

LUCA G. RADICATI DI BROZOLO

## SIMMETRIA E ASIMMETRIA NEL DIRITTO COMUNITARIO DELLE TELECOMUNICAZIONI

**SOMMARIO:** 1. Premessa: simmetria e asimmetria riferite al contesto giuridico. — 2. Il monopolio, archetipo di asimmetria « maligna », e la sua abolizione. — 3. Le asimmetrie giuridiche « maligne » a valle del monopolio. — 4. L'eliminazione in via normativa delle asimmetrie giuridiche. — 5. L'« obbligo di simmetria giuridica » come principio generale. — 6. Gli strumenti procedurali per fare valere il diritto alla simmetria. — 7. L'« asimmetria « benigna »: le regole di diritto della concorrenza come rimedio contro l'asimmetria di fatto. — 8. L'introduzione di asimmetrie « benigne » mediante misure legislative. — 9. Conclusioni.

### I. PREMESSA: SIMMETRIA E ASIMMETRIA RIFERITE AL CONTESTO GIURIDICO.

Mi propongo di fornire qui qualche breve riflessione preliminare sui profili giuridici della problematica della regolamentazione simmetrica e asimmetrica nel settore delle telecomunicazioni che può forse fornire qualche elemento per la discussione successiva. Questa analisi verrà condotta alla luce del diritto comunitario. Ciò non soltanto perché l'azione della Comunità è il principale motore istituzionale della liberalizzazione in atto in questo settore, ma anche perché il diritto comunitario continua a fornire i principali parametri in base a cui si svolge tale processo di liberalizzazione e ai quali devono — o meglio dovrebbero — attenersi gli organi legislativi, amministrativi e giurisdizionali degli Stati membri<sup>1</sup>. Per di più esso fornisce anche stru-

\* Relazione per il Workshop « *Regolamentazione e mercato delle telecomunicazioni tra simmetria e asimmetria* », Milano, Università Cattolica, 7 febbraio 1997.

<sup>1</sup> Per una analisi della normativa comunitaria in materia di telecomunicazioni cfr. RADICATI DI BROZOLO, *L'azione comunitaria in materia di telecomunicazioni*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, p.

1093 ss. Le tematiche del presente scritto saranno oggetto di approfondimento in un mio lavoro più ampio dal titolo *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni: la liberalizzazione di un mercato soggetto a monopolio* attualmente in preparazione. Per qualche considerazione sul problema qui affrontato cfr. GAMBINO, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato*

menti forse non sempre sfruttati appieno a tutela dei diritti degli operatori.

Premetto che « simmetria » ed « asimmetria » usati con riferimento alle posizioni rispettive degli operatori o dei potenziali operatori non sono termini tecnici di diritto comunitario, e che a quanto mi consta essi non compaiono mai nei testi ufficiali, i quali non trattano *ex professo* la questione. Ai fini di questa analisi utilizzerò una nozione di « simmetria giuridica » per designare la situazione in cui tutti i diversi operatori sono trattati allo stesso modo sotto il profilo delle norme loro applicabili, ossia in cui tutti sottostanno alle stesse norme. L'asimmetria giuridica è ovviamente di converso la situazione in cui alcuni operatori sottostanno a (o beneficiano di) norme diverse da quelle applicabili ad altri operatori. L'asimmetria può come noto avere direzioni diverse, nel senso che può essere a vantaggio degli operatori già affermati (nel qual caso la si potrebbe chiamare per semplicità « maligna » in quanto tendenzialmente di ostacolo alla liberalizzazione ed alla concorrenza); ovvero a vantaggio degli operatori più nuovi, nel qual caso con semplificazione ancora maggiore la si potrebbe chiamare « benigna » in quanto presumibilmente volta a perseguire scopi di liberalizzazione e concorrenza. Accanto alla asimmetria giuridica si può poi individuare, come si vedrà, una asimmetria che chiamerò di fatto (ma che si potrebbe chiamare economica).

