

LORENZO DELLI PRISCOLI

ASIMMETRIE E FUNZIONE DELLE AUTHORITIES NEL PROCESSO DI LIBERALIZZAZIONE DELLE TELECOMUNICAZIONI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La privatizzazione della Telecom e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. — 3. La posizione dominante dell'ex monopolista legale. — 4. L'intervento asimmetrico del Ministero delle Poste e Telecomunicazioni. — 5. Il ruolo svolto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. — 6. Le prospettive del mercato della telefonia fissa. — 7. Conclusioni

1. PREMESSA.

I recenti progressi della tecnica, rendendo più economiche le infrastrutture necessarie per offrire i servizi di telecomunicazioni, hanno ridimensionato le ragioni che in questo settore erano tradizionalmente d'ostacolo alla apertura della concorrenza¹ e che legittimavano la presenza di un unico gestore delle telecomunicazioni. Pertanto, sotto l'impulso delle direttive comunitarie, che si pongono l'obiettivo di creare un mercato unico delle telecomunicazioni, la legislazione italiana degli ultimi anni ha compiuto dei passi decisivi nella direzione di una completa liberalizzazione². Ciò ha

¹ Cfr. A. GAMBINO, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 5 ss.; N. CURIEN e M. GENSOLLEN, *Telecomunicazioni: monopolio e concorrenza*, edizione italiana a cura di M. GAMBARO, Bologna, 1995, p. 21 ss.; F. CHIAPPETTA, *Legislazione della telematica, telecomunicazioni e spazio*, Roma, 1993; B. BOTTIGLIERI, *SIP: impresa tecnologia e stato nelle telecomunicazioni italiane*, Milano, 1993; A. ZANFEL, *Complessità e crescita esterna nell'industria delle telecomunicazioni*, Milano, 1990; L. C. UBERTAZZI, *Antitrust e Authorities per i mass media e le telecomunicazioni*, in AA. VV., *Concorrenza e mercato*, Milano, 4/1996, p. 545; M. RICOLFI, *Liberalizzazione delle telecomunicazioni e diritto della concorrenza*, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, p. 85 ss.; A. PATRONI GRIFFI e

F. DI SABATO, *I primi interventi dell'Autorità garante: il parere sul mercato della telefonia radiomobile cellulare*, in *La legge antitrust, materiali*, Napoli, 1992, p. 201; V. ZENO-ZENCOVICH, *Appunti sulla disciplina Costituzionale delle telecomunicazioni*, in questa *Rivista*, 1996, p. 393 ss..

² La prima tappa di grande rilevanza di questo processo è avvenuta con la direttiva CEE 90/388 del 28-6-1990, in GUCE L 192, del 24-7-1990, che è stata recepita e attuata in Italia, sia pure con ritardo, con il decreto legislativo n. 103 del 17 marzo 1995, che ha previsto la liberalizzazione della fornitura di tutti i servizi di telecomunicazione, tranne la telefonia fissa, la telefonia mobile con sistema TACS e altri servizi di minore rilevanza. Il regolamento attuativo, adottato con d.p.r. n. 420 del 4 settembre 1995, indica in dettaglio i servizi liberalizzati. La completa liberalizzazione

consentito ad un cospicuo numero di imprese di affacciarsi su questo mercato, che dal 1° gennaio 1998 non è più oggetto di monopolio legale da parte della Telecom anche per quanto riguarda la telefonia fissa³. Tuttavia il passaggio dal monopolio ad una completa liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni rischia di essere ostacolato dalla posizione di forza della Telecom, acquisita in tanti anni di monopolio legale. In questa ricerca mi propongo di esaminare gli sforzi effettuati e gli strumenti a disposizione per l'instaurazione di una effettiva concorrenza.

2. LA PRIVATIZZAZIONE DELLA TELECOM E L'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI.

Nell'autunno del 1997 è avvenuta la privatizzazione della Telecom: tale privatizzazione è stata effettuata senza l'intervento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, come pure era stato previsto in un primo momento⁴. Le concrete modalità della privatizzazione della Telecom sono state invece stabilite dal Ministero delle Poste e Telecomunicazioni, che ha svolto le funzioni destinate ad essere attribuite all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sino alla effettiva operatività di questa. Per quanto riguarda la costituzione di quest'ultima Autorità, i suoi compiti sono stati precisati dalla legge n. 249 del 31-7-1997⁵: tra questi quello di definire le

del settore delle telecomunicazioni è stata decisa in sede comunitaria con la direttiva 96/19 del 13-3-1996, in GUCE L 74 del 22-3-1996. Quest'ultima direttiva, in particolare, ha fissato per il 1° gennaio 1998 il termine a partire dal quale occorre addivenire alla soppressione di tutti i diritti speciali ed esclusivi relativi alla fornitura della telefonia vocale e ha stabilito il principio secondo cui i singoli stati membri non possono negare l'autorizzazione ad un concorrente che voglia entrare nel settore delle telecomunicazioni se non per la mancanza in capo a questi dei requisiti essenziali per esercitare il servizio preventivamente individuati ovvero a causa della limitatezza dello spettro delle frequenze. La legge n. 650 del 23-12-1996 ha previsto l'attuazione della direttiva 96/19 CE mediante un successivo regolamento, intervenuto con il d.p.r. n. 318 del 19-7-1997. Inoltre, nel febbraio del 1997, nella sede del WTO (*World Trade Organization*), in ambito dunque non più solo comunitario ma mondiale, si è giunti ad un'intesa tra 69 paesi per l'apertura alla concorrenza del settore delle telecomunicazioni a partire dal 1998.

