende a valutare le intenzioni dei legislatori nonché gli effetti dei differenti approcci sull'innovazione.

Nell'esaminare l'applicazione e l'attuazione della dottrina delle *essential facilities* negli Stati Uniti e in Europa attraverso l'analisi comparata della giurisprudenza in materia, è emerso chiaramente che ci sono differenze significative in questo settore del diritto tra i due sistemi esaminati.

La domanda che si pone è: qual è la ragione di queste differenze?

Il diverso linguaggio e le finalità dello *Sherman Act* e il Trattato UE, seppure esistente e marcato, può spiegare in una certa misura le differenze tra le due giurisdizioni.

Sebbene sistema *antitrust* degli Stati Uniti e dell'UE abbiano fondamentalmente lo stesso obiettivo, ovvero quello di promuovere il benessere dei consumatori, eliminando comportamenti tendenti all'esclusione dei concorrenti o, più in generale, anticoncorrenziali, il diritto *antitrust* comunitario si concentra, in aggiunta, sull'integrazione dei mercati dei suoi stati membri e sulla prevenzione delle restrizioni nazionali.

Dall'entrata in vigore del Trattato, le discipline nazionali sulla concorrenza sono state in parte considerate come una limitazione della libera circolazione delle merci e della concorrenza nel mercato interno dell'UE.

Questo sviluppo va anche a spiegare il motivo di un controllo *antitrust* più aggressivo nell'ambito dei rapporti concorrenziali in Europa, rispetto agli Stati Uniti.

Alcuni interpreti nordamericani hanno sostenuto che, mentre nel sistema americano si propende per un "*cowboy capitalism*" estremamente liberale, che permette ai monopolisti e alle imprese in posizione dominante di competere in modo aggressivo anche se ciò presuppone un danno ai propri rivali, il sistema europeo richiede imprese dominanti di competere "*like a gentlemen*". In altre parole, nella UE, le imprese dominanti hanno una responsabilità particolare e devono tenere conto del mantenimento del grado di concorrenza dei rivali.

Vi è una differenza significativa nella natura del comportamento di un'impresa in posizione dominante che possa violare la legge ai sensi del Trattato e dello *Sherman Act*. Anche se entrambi descrivono l'intento di esclusione dal mercato dei concorrenti come una condotta sanzionabile abuso di posizione dominante, in Europa la soglia per qualificare tali tipi di comportamento come di esclusione è assai più bassa.

Inoltre, in entrambe le giurisdizioni, una società monopolista o dominante è responsabile per aver rifiutato di contrarre solo se ha un effetto negativo sul mercato. Per quanto riguarda questo effetto negativo, nell'UE, almeno in passato, l'attenzione è stata rivolta sul probabile l'impatto che potesse avere sulla struttura effettiva della concorrenza nonché sui concorrenti, e solo indirettamente sui consumatori.

La politica europea si è basata sulla premessa che i consumatori sono meglio serviti proteggendo il processo competitivo, e quindi in Europa, non è necessario dimostrare un danno ai consumatori diretti.

Negli Stati Uniti, più attenzione viene data agli effetti reali o probabili sui prezzi, e la rilevanza del danno che possono subire i consumatori è più significativo.

Così, anche se i due sistemi analizzati contemplan la condivisione dello stesso scopo, ciò quello di promuovere in definitiva il benessere dei consumatori, gli Stati Uniti sono più interessati a un mercato efficiente.

Di conseguenza, un certo numero di decisioni europee sono state oggetto di gravi critiche negli Stati Uniti, ad esempio nel commentare la nota decisione di *Microsoft* adottata dalla Commissione, si è affermato che la tutela *antitrust* europea “*protegge i concorrenti, non concorrenza, in modo che alla fine si danneggia l’innovazione e i consumatori che ne beneficiano*”²³⁰.

Del resto anche l’Avvocato generale Jacobs nelle sue conclusioni nella causa *Bronner* ha focalizzato l’attenzione sulla questione dichiarando che “*è importante non perdere di vista il fatto che lo scopo principale dell’articolo [102] è quello di prevenire distorsioni della concorrenza - e, in particolare, tutelare gli interessi dei consumatori - più che di proteggere la posizione di singoli concorrenti*”.

In sostanza, anche se l’approccio europeo alla dottrina delle infrastrutture essenziali sembra più coerente e chiara di quella americana, ci potrebbe essere

²³⁰ *Department of Justice, Assistant Attorney General for Antitrust, HEWITT PATE, Issues Statement on the EC’s Decision in its Microsoft Investigation, available at, http://www.usdoj.gov/opa/pr/2004/March/04_at_184.htm. Nella UE il medesimo criticism è stato affermato da FOX, *Abuse of Dominance and Monopolization: How to Protect Competition Without Protecting the Competitors*, in *European Competition Law Annual 2003: What is Abuse of Dominant Position?**

il rischio di eccesso di fiducia quando si usano le leggi *antitrust* per affrontare i fallimenti del mercato e correggere imperfezioni delle normative di settore, e ciò creerebbe un rischio di *over-enforcement* scoraggiando gli investimenti in innovazione.