Voglio precisare che queste definizioni, ed in particolare quella di asimmetria « benigna », hanno finalità puramente espositiva e non sottendono alcun giudizio di valore da parte mia: non mi propongo infatti di fare un discorso di politica legislativa sull'opportunità di una regolamentazione asimmetrica « benigna », il quale richiede come premessa l'analisi economica che penso scaturirà dalle relazioni che seguiranno. Il mio scopo è soltanto analizzare come il diritto comunitario si atteggi al riguardo della simmetria o asimmetria nel contesto specifico delle telecomunicazioni.

L'esposizione deve quindi affrontare due questioni distinte. La prima attiene all'ammissibilità alla luce del diritto comunitario di asimmetrie « maligne » discendenti dai diritti nazionali. Come si vedrà si tratta di una analisi che, almeno agli esperti di diritto comunitario, sembrerà in larga parte scontata, ma le cui conclusioni mi pare meritino di essere sottolineate nell'attuale contesto politico e regolamentare italiano ancora pervaso da impostazioni quasi agli antipodi da quelle previste dal diritto comunitario<sup>2</sup>.

---

delle telecomunicazioni, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 5 ss.

<sup>2</sup> Per il vero la bozza ho potuto consultare del regolamento ministeriale di trasposizione delle direttive 95/51, 95/62 e 96/

19/CE, in attuazione della delega della L. 650/96, lascia ben sperare che le norme comunitarie vengano finalmente trasposte in diritto italiano in maniera relativamente adeguata.

La seconda questione consiste invece nel vedere se e fino a che punto il diritto comunitario possa invece imporre asimmetrie « benigne » o comunque tollerare asimmetrie di questo tipo eventualmente derivanti da ordinamenti nazionali.

## 2. IL MONOPOLIO, ARCHETIPO DI ASIMMETRIA « MALIGNA », E LA SUA ABOLIZIONE.

Partendo dunque dal problema delle asimmetrie « maligne », vale la pena sottolineare che, quando si è accinta a liberalizzare il mercato delle telecomunicazioni, la Comunità si è trovata di fronte a una situazione giuridica e di fatto assai diversa da quella che aveva dovuto affrontare per la liberalizzazione di altri settori, per esempio quello dei servizi finanziari. E ciò evidentemente per via della segmentazione massima del mercato dovuta alla soggezione del settore in ciascuno degli Stati membri a regimi di monopolio legale. I monopoli legali sono evidentemente la situazione archetipica di asimmetria « maligna » in quanto consentono solo ad alcuni soggetti (uno per ciascuno Stato membro) di svolgere una determinata attività, anzi inizialmente tutte. Si trattava evidentemente di una asimmetria voluta dagli ordinamenti nazionali, e non dal diritto comunitario. Il primo passo da compiere è stato quindi evidentemente lo smantellamento del sistema di monopoli. E non si può dire che sia stato un passo facile, in quanto esso ha dato vita ad un dibattito complesso sia sull'*an* che sul *quomodo* dell'azione comunitaria in questo campo.

Inizialmente non era in effetti per nulla chiaro che il diritto comunitario fosse utilizzabile per l'abolizione dei monopoli legali, in quanto da molte parti si sosteneva che questi non fossero incompatibili con i principi del Trattato. In secondo luogo il dibattito verteva sugli strumenti utilizzabili per la loro abolizione. Semplificando al massimo, si trattava di comprendere se il potere al riguardo spettasse alla sola Commissione, ai sensi dell'art. 90, par. 3 del Trattato, o se invece fosse richiesto un intervento normativo di tipo più classico, il quale avrebbe necessitato il coinvolgimento del Consiglio, e quindi degli Stati membri, con il risultato di rendere una siffatta azione estremamente più difficile<sup>3</sup>.

Entrambi gli scogli sono come noto stati superati. Ciò però grazie all'applicazione in questo campo di sviluppi molto propizi nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di interpreta-

<sup>3</sup> Questa problematica è oggetto di analisi specifica nel secondo capitolo del lavoro citato alla nota 1. Cfr. in generale TE-

SAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2 del Trattato CE*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 719 ss.

zione dei principi del Trattato, sia in tema di libera circolazione dei servizi sia in tema di concorrenza originariamente sviluppati con riferimento ad altre materie e che hanno permesso di abbandonare un principio che si riteneva accolto dall'epoca della famosa sentenza *Costa c. Enel*<sup>4</sup> e per effetto del quale l'asimmetria costituita dai monopoli legali appariva tollerabile agli occhi del diritto comunitario.