³ Cfr. la Risoluzione del Consiglio della Comunità europea del 22 luglio 1993, in GUCE, C 213 del 6-8-1993.

⁴ La privatizzazione della Telecom è avvenuta mediante la garanzia da parte di un numero di azionisti che costituiscono

circa il 10% del capitale sociale di non cedere le azioni per un periodo di 3 anni. A questi azionisti però è stata attribuita la facoltà di nominare la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione. Ciò allo scopo di dare stabilità alla gestione e per creare un nucleo stabile di azionisti, onde evitare il rischio di scalate.

⁵ Un passo importante verso la creazione della Autorità per le garanzie nelle comunicazioni era stato tuttavia compiuto con la legge n. 481 del 14-11-1995, che ha previsto l'istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, competenti rispettivamente per l'energia elettrica e il gas e per le telecomunicazioni e che ha dettato i principi generali relativi. Il testo della legge n. 249 del 1997 è riportato in questa *Rivista*, 1997, p. 821. Secondo l'art. 1, comma 3, della legge, « sono organi dell'Autorità il Presidente, la Commissione per le infrastrutture e le reti, la Commissione per i servizi e i prodotti e il Consiglio. Ciascuna Commissione è organo collegiale costituito dal Presidente dell'Autorità e da quattro commissari ». Gli otto commissari sono nominati dal Parlamento, il Presidente invece è nominato con d.p.r. su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri d'intesa con il ministro delle telecomunicazioni. L'Autorità, che ha sede a Napoli, dispone secondo la legge di 320 dipendenti, di cui 60 a tempo determinato.

tariffe per l'interconnessione e dirimere le relative controversie, di rilasciare autorizzazioni e concessioni, di promuovere accordi tecnologici tra gli operatori per evitare la proliferazione di impianti tecnici di trasmissione sul territorio, di individuare gli obblighi del servizio universale e di ripartire fra gli operatori il relativo costo, di emanare direttive concernenti i livelli minimi di qualità dei servizi, di presentare annualmente al Parlamento una relazione sull'attività da lei svolta, mentre non le è stata invece attribuita alcuna competenza in materia di *antitrust* nel settore della telefonia⁶. All'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è affidato dunque il controllo di un settore complesso, in continuo fermento, dove ad una avanzata del processo di liberalizzazione corrisponde una altrettanto impetuosa crescita del progresso tecnologico.

3. LA POSIZIONE DOMINANTE DELL'EX MONOPOLISTA LEGALE.

Si è detto che ormai la legge ha provveduto a completare la liberalizzazione delle telecomunicazioni, dal momento che dal 1^o gennaio 1998 è stata introdotta la possibilità per le imprese di telecomunicazioni di entrare anche sul mercato della telefonia fissa, ponendo così definitivamente fine al monopolio legale della Telecom. Tuttavia l'eliminazione del monopolio legale non ha per ciò solo fatto venire meno la posizione dominante detenuta dalla Telecom (e dalla TIM — società controllata dalla Telecom — nei mercati della telefonia mobile) nel settore delle telecomunicazioni, e non è pertanto da escludere il rischio che ad un monopolio legale di un'impresa pubblica si sostituisca quello di fatto di un'impresa privatizzata, la Telecom, la quale mantiene pur sempre la possibilità di commettere abusi di posizione dominante. In questa eventualità soccorrerebbe però la presenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che svolge una duplice funzione contro i comportamenti anticoncorrenziali: di dissuasione dal commetterli e di repressione per quelli già commessi. Quello che più preoccupa invece è che la Telecom potrebbe di fatto vanificare in molti mercati l'avvenuta introduzione della concorrenza senza necessità di abusare della propria posizione dominante, ma semplicemente « facendone uso ». In altre parole il fatto di essere stata per tanti anni monopolista legale ha permesso alla Telecom di acquisire un vantaggio tale sugli altri potenziali concorrenti da metterla nelle condizioni di potere vincere la altrui concorrenza con relativa facilità, senza la necessità di ricorrere a pratiche ritenute illecite dalla legge *antitrust*, ma semplicemente facendo valere sul mercato — in maniera perfettamente lecita — tutta la propria forza. Infatti in questi anni di monopolio legale la Telecom ha avuto la possibilità

Pure dopo la privatizzazione, lo statuto della Telecom attribuisce al Ministero del Tesoro dei poteri speciali (si tratta della c. d. *golden share*, che, sottoposta nel 1997 a referendum abrogativo, è rimasta in vigore in virtù del mancato raggiungimento del quorum necessario per la validità del referendum stesso), consistenti, fra gli altri, nel diritto di nominare un membro del Consiglio di amministrazione e del Col-

legio sindacale e nel diritto di vietare le deliberate volte a modificare le norme dello statuto relative ai poteri speciali.