Tuttavia, se si guarda l'altra faccia della medaglia, l'*antitrust* statunitense è stata criticata per la protezione eccessivamente prudente dei concorrenti a scapito dell'applicazione delle norme sulla concorrenza. Ad esempio, per quanto riguarda la *essential facility doctrine*, alcuni commentatori sono del parere che “l'attuale posizione del Stati Uniti non è al passo con la prassi internazionale” e che “la Corte Suprema degli Stati Uniti [in *Trinko*] ha messo in discussione una dottrina che il resto del mondo ha abbracciato”²³¹.

Così, mentre gli americani pensano che gli europei siano eccessivamente scrupolosi nel far rispettare le norme *antitrust* nei casi di abuso di posizione dominante (a scapito di innovazione), gli osservatori europei vedono l'applicazione nord-americana della normativa *antitrust*, come se fosse cieca nell'intento di favorire la competizione.

In base a questo, l'applicazione per il futuro della *essential facility doctrine* in Europa è potenzialmente più ampia che negli Stati Uniti.

Tuttavia, questa attività di *enforcement* a livello nazionale può incontrare il rischio di creare diverse interpretazioni delle dottrine infrastrutture essenziali, con un conseguente rischio di incertezza giuridica e di maggiore complessità derivante da un controllo attivo della dottrina delle infrastrutture essenziali nei vari Stati membri.

231 WEBER WALLER, TASCH, *Harmonizing Essential Facilities*, in 76 *Antitrust Law Journal* 759, 767 (2010).

Ciò potrebbe avere un effetto anticoncorrenziale, perché l'incertezza scoraggia le imprese dall'averne un atteggiamento ed un comportamento favorevole alla concorrenza nel timore che esso sia considerato illegittimo, il che potrebbe tradursi in una riduzione degli incentivi ad innovare.

Alcuni commentatori sostengono che, poiché gli Stati Uniti e l'Unione Europea hanno punti di vista nettamente diversi sulla dottrina delle infrastrutture essenziali, questo settore del diritto dovrebbe essere armonizzato.

Ad esempio, è stato suggerito che l'armonizzazione potrebbe essere effettuata attraverso l'*International Competition Network* elaborando le migliori pratiche per rifiuti unilaterali di contrarre.

Tuttavia, considerato l'approccio ostile che dottrina delle infrastrutture essenziali si è trovava ad affrontare negli Stati Uniti, come esemplificato nella decisione *Trinko* della Corte Suprema, l'atteggiamento negativo del *Department of Justice* nella sua relazione sulla sezione 2 di esecuzione, e l'abbondante critica accademica, è improbabile che gli Stati Uniti siano disposti ad adottare un approccio più "europeo" per dottrina delle infrastrutture essenziali, o che gli Organismi *antitrust* europei si asterrebbero dall'applicazione del loro approccio aggressivo rispetto all'abuso di posizione dominante.

Onde, appaiono davvero esili le speranze che ci possa essere per il futuro consenso globale su questo argomento.

In realtà, sembra che ci siano sempre più approcci divergenti alla dottrina delle *essential facilities* sulle due sponde dell'Atlantico. Questo non è necessariamente uno sviluppo completamente negativo.

Come è stato correttamente rilevato la “*healthy diversity tends to sharpen the dialogue and facilitate adjustment and readjustment to whatever the context demands*”²³².

Con riferimento ai rapporti tra regolazione e concorrenza in Europa e negli Stati Uniti può certamente affermarsi che gli stessi possono essere ricondotti – al di là delle differenti applicazioni pratiche – ad un paradigma comune che non rinunci in principio all’applicazione dell’uno o dell’altro sistema, ma piuttosto definisca regole specifiche per il loro coordinamento.

È altrettanto vero, tuttavia, che le recenti pronunce dei giudici europei esaminate nel corso di questo lavoro segnano altresì un ulteriore punto di distacco dal diritto *antitrust* americano, in cui emerge la divergente impostazione di base: infatti, come visto, nella sentenza *Linkline*, la Corte Suprema ha stabilito che in mancanza di un obbligo *antitrust* di contrarre sul mercato all’ingrosso, tali da preservare margini di profitto per i rivali pur essendo in ipotesi configurabile, non può essere censurata un’abusiva condotta anticoncorrenziale.

Come abbiamo visto, con riferimento ai servizi a rete, negli Stati Uniti le Corti continuano a ignorare le istanze di coloro i quali lamentano comportamenti di abusivo esercizio delle posizioni dominanti perché sono preoccupati per danneggiare gli incentivi per l’innovazione.

Ed ancora, mentre il diritto dell’Unione prevede la contemporanea applicazione del diritto *antitrust* e della regolazione di settore, negli Stati Uniti si è propeso per l’applicazione alle imprese regolate di un’unica disciplina, in genere quella regolatoria.