In materia di circolazione dei servizi è stato particolarmente importante il riconoscimento della necessità di interpretare in maniera ampia la nozione di restrizione alla libera circolazione cui la Corte era giunta in altri campi, e che consente di considerare contraria al Trattato in particolare qualsiasi norma nazionale che ostacoli il movimento transfrontaliero dei fattori della produzione che non soddisfi stringenti requisiti in tema di finalizzazione e indispensabilità al perseguimento di scopi di interesse generale, di proporzionalità, di non duplicazione. Ovviamente il monopolio legale è un ostacolo di questo genere, sicché se ne è potuta riconoscere la contrarietà all'art. 59 del Trattato. Sotto il profilo del diritto della concorrenza è stato determinante il riconoscimento da parte della Corte di un'eccezione abbastanza ampia di abuso di posizione dominante, la quale consente di configurare un abuso automatico o inevitabile da parte del monopolista, con conseguente violazione dell'art. 86 combinato con l'art. 90, par. 1<sup>5</sup>.

Solo in via transitoria e limitatamente a determinati tipi di attività è stato possibile opporsi all'abolizione del monopolio avvalendosi della deroga dell'art. 90, par. 2 del Trattato, il quale come noto prevede un'eccezione all'applicazione delle regole del Trattato a favore dei monopolisti e delle imprese pubbliche nella misura in cui questa è suscettibile di impedire l'esercizio di mansioni di interesse generale<sup>6</sup>.

Con il senno di poi la contrarietà dei monopoli, in particolare delle telecomunicazioni, al diritto comunitario sotto questi due profili pare assolutamente scontata. Ed anzi talmente scontata, sarei tentato di dire, che essa non richiederebbe nessun intervento normativo, come ho provato a dimostrare altrove. Comunque sia, con una serie di azioni individuali e per effetto del riconoscimento da parte della Corte del potere della Commissione di emanare direttive ex art. 90, par.3 la Commissione è riuscita a fare passare il principio dell'abolizione dei monopoli in questa mate-

<sup>4</sup> Sentenza del 15 luglio 1964 in causa 6/64, in *Raccolta*, 1964, p. 1129.

<sup>5</sup> Cfr. le sentenze del 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Porto di Genova*, in *Racc.*, 1991, p. I-5889; del 19 maggio

1993, causa C-320/91, *Corbeau*, in *Racc.* 1993, p. I-2563.

<sup>6</sup> Cfr. sentenza del 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune d'Almelo*, in *Racc.*, I-1477.

ria. Il principio è in effetti codificato come noto dalla direttiva 90/388<sup>7</sup> e dalle quattro successive direttive che ne hanno esteso la portata ai servizi inizialmente non previsti da essa<sup>8</sup> (oltre che dalla direttiva in tema di terminali<sup>9</sup>).

La durata di questo processo, che in linea teorica a mio avviso avrebbe potuto concludersi ben più presto, è stata dovuta alle resistenze politiche degli Stati membri e degli operatori consolidati, ed alla relativa inefficienza dei meccanismi per l'attuazione del diritto comunitario, di cui sia gli Stati membri che questi operatori hanno approfittato in maniera talvolta spudorata. È però un fatto che la contrarietà ai principi generali del Trattato di questa asimmetria basilare consente (o avrebbe consentito) in certi casi agli interessati, e in primo luogo agli operatori concorrenti o potenziali concorrenti degli (*ex*) monopolisti di avvalersene anche prima dell'entrata in vigore delle direttive, o comunque in caso di mancata trasposizione delle direttive da parte degli Stati membri (valga per tutti il caso italiano). Sotto questo profilo ci si può interrogare se taluni operatori o potenziali operatori non siano stati troppo timidi o rispettosi dell'ordine costituito.