⁶ L'Autorità per la garanzia nelle comunicazioni non è preposta soltanto alla vigilanza del settore della telefonia, ma anche di quello televisivo. Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema integrato delle telecomunicazioni: spunti sistematici e critici sulla legge 31 luglio 1997, n. 249*, in questa Ri-

di acquisire un marchio noto, esperienze, informazioni sulle esigenze dei clienti, infrastrutture, forti capacità finanziarie e una rete distributiva affidabile e capillare.

In quest'ottica va interpretato l'intervento, avvenuto nel 1995 e sollecitato dalla Omnitel, della Corte d'Appello di Roma⁷, la quale non ha riconosciuto l'abuso di posizione dominante da parte di TIM per essersi questa avvalsa, per il servizio di telefonia mobile GSM, di risorse acquisite nel tempo mediante l'esercizio di altre attività condotte in regime di monopolio, facendo dunque comprendere che il comportamento di TIM consisteva in un semplice « uso », e non in un abuso di posizione dominante, e che la situazione di predominio sul mercato da parte di TIM non poteva pertanto essere risolta facendo ricorso alla legge *antitrust*, ma che era invece necessario un intervento « asimmetrico »⁸.

4. L'INTERVENTO ASIMMETRICO DEL MINISTERO DELLE POSTE E TELECOMUNICAZIONI.

È dunque utile a questo punto chiedersi se in questo delicato passaggio dal monopolio alla completa liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni sia sufficiente il rispetto della legge *antitrust* o se invece si rendano effettivamente necessari degli interventi esterni, ovverosia l'introduzione di « asimmetrie »⁹ da parte del legislatore o delle autorità amministrative, in modo da instaurare le condizioni per un'effettiva concorrenza nel settore delle telecomunicazioni. Il Ministero delle Poste e Telecomunicazioni — che come ricordato svolge i compiti assegnati alla Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sino alla effettiva operatività di quest'ultima — ha deciso in alcune occasioni di intervenire, peraltro spesso sollecitato in questo senso dalla Comunità Europea¹⁰.

Così nell'ottobre del 1997 è stato raggiunto, con la mediazione del Ministero delle Poste e Telecomunicazioni, un accordo tra TIM e Omnitel¹¹ se-

vista, 1997, p. 735 ss., che si mostra critico circa l'avvenuta costituzione di un'unica Autorità per la disciplina di questi due settori e circa la vastità dei poteri attribuiti a questa Autorità. Per il settore televisivo l'art. 2 della legge n. 249 del 1997 attribuisce in materia di *antitrust* all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni un potere di vigilanza sull'andamento e sull'evoluzione dei mercati. Sempre l'art. 2 pone a carico dei soggetti operanti nel settore televisivo l'obbligo di comunicare all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato « le intese e le operazioni di concentrazione di cui sono parti al fine dell'esercizio delle rispettive competenze ». Affiora pertanto il rischio di un contrasto di competenza tra queste due Autorità in materia di *antitrust* televisivo.

⁷ Si tratta dell'ordinanza della Corte

d'Appello di Roma del 30 marzo 1995, Omnitel c. TIM, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2245; in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 652 ss., con nota di P. F. VALDINA, *Antitrust e mercati regolati*; in *Giur. merito*, 1995, p. 677 ss., con nota di F. COLUZZI, *Telefonia Mobile GSM e Antitrust*.

⁸ Cfr., A. GAMBINO, cit., p. 8.

⁹ Cfr., A. GAMBINO, cit., p. 12; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Simmetria e asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, in questa *Rivista*, 1997, p. 501 ss..

¹⁰ La Comunità europea svolge infatti un importante ruolo per lo sviluppo di un'effettiva concorrenza all'interno dell'Unione, potendosi avvalere fra l'altro anche dello strumento della minaccia dell'apertura della procedura di infrazione.