²³² FOX, *What Is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect*, 20 in *Antitrust Law Journal* (2002-2003), p. 410-411

La regione delle differenze transatlantiche nell'applicazione delle leggi *antitrust* nei casi in cui la fonte di concorrenza riguarda la regolazione, in qualche maniera potrebbe spiegarsi in ragione dei diversi contesti istituzionali e regolamentari.

La gerarchia delle norme legislative è diversa dalla UE dato che le disposizioni in materia sulla concorrenza sono per la maggior parte inserite nel Trattato. È improbabile che la Commissione, in quanto custode del trattato, o le corti europee, considerino non applicabile l'articolo 102 quando una materia è regolata da norme specifiche del settore.

Va considerato poi che il sistema statunitense *antitrust* è essenzialmente basato sulle corti, mentre il diritto comunitario della concorrenza ha sostanzialmente fatto affidamento su un sistema di tipo amministrativo.

Inoltre, si ritiene che vi sia una maggiore necessità di intervento sulla base delle norme *antitrust* in Europa che negli Stati Uniti perché la regolamentazione settoriale dell'UE impone un minor numero di obblighi agli operatori con potere di mercato, lasciando così maggiore spazio per intervento *antitrust*.

In aggiunta, l'attività di controllo è maggiore in Europa considerando il doppio livello di controllo, ovvero sia a livello nazionale nei vari Stati membri che nelle competenti sede Comunitarie, infatti dopo la modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza, gli Stati membri dell'UE applicano sia l'articolo 102 che e le proprie leggi nazionali in materia di concorrenza, quindi gli Stati membri possono applicare le proprie disposizioni in materia di abuso di posizione di dominanza ancora più strettamente rispetto all'articolo 102.

In Europa, la legislazione di settore sembra essere stata elaborata con una grande quantità di ottimismo per il futuro.

Apparentemente, il presupposto è che il problema dei monopoli naturali possa essere affrontato e risolto con poche regole chiare, lasciando tutti gli altri problemi per le autorità garanti della concorrenza.

Tuttavia appare di difficile comprensione il motivo per cui questo potrebbe essere possibile, dopo tutto, il regolatore si trova normalmente in una posizione privilegiata per comprendere le dinamiche del proprio mercato, mentre il fatto che l'autorità garante della concorrenza sarà solo in grado di intervenire *ex post* è foriera anche una grande incertezza tra gli attori del mercato, riducendo la loro volontà di investire.

In chiave prospettica deve dunque auspicarsi una elaborazione e/o una revisione normativa, condotta da un criterio-guida che dovrebbe essere quello dell'eccezionalità della regolazione, la cui emanazione o la cui permanenza è legittima se e nella misura in cui rispetti un doppio ordine di principi.

Da una parte, è necessario che ve ne sia reale necessità, perché le norme *antitrust* generali non sarebbero in grado di assicurare, con eguale efficacia, lo specifico obiettivo concorrenziale prefissato; dall'altra, è necessario che la regolazione di settore non contrasti con le previsioni *antitrust* generali, che rappresentano lo strumento ordinario di disciplina del mercato.

La preferenza per questa soluzione è rafforzata dalla natura temporanea e strumentale delle nuove regolazioni, con la conseguenza che il recepimento delle finalità tipiche del sistema *antitrust* dovrebbe essere affiancato all'uso di strumenti e meccanismi *antitrust*, sul presupposto che questi siano meglio in grado di realizzare un dinamismo concorrenziale di lungo periodo²³³.

²³³ L'attenzione del legislatore dovrebbe allora concentrarsi sui benefici che la regolazione è concretamente in grado di apportare in un mercato nel quale le norme *antitrust* continuano ad applicarsi: in tal senso, un intervento foriero di costi maggiori rispetto a quelli che si avrebbero in

Una volta che le norme regolatorie siano emanate, può ancora porsi la questione del loro coordinamento con le norme *antitrust*, data l'omogeneità teleologica e la parziale sovrapposizione applicativa tra i due sistemi.

In tal caso, dovrebbe riconoscersi al sistema *antitrust* un ruolo sussidiario, con applicazione circoscritta ai casi in cui la regolazione di settore, nella sua concreta applicazione, determini effetti contrastanti con le finalità *antitrust*. Di conseguenza, anche il potere di intervento delle Autorità *antitrust* non dovrebbe essere di portata generale, ma piuttosto dovrebbe essere circoscritto ai casi in cui l'Autorità di regolazione non sia intervenuta, o non sia in grado di apprestare adeguata tutela, nei confronti di una condotta restrittiva della concorrenza.

caso di inerzia legislativa ed esorbitante rispetto allo scopo sarebbe necessariamente inefficiente. Applicando questo criterio al settore delle telecomunicazioni, CRAMPTON, FACEY, *Revisiting Regulation and Deregulation...*, cit., p. 36, giudicano in modo non del tutto positivo l'attuale assetto regolatorio, soprattutto perché investe l'intero mercato, pur essendo necessario solo a livello di *local loop*.