### 3. LE ASIMMETRIE GIURIDICHE «MALIGNI» A VALLE DEL MONOPOLIO.

L'abolizione dei monopoli legali relativi alle varie attività, che ora si può dare per acquisita, è però solo il primo passo verso la liberalizzazione. Essa non è sufficiente neppure a portare il mercato delle telecomunicazioni al punto in cui si trovavano, al momento in cui se ne è intrapresa la liberalizzazione, i mercati di cui si è occupata per prima la Comunità, quali ad esempio quello dei servizi finanziari. Anche a valle dell'eliminazione del monopolio di diritto rimangono infatti innumerevoli e seri ostacoli, di fatto ma ancor prima giuridici, alla reale liberalizzazione del settore. Questi ostacoli sono in parte (anche se non esclusivamente) costituiti proprio da asimmetrie giuridiche discendenti da-

<sup>7</sup> Direttiva della Commissione 90/388/CEE, del 28 giugno 1990, relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni, *GUCE* L 192, del 24 luglio 1990, p. 10.

<sup>8</sup> Direttive 94/46/CE, del 13 ottobre 1994, che modifica la direttiva 88/301/CEE e la direttiva 90/388/CEE in relazione alle comunicazioni via satellite, *GUCE* L 268 del 19 ottobre 1994, p. 15; 95/51/CE, del 13 ottobre 1995, in relazione all'eliminazione delle restrizioni riguardanti l'uso di reti televisive via cavo per la fornitura

di servizi di telecomunicazioni già liberalizzati, *GUCE* L 256 del 26 ottobre 1995, p. 49; 96/2/CE, del 16 gennaio 1996, in relazione alle comunicazioni mobili e personali, *GUCE* L 20 del 26 gennaio 1996, p. 59; 96/19/CE, del 13 marzo 1996, in relazione alla completa apertura alla concorrenza dei mercati delle telecomunicazioni, *GUCE* L 74 del 22 marzo 1996, p. 13.

<sup>9</sup> Direttiva 88/301/CEE, del 16 maggio 1988, relativa alla concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazione, *GUCE* L 131 del 27 maggio 1988, p. 73.

gli ordinamenti nazionali che permeavano l'intero settore a tutti i livelli, oltre che da asimmetrie di fatto in buona parte accresciute e rese possibili da quelle di diritto.

Se si vuole tradurre tutto in termini di simmetria ed asimmetria, negli altri settori affrontati in precedenza dalla Comunità le asimmetrie di diritto principali, o almeno quelle sulla cui eliminazione si è concentrata l'azione di armonizzazione della Comunità, erano quelle tra soggetti nazionali e soggetti esteri. In altri campi, cioè, l'ostacolo principale alla liberalizzazione del mercato era ravvisato nelle differenze tra ordinamenti le quali tendenzialmente favorivano gli operatori nazionali nei vari settori a scapito di quelli provenienti da altri Stati membri, anche se poi gli strumenti che hanno permesso il superamento di questi ostacoli hanno avuto risvolti positivi pure nell'interesse degli operatori locali. Nel campo delle telecomunicazioni l'asimmetria principale derivava non già dalla differenza, pur seria, tra le normative dei diversi Stati membri, ma dallo stesso ordinamento di ciascun Stato membro che al suo interno comportava uno squilibrio di posizione tra l'unico *incumbent* (il vecchio monopolista locale) e tutti i possibili nuovi entranti, nazionali prima ancora che stranieri.

Le asimmetrie giuridiche erano della più svariata natura. Una di quelle più serie era forse quella derivante dalla possibilità di svolgere contemporaneamente attività in concorrenza e attività in monopolio, con tutte le conseguenti opportunità di effettuare sovvenzioni incrociate, di beneficiare di economie di scala e di informazioni privilegiate, di intralciare l'attività dei concorrenti ecc. Si tratta evidentemente di una situazione temporanea, visto che alla fine dell'evoluzione si perviene all'abolizione di tutti i diritti esclusivi, ivi compresi quelli relativi alla gestione e fornitura di infrastrutture. Ma data la durata di questo periodo transitorio essa era suscettibile di avere conseguenze serie sulla possibilità di trarre reale beneficio dalla progressiva liberalizzazione. Una manifestazione specifica di questa asimmetria è quella che attiene al permanere, sempre nella fase transitoria, del monopolio sulle infrastrutture che costituiscono *l'essential facility* per lo svolgimento delle altre attività aperte alla concorrenza.