¹¹ Nel dicembre 1995, a seguito del rilascio di una concessione, la società Omni-

condo il quale il servizio Dcs 1800¹² potrà essere avviato dalle stesse società solo dopo il rilascio della terza concessione per la gestione del servizio GSM e solo dopo aver garantito un significativo vantaggio temporale a quest'ultimo gestore, in modo da consentirgli di introdursi in maniera sufficientemente adeguata sul mercato: ciò ha comportato come conseguenza che il mercato del Dcs 1800 è rimasto precluso a tutte le imprese anche oltre il 1° gennaio 1998, data prevista per la completa liberalizzazione dell'intero settore delle telecomunicazioni. In effetti, senza l'intervento del Ministero, TIM e Omnitel avrebbero potuto entrare sul mercato del Dcs 1800 prima degli altri concorrenti in virtù della immediata disponibilità di gran parte delle infrastrutture necessarie per offrire questo servizio¹³.

L'accordo di cui sopra ha previsto inoltre il pagamento di una somma di 60 miliardi da parte di TIM a favore di Omnitel per compensare quest'ultima dello svantaggio temporale con cui ha potuto iniziare la commercializzazione del servizio GSM¹⁴.

Con riguardo al servizio Dect¹⁵ infine, il Ministero ha imposto alla Telecom una rigida separazione contabile tra ciò che riguarda il servizio Dect e

tel Pronto Italia si è introdotta sul mercato, in rapidissima espansione, della telefonia mobile con sistema GSM, diventando il secondo gestore dei telefoni cellulari di questo tipo, ed entrando così in concorrenza con la società Telecom Italia Mobile Spa (TIM), nata dalla Telecom. La Telecom Italia Mobile Spa è stata infatti costituita mediante scissione del ramo d'azienda della società Telecom Italia Spa relativo ai servizi di telefonia mobile TACS e GSM. L'accordo è avvenuto mediante l'intermediazione del Ministro delle poste e telecomunicazioni A. Maccanico, negli stessi termini in cui peraltro si erano già accordati nel febbraio 1996 l'ex ministro delle poste e telecomunicazioni A. Gambino e il commissario europeo alla concorrenza K. Van Miert.

¹² Il Dcs 1800 è un sistema di telefonia GSM che utilizza frequenze diverse rispetto a quelle fino ad ora utilizzate per il GSM stesso.

¹³ La TIM nei primi mesi del 1998 ha infatti lamentato il fatto di non avere potuto avviare la commercializzazione del servizio del Dcs 1800 pure in presenza dell'avvenuta liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni. Tuttavia il Ministero delle Poste e Telecomunicazioni ha voluto evitare che — come si è verificato per la SIP sul mercato della telefonia mobile con sistema GSM — la TIM acquisisse, rispetto alle altre imprese, un vantaggio temporale nella distribuzione del Dcs 1800, che si sarebbe inevitabilmente tradotto in un vantaggio concorrenziale. Proprio per evitare l'acquisto di un indebito vantaggio concorren-

ziale da parte delle imprese già operanti sul mercato del GSM, è stata consentita la sperimentazione del Dcs 1800, a partire dal 1° gennaio 1998, anche ai partecipanti alla gara per il terzo gestore della telefonia mobile con sistema GSM. Le imprese diverse da TIM e Omnitel che partecipano alla sperimentazione si espongono dunque al rischio di non potere procedere alla vera e propria commercializzazione del servizio nel caso in cui non riescano ad ottenere la licenza per la gestione della telefonia mobile, perdendo conseguentemente gli investimenti effettuati per il Dcs 1800.

¹⁴ Il pagamento di questa somma è volto anche a compensare il pagamento di 750 miliardi per ottenere la concessione effettuato soltanto da Omnitel e non anche da TIM. Con la decisione 95/489/CE del 23 novembre 1995, in GUCE, L 280, la Commissione Europea ha infatti evidenziato la sussistenza di condizioni discriminatorie per l'accesso al mercato e ha stabilito pertanto che il versamento di 750 miliardi da parte della Omnitel costituiva una violazione del combinato disposto degli articoli 86 e 90 del Trattato CE. Cfr. L.G. RADICATI DI BROZOLO, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni in Italia: la decisione ex art. 90(3) del Trattato CE nel caso Omnitel*, in *Dir. comm. internaz.*, 1996, p. 75.

¹⁵ Il Dect (*Digital European Cordless Telecommunications*), il c. d. telefonino di città, è un sistema di telefonia mobile che utilizza una tecnologia diversa e più avanzata rispetto al GSM. Il Dect permette di effettuare telefonate solo nell'ambito cittadino, ma a costi inferiori rispetto al

tutte le altre attività¹⁶. Questa soluzione risponde alla esigenza di evitare il trasferimento di risorse dalle attività che sono state condotte in regime di monopolio, come la telefonia fissa, al servizio di telefonia mobile con sistema Dect aperto alla concorrenza¹⁷, secondo un principio del tutto analogo a quello che giustifica il divieto di vendite gemellate¹⁸.

Ritengo che gli interventi del Ministero delle Poste e Telecomunicazioni siano stati opportuni¹⁹. Infatti l'introduzione di queste asimmetrie, soluzione che peraltro dovrebbe assumere il carattere della eccezionalità, rendendosi necessaria solo in questo momento di transizione²⁰, sembra giustificata dall'assenza di meriti imprenditoriali che giustificino il possesso di una posizione dominante. Nel caso della Telecom la posizione dominante non può dirsi acquisita per meriti imprenditoriali, in quanto invece è stata acquisita grazie alla possibilità di usufruire, fino a tutto il 1997, del monopolio legale.

GSM, e sfruttando lo stesso numero telefonico della telefonia fissa.

¹⁶ Questo provvedimento del Ministero è stato criticato dai concorrenti di Telecom, i quali, adducendo il fatto che la semplice separazione contabile non offrirebbe sufficienti garanzie di trasparenza, chiedevano invece la scissione dalla Telecom di una Spa appositamente destinata a gestire la telefonia mobile con sistema Dect, in modo che quest'ultima società non potesse sfruttare la posizione di forza detenuta da Telecom nel settore delle telecomunicazioni. Questa soluzione è stata già accolta per la gestione della telefonia mobile con sistema TACS e GSM, per la quale è stata creata la TIM. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni potrebbe in effetti decidere che sia necessario accogliere le richieste dei concorrenti di Telecom e chiedere pertanto la creazione di un'apposita società per la gestione del Dect: in quest'ultimo caso occorrerà però stabilire se questa nuova società dovrà farsi carico o meno delle spese effettuate dalla Telecom per approntare le infrastrutture necessarie per avviare il servizio Dect. Infatti, nel caso si pervenisse alla creazione di una nuova società per la gestione del servizio Dect senza che questa società sia gravata degli oneri relativi agli investimenti necessari per l'allestimento delle infrastrutture occorrenti, questa stessa società sarebbe economicamente molto avvantaggiata rispetto alle altre.

¹⁷ In una lettera del settembre 1997 indirizzata dal presidente dell'*Antitrust* al Ministero delle Poste si precisò che i diritti speciali ed esclusivi esistenti in capo a Telecom fino a tutto il 1997 non riguardavano i servizi su tecnologia Dect.

¹⁸ Nel novembre 1997 sono state definite dal Ministero delle Poste e Telecomunicazioni le modalità per il rilascio delle licenze individuali per l'introduzione della

telefonia mobile con sistema Dect, e le società interessate, nell'attesa del rilascio, potevano immediatamente organizzarsi per potere poi offrire immediatamente il servizio una volta ottenuta la licenza. Senonché i concorrenti di Telecom hanno lamentato il fatto che questa fosse l'unica società ad avere già predisposto le infrastrutture necessarie per il Dect, e hanno pertanto chiesto di ritardare l'avvio del rilascio delle autorizzazioni per lo stesso Dect, dal momento che solo Telecom sarebbe stata pronta ad offrire in tempi brevi questo servizio, potendo conseguentemente trarre profitto rispetto agli altri concorrenti da questo vantaggio temporale. Occorre anche ricordare che nella relazione al Parlamento del 1997 dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato era stato segnalato il fatto che il mancato recepimento della direttiva CE 96/2 aveva impedito agli operatori privati la sperimentazione del servizio Dect e la pianificazione dei relativi investimenti, mentre al contrario Telecom aveva potuto procedere alla sperimentazione di questo servizio.

¹⁹ Il fondamento della regolamentazione asimmetrica va cercato, come sottolinea L.G. RADICATI DI BROZOLO (*Simmetria e asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, cit., p. 522), nel principio secondo il quale situazioni diseguali vanno trattate in maniera adeguatamente diseguale. Tale principio, consolidato nella giurisprudenza comunitaria, è un corollario del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione.

²⁰ Al contrario l'Autorità garante della concorrenza e del mercato non è chiamata a rivestire nel settore delle telecomunicazioni un ruolo soltanto provvisorio, ma è destinata a svolgere a lungo nel tempo l'importante funzione di controllo di un corretto funzionamento del delicato meccanismo concorrenziale.

5. IL RUOLO SVOLTO DALL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.

È importante sottolineare che l'Autorità garante della concorrenza non ha soltanto una funzione di dissuasione e di repressione delle condotte anticoncorrenziali, ma, al pari del Ministero, svolge anche un ruolo propulsivo di un'effettiva concorrenza: a questo proposito vanno ricordate da una parte la sua attività di segnalazione e dall'altra il contenuto che l'Autorità della concorrenza è in grado di imprimere a certi suoi provvedimenti, come il caso *Sistema di telefonia cellulare GSM*²¹.

Per quanto riguarda l'attività di segnalazione, l'Autorità garante della concorrenza aveva segnalato l'opportunità di creare un'apposita società per il Dect, scissa da TIM, analogamente a quanto verificatosi per la telefonia mobile TACS e GSM, e non limitarsi ad una mera separazione contabile. Inoltre la stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva segnalato il fatto che la Telecom aveva potuto iniziare la sperimentazione del servizio Dect prima dei concorrenti, acquisendo in questo modo un notevole vantaggio concorrenziale²².