Altro esempio di asimmetria particolarmente significativa era quella che consentiva ai vecchi organismi di telecomunicazione di continuare a svolgere una funzione quasi da regolatori<sup>10</sup>, nel senso che era demandato loro il compito di porre regole e requisiti tecnici, di rilasciare certificati di conformità, di concedere autorizzazioni, predisporre e gestire i piani di numerazione ecc.

---

<sup>10</sup> A questo proposito cfr. da ultimo la sentenza del 9 novembre 1995, causa C-91/

94 *Thierry Tranchant c. Telephone Store Sarl*, *Racc.* 1995, p. I-3913.

Ugualmente serie erano le asimmetrie derivanti dalla necessità di ottenere licenze o autorizzazioni per svolgere qualsiasi attività, sottostando a condizioni e procedure talvolta onerose, complesse e defatiganti, che erano risparmiate all'*incumbent* il quale veniva ad essere automaticamente autorizzato a svolgere tutte le attività, anche quelle che per motivi tecnologici o altri non svolgeva in precedenza, e veniva a trovarsi regolarmente in situazione di vantaggio anche temporale rispetto ai potenziali concorrenti<sup>11</sup>.

A queste asimmetrie giuridiche si aggiungevano le asimmetrie, in parte coincidenti con quelle appena elencate, derivanti dal possesso di una posizione di mercato consolidata e di un avviamento frutto non necessariamente di capacità imprenditoriale ma del semplice godimento del monopolio legale<sup>12</sup>.

#### 4. L'ELIMINAZIONE IN VIA NORMATIVA DELLE ASIMMETRIE GIURIDICHE.

Conscia degli effetti negativi sugli sviluppi del settore delle telecomunicazioni delle asimmetrie giuridiche «maligne», frutto delle regole di diritto nazionale, la Comunità ha concentrato buona parte della sua opera in questo campo proprio sulla loro eliminazione.

E in effetti la legislazione comunitaria contiene una nutrita serie di regole molto dettagliate e ormai ben note che hanno come finalità principale l'eliminazione di qualsiasi posizione di privilegio legale dell'*incumbent* e la garanzia del c.d. *level playing field*, in altri termini di una parità di trattamento tra gli operatori.

Fra queste è sufficiente menzionare quelle volte a proibire la coincidenza, in precedenza come si è detto frequentissima, fra il ruolo di regolatore e quello di operatore che è foriera di ovvi conflitti di interessi, e che prescrivono l'istituzione di autorità regolamentari indipendenti<sup>13</sup>. Analogo scopo hanno in definitiva le re-

<sup>11</sup> Con riferimento al caso italiano della telefonia mobile, cfr. l'art. 1 del D.P.R. 22 dicembre 1994, che prevede l'automatizzata estensione della concessione del gestore pubblico alla gestione di servizi di telecomunicazione mobile numerici diversi dal GSM senza che un'analogha disposizione sia prevista a favore del gestore privato. Tale incongruenza è stata tuttavia sottolineata dall'Autorità Garante nel contesto della sua attività di segnalazione e consultiva sulla riforma nel settore delle telecomunicazioni (*Boll.* n. 34-35 del 16 settembre 1996, p. 54).

<sup>12</sup> Ad esempio la possibilità per Telecom Italia di avere accesso alle informazioni sugli utenti del servizio radiomobile

TACS, acquisite per effetto del monopolio nel quale ha gestito il sistema analogico, nonché la possibilità di utilizzare il marchio con il quale già veniva commercializzato non solo il servizio radiomobile TACS, ma tutti i servizi gestiti in monopolio e in concorrenza, ha sicuramente avvantaggiato Telecom nell'espansione nel mercato del servizio GSM.