Nel 1993, con il provvedimento *Sistema di telefonia cellulare GSM*, l'Autorità garante della concorrenza ha svolto un'attività consistente non solo e non tanto nel sanzionare un caso di abuso di posizione dominante, quanto nel sollecitare il Governo ad adottare con celerità le misure necessarie per l'instaurazione di una «effettiva concorrenza» sul mercato, in rapidissima espansione, della telefonia mobile con sistema GSM.

L'Autorità infatti lamenta la mancanza di concorrenza²³ su di un mercato così importante come quello del GSM, destinato ad avere nell'immediato futuro un immenso sviluppo²⁴. Secondo l'Autorità occorre garantire una «effettiva concorrenza» sul mercato GSM, dal momento che la legge non prevede che debba esserci monopolio, né lo esigono motivi di economicità, dal momento che l'innovazione tecnologica che caratterizza la telefonia mobile ha modificato le tradizionali condizioni di costo dei gestori, facendo venire meno le ragioni tecniche che erano poste alla base del monopolio.

²¹ Provv. del 28 ottobre 1993, rif. A55, 1993/1532, in Boll. 1993/32. Cfr. V. AMENDOLA, *Antitrust e regolamentazione: il caso del mercato italiano della telefonia cellulare GSM*, in AA. VV., *Concorrenza e mercato*, Milano, 5/1997, p. 509.

²² Cfr., a proposito del potere di segnalazione facente capo all'Autorità garante della concorrenza, P.L. PARCU, *Stato e concorrenza. L'attività di segnalazione dell'Autorità antitrust: contenuti, efficacia e prospettive*, a cura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, serie Temi e problemi, Roma, 1996.

²³ La dimostrazione di ciò sta nel fatto che questo provvedimento non contiene l'indicazione di una controparte immedia-

tamente e direttamente danneggiata, come si ha invece negli altri provvedimenti esaminati: questo perché la decisione è stata presa prima del rilascio ad Omnitel della concessione per la gestione del servizio GSM. L'obiettivo pertanto è quello della tutela del mercato in genere e dunque del consumatore, che è meglio garantito da una situazione di concorrenza.

²⁴ Per un quadro completo circa la diffusione e le potenzialità espansive del sistema di telefonia cellulare con sistema GSM suggerisco la lettura del saggio di F. ANANASSO e F. DELLI PRISCOLI, *The Role of Satellites in Personal Communication Services*, *IEEE Journal of Selected Areas in Communications (JSAC)*, February 1995.

Per quanto riguarda invece il vero e proprio abuso di posizione dominante, ciò che è stato contestato alla SIP da parte dell'Autorità garante della concorrenza è di avere sviluppato il servizio di telefonia mobile con sistema GSM travalicando i ristretti limiti entro i quali, secondo la concessione governativa, la stessa SIP avrebbe potuto agire²⁵. Tale concessione prevedeva infatti che la SIP avrebbe potuto commercializzare il sistema GSM solo « in via provvisoria e limitatamente all'utenza amica », mentre invece la SIP ha avviato una vasta campagna di commercializzazione del servizio GSM, con lo scopo di rendere più difficile, in futuro, l'ingresso su quello stesso mercato a quelle imprese che, ottenuta la relativa concessione, volessero accedervi. La posizione dominante di cui la SIP ha abusato è costituita in parte dalla possibilità di iniziare prima degli altri concorrenti la commercializzazione del prodotto ed in parte dalla situazione di monopolista legale sui mercati distinti ma contigui della telefonia fissa e della telefonia mobile con sistema TACS²⁶. Infatti per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, la posizione di monopolista legale in mercati contigui, anche se distinti, attribuisce alla SIP una posizione dominante anche sul mercato del servizio GSM, dal momento che la SIP dispone anche su quest'ultimo mercato di un marchio molto conosciuto, legato alla gestione di servizi di telecomunicazione, di una fitta rete di distributori qualificati, di informazioni, di esperienza, di infrastrutture. Con questo provvedimento l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha stabilito dunque che il comportamento tenuto dalla SIP sul mercato della telefonia cellulare con sistema GSM ha integrato gli estremi dell'abuso di posizione dominante, vietato in base all'art. 3 della legge 287/90 e ha pertanto deliberato la rimozione di quei fattori che, permettendo alla SIP di svolgere un ruolo egemone sul mercato dei telefoni GSM, impediscono una effettiva concorrenza su tale mercato²⁷.

²⁵ La SIP ha addotto a sua difesa che il sistema di telefonia mobile GSM e quello TACS fanno parte dello stesso mercato e, conseguentemente, che aveva diritto all'esclusiva anche per la telefonia mobile con sistema GSM.

²⁶ Ciò che è interessante rilevare è che la SIP avrebbe potuto realizzare l'abuso, sia pure con risultati meno consistenti, anche a prescindere dalla detenzione di una posizione dominante su mercati contigui, per il solo fatto di disporre della concessione: tuttavia la posizione di monopolista legale sul mercato della telefonia fissa e della telefonia mobile con sistema TACS attribuisce maggiori dimensioni all'abuso.

²⁷ L'Autorità garante della concorrenza non specifica se tale condotta sia riconducibile ad una delle ipotesi indicate sub a), b), c) o d), di cui all'art. 3, comma 2. Il mancato inquadramento di questa fattispecie in una delle specifiche ipotesi previste dall'art. 3 non comporta alcuna conse-

guenza pratica, trattandosi di ipotesi meramente esemplificative, che non pretendono di esaurire la gamma dei possibili abusi esperibili. Tuttavia ritengo che sia possibile ricondurre il caso *Sistema di telefonia cellulare GSM* nell'ambito della lettera b) dell'art. 3, comma 2, dal momento che l'Autorità garante della concorrenza ritiene che la condotta della SIP sia consistita nell'aver avviato « una vasta campagna di commercializzazione del servizio radiomobile con sistema GSM, con l'effetto di rendere così più difficile..... l'accesso ai potenziali concorrenti ». Può dunque a ragione sostenersi che la condotta anticoncorrenziale sia consistita — come si esprime la lettera b) dell'art. 3, comma 2 — nell'aver la SIP contravvenuto al divieto di « limitare gli accessi al mercato ». Questa norma va infatti interpretata nel senso che è vietato precludere gli accessi al mercato non solo ai concorrenti attuali ma anche a quei potenziali.

Il Governo ha risposto alle sollecitazioni da parte del Garante della concorrenza, ha provveduto al rilascio della seconda concessione per la telefonia GSM e sta attualmente provvedendo al rilascio della terza. La concorrenza tra i primi due operatori del servizio GSM ha portato effettivamente notevoli benefici per i consumatori, sia in termini di prezzi che di qualità dei servizi.

6. LE PROSPETTIVE DEL MERCATO DELLA TELEFONIA FISSA.

Il d.p.r. del 19 settembre 1997, n. 318, ha dato la possibilità alle imprese di iniziare a costruire le infrastrutture necessarie per la realizzazione di reti per la telefonia fissa alternative alla Telecom²⁸. Lo stesso d.p.r. n. 318 del 1997 ha inoltre confermato il principio secondo cui, pur con l'avvento della concorrenza, deve essere garantito il servizio di telefonia fissa anche nelle zone più impervie e disagiate, zone che risulterebbe, dal punto di vista delle imprese, più conveniente non servire (si tratta del c. d. servizio universale)²⁹.

In questo mercato la situazione che sembra delinearsi per i prossimi anni è la seguente. I concorrenti di Telecom cercheranno probabilmente di sfruttare le reti di telecomunicazioni di quelle società pubbliche come l'Enel nel settore dell'energia elettrica, Eni nel settore del gas, Ferrovie dello Stato Spa nel settore delle ferrovie che già dispongono di proprie infrastrutture. Si prospetta pertanto un'alleanza delle società a partecipazione pubblica, proprietarie delle c. d. «reti alternative», con società italiane e straniere, disposte ad investire per entrare nel settore delle telecomunicazioni. Sembra pertanto che si stia passando da una situazione in cui ad ogni nazione corrispondeva un mercato della telefonia dominato da un unico monopolista legale ad un'altra in cui il mercato si è allargato ed ha assunto dimensioni internazionali, per aprirsi nel contempo alla concorrenza di imprese di tutto il mondo.

7. CONCLUSIONI.

In conclusione sembra che l'intervento di correttivi esterni possa aiutare a ristabilire quelle condizioni di parità sostanziale tra gli operatori delle telecomunicazioni che la completa liberalizzazione del settore non è da sola in grado di garantire. Non bisogna peraltro cadere nell'errore di ritenere che l'introduzione di queste asimmetrie rappresenti la prova tangibile

²⁸ Solo in dicembre sono state però specificate le concrete modalità per la richiesta dell'autorizzazione, tanto che in novembre la Commissione europea aveva aperto una procedura di infrazione a carico dell'Italia (e di altri paesi europei) per i ritardi nella liberalizzazione delle telecomunicazioni: in particolare si rimproverava all'Italia proprio la mancata definizio-

ne delle modalità per la richiesta dell'autorizzazione per la gestione della telefonia fissa.