<sup>13</sup> Ai sensi dell'art. 6 della dir. 88/301 le specifiche tecniche e le autorizzazioni devono essere gestite da un'autorità indipendente dalle imprese pubbliche o private che offrano beni o servizi nel settore delle telecomunicazioni; in base al cons. 11 della dir. 96/19, la definizione e la gestione del piano nazionale di numerazione dovrebbe

gole miranti ad eliminare il numero chiuso dei soggetti autorizzati a svolgere le attività in questione<sup>14</sup> ed a consentire l'esercizio da parte dei medesimi soggetti di tutte le attività<sup>15</sup>; ed a subordinare l'accesso al mercato al solo soddisfacimento di requisiti obiettivi e non discriminatori (e si inserisce in questo contesto il divieto di imposizione di pagamenti per l'ottenimento di licenze<sup>16</sup>) ed a procedure eque, trasparenti, tempestive e soggette a controllo giurisdizionale<sup>17</sup>, e che in prospettiva condurranno al mutuo riconoscimento delle licenze a livello comunitario<sup>18</sup>. Si arriva così a sottrarre l'intera materia alla discrezionalità amministrativa, seguendo un ormai consolidato paradigma del diritto comunitario che vede in questo tipo di discrezionalità un ostacolo all'apertura del mercato e un fattore di favore degli *incumbents*. Per questa stessa via e per le stesse considerazioni, come ha notato anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana<sup>19</sup>, dovrebbe venire meno anche tutto il regime concessorio, tanto radicato nella mentalità giuridica italiana.

Ugualmente volte a sopprimere le asimmetrie di diritto, o quanto meno a ridurre l'incidenza, sono le misure che tendono ad eliminare i vantaggi di cui beneficia l'*incumbent* nella fase transitoria precedente la completa eliminazione di tutti i diritti esclusivi durante la quale esso può trarre dal monopolio residuo

---

essere affidata ad un ente indipendente, per evitare che i numeri migliori siano attribuiti agli attuali organismi di telecomunicazioni; ai sensi dell'art. 5 bis della proposta di direttiva che modifica le direttive 90/388 e 92/44, deve essere garantita l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione.

<sup>14</sup> L'art. 3-bis della dir. 96/2 prevede che gli Stati membri possano limitare il numero delle licenze da rilasciare solo in base ad esigenze fondamentali ed esclusivamente in casi connessi con la scarsità di frequenze disponibili; l'art. 10 della proposta di direttiva sulle licenze e le autorizzazioni generali, prevede la possibilità di limitare il numero di licenze individuali solo al fine di assicurare un uso efficiente delle frequenze radio o per il tempo necessario a rendere disponibili numeri sufficienti.

<sup>15</sup> Direttiva 96/2, art. 2, comma 3.

<sup>16</sup> Cfr. in questo senso l'art. 6 della proposta di direttiva sulle licenze e autorizzazioni, che prevede che i diritti richiesti alle imprese per le procedure di autorizzazione siano intesi a coprire esclusivamente i costi amministrativi connessi al rilascio, alla gestione, al controllo e all'attuazione; cons. 9 della dir. 96/19 che prevede l'obbligo degli Stati membri di notifi-

care alla Commissione i requisiti relativi alle licenze o alla dichiarazione prima della loro introduzione per consentire di valutarne la compatibilità col Trattato e la proporzionalità degli obblighi imposti; cons. 10 della dir. 96/2 sui radiomobili.

<sup>17</sup> Cfr. la proposta di direttiva che sostituisce la direttiva 95/62 relativa alla ONP telefonia vocale, art. 9, in materia di procedure per la concessione di licenze, della proposta di direttiva in materia di licenze e autorizzazioni; e art. 26, in tema di procedura di conciliazione e di soluzione delle controversie, (cfr. anche il cons. 14 della dir. 96/19 in relazione alle vertenze in materia di interconnessione).

<sup>18</sup> Artt. 12 e 13 della proposta di direttiva relativa alle licenze e alle autorizzazioni che prevedono l'armonizzazione delle condizioni delle autorizzazioni e delle procedure di rilascio delle licenze e l'istituzione di una procedura di sportello unico per la concessione delle licenze individuali.