²⁹ Gli obblighi di fornitura del servizio universale devono essere stabiliti secondo criteri di obiettività, trasparenza, non discriminazione, proporzionalità. Il costo del servizio universale sarà ripartito anche fra gli operatori della sola telefonia mobile.

del fallimento del mercato, perché incapace di funzionare adeguatamente « da solo », ovvero senza l'intervento di correttivi esterni³⁰. Questi correttivi hanno invece proprio la funzione di cercare di instaurare per la prima volta le condizioni necessarie per il funzionamento di un mercato di libera concorrenza, dal momento che prima della liberalizzazione esisteva sì un mercato, ma in una situazione di monopolio. Non può dunque interpretarsi l'intervento delle asimmetrie come fallimento del mercato, ma al contrario come tentativo di creare un mercato in cui valga la regola della concorrenza³¹. Rimangono piuttosto delle perplessità circa l'effettiva efficacia di queste misure compensative (attribuzione di un vantaggio temporale, pagamento di somme di denaro, scissione di società o separazione contabile) a ripristinare la « effettiva concorrenza » cui fa esplicito riferimento il provvedimento *Sistema di telefonia cellulare GSM*. Infatti esistono dei vantaggi concorrenziali — acquisiti in tutti questi anni di monopolio legale — che non possono essere facilmente compensati: si tratta, come già accennato, della notorietà del marchio e della conseguente clientela, del consolidato *know-how*, della efficienza della rete distributiva: in altre parole dell'avviamento. Ciò non di meno è innegabile che questi rimedi, pur non potendo garantire l'introduzione di una perfetta parità, svolgono comunque un ruolo determinante per la creazione di un mercato in cui agisca una effettiva concorrenza: una volta che questo mercato comincerà a funzionare non si renderanno più necessari interventi asimmetrici, ma sarà sufficiente l'opera dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel fare rispettare la normativa *antitrust* e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nel fissare tariffe di interconnessione ragionevoli e non discriminatorie³², nel decidere di procedere ad una separazione contabile o ad una scissione di una società per la gestione di un particolare servizio quando ciò appaia opportuno, nel concedere autorizza-

³⁰ Si parla invece correttamente di fallimento del mercato quando l'intervento dall'esterno è diretto a correggere delle distorsioni a cui la libera concorrenza non è in grado di rimediare: è il caso ad esempio delle c. d. « esternalità », che fanno sì che la produzione di un certo bene da parte di un mercato lasciato agire in condizioni di concorrenza perfetta sia superiore o inferiore rispetto a quella desiderata dalla collettività e renda così necessario l'intervento del Governo con disincentivi o incentivi a carico o a favore dell'impresa produttrice. Cfr. F. CAFFÈ, *Lezioni di politica economica*, Edizione riveduta e aggiornata a cura di N. ACOCELLA, Torino, 1993, p. 45 ss..

³¹ Tuttavia l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha il compito di stabilire le modalità secondo le quali vanno ripartiti gli oneri del servizio universale tra tutti gli operatori di telecomunicazioni: l'obbligo imposto a queste imprese di garantire il servizio universale dimostra come per questo particolare aspetto il mercato non possa effettivamente essere

lasciato a sé stesso, pena altrimenti l'impossibilità di fare uso del servizio telefonico per coloro i quali siano ubicati in zone particolarmente disagiate. La necessità di garantire a tutti, a parità di condizioni, la possibilità di usufruire della telefonia fissa, mette inoltre in risalto il carattere di servizio di pubblico interesse del settore delle telecomunicazioni e il conseguente bisogno di una continua vigilanza su di esso di un'Autorità amministrativa, secondo regole che saranno definite dalla stessa Autorità.

³² Nel 1997 il Ministero delle Poste e Telecomunicazioni ha provveduto alla riduzione delle tariffe di interconnessione che TIM e Omnitel devono pagare alla Telecom per potere collegare la propria rete mobile a quest'ultima, in modo da evitare l'abusiva imposizione di prezzi ingiustificatamente gravosi da parte della Telecom. Cfr. P. CASSINIS, *Liberalizzazione dei servizi e delle infrastrutture di telecomunicazioni in ambito comunitario: prime considerazioni sulla direttiva full competition*, in questa Rivista, 1997, p. 435.

zioni in base alla presenza di requisiti obiettivi³³, nel ripartire fra le imprese di telecomunicazioni gli oneri del servizio universale secondo criteri di proporzionalità e trasparenza³⁴.

³³ Nella relazione al Parlamento del 1997 (p. 116) l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha espresso «l'inopportunità di un ampio ricorso allo strumento concessorio in luogo di quello autorizzatorio per lo svolgimento di attività connesse alla fornitura di reti e servizi di telecomunicazioni, anche alla luce della liberalizzazione introdotta a livello comunitario», e ha auspicato, conformemente all'art. 3-bis della direttiva 96/2, che il solo limite al rilascio delle autorizzazioni sia

dettato dalla scarsità delle frequenze. Cfr. P. CASSINIS, *Servizi a gruppi chiusi e parità di trattamento tra operatori di telecomunicazioni: brevi considerazioni*, cit., p. 411; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Simmetria e asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, cit., p. 508.

³⁴ Cfr. P. CASSINIS, *Liberalizzazione dei servizi e delle infrastrutture di telecomunicazioni in ambito comunitario: prime considerazioni sulla direttiva full competition*, cit., p. 440.