<sup>19</sup> Cfr. le considerazioni svolte dall'Autorità Garante sul tema della riforma nel settore delle telecomunicazioni, nell'ambito dell'attività di segnalazione e consultiva, *Bollettino*, n. 34-35 del 16 settembre 1996, in particolare p. 53.

benefici per l'esercizio delle attività in concorrenza. Si tratta come noto degli obblighi di separazione contabile, di allineamento ai costi delle tariffe, di trasparenza, di *unbundling* e così via<sup>20</sup>. E nello stesso filone si inseriscono ovviamente gli obblighi di mettere a disposizione le infrastrutture e le altre *essential facilities*, con tutti i conseguenti obblighi in tema di interconnessione<sup>21</sup>. È anche interessante notare a questo proposito come l'eliminazione degli ultimi diritti esclusivi, ossia quelli relativi alle infrastrutture, sia concepita in prima istanza come una misura volta a superare una asimmetria rispetto allo svolgimento dei servizi per i quali le infrastrutture sono essenziali, l'asimmetria cioè nel mercato a monte derivante dalla disponibilità di queste ultime, e non già come una misura volta ad assicurare il libero esercizio delle attività di gestione e fornitura di infrastrutture.

Va pure sottolineato che le asimmetrie sono proibite anche quando derivano da norme che non sono specifiche al settore delle telecomunicazioni. Il caso di scuola è costituito dai correttivi, consistenti negli obblighi di separazione contabile o strutturale, volti ad impedire ai titolari di diritti esclusivi o speciali relativi ad altri settori (tipicamente i titolari di monopolio della produzione dell'energia elettrica o dei trasporti ferroviari) di avvantaggiarsi in maniera indebita di questi nel settore delle telecomunicazioni, mediante per esempio l'utilizzo per l'offerta di servizi di telecomunicazione di reti ed infrastrutture create o sviluppate con l'impiego di profitti dall'attività in monopolio<sup>22</sup>.

##### 5. L'«OBBLIGO DI SIMMETRIA GIURIDICA» COME PRINCIPIO GENERALE.

Senza entrare nella discussione di dettaglio di queste regole, si può senz'altro affermare che la Comunità ha dato vita ad un corpo di regole complessivamente coerenti dal punto di vista del risultato, uno dei cui *Leitmotive* è sicuramente l'obbligo di elimi-

<sup>20</sup> Cfr. per es. gli articoli 7 del progetto di dir. 96/220 sull'interconnessione, in materia di tariffe; l'art. 12 della dir. 95/62 sull'applicazione dei principi ONP alla telefonia vocale, in materia di principi tariffari e trasparenza.

<sup>21</sup> Cfr. l'art. 7 della direttiva 92/44, in relazione all'obbligo in capo agli organismi di telecomunicazioni di fornire un insieme minimo di linee affittate; l'art. 4-*quinquies* della dir. 96/19 in relazione all'accesso alle infrastrutture esistenti installate in virtù dei diritti di passaggio il cui raddoppio non sia possibile; gli articoli 4 e 6 della proposta di direttiva 96/220 in tema di inter-

connessione, in relazione all'obbligo da parte degli organismi autorizzati a fornire reti pubbliche di telecomunicazioni, di negoziare accordi di interconnessione affinché le reti e i servizi vengano forniti in tutta la Comunità, o ancora l'obbligo di rendere disponibili tutte le informazioni e le specifiche necessarie agli organismi che prevedono di interconnettersi.

<sup>22</sup> Cfr. cons. 11 e art. 8 della proposta di direttiva 96/220 sull'interconnessione; cons. n. 24 della direttiva 96/19 e art. 8 della direttiva 90/388 (introdotto dalla direttiva 96/19).

nazione delle asimmetrie giuridiche che abbiamo chiamato « maligne » a favore degli operatori *ex monopolisti* derivanti dagli ordinamenti nazionali. È per inciso evidente che queste asimmetrie maligne non sono mai state imposte dal diritto comunitario, ancorché forse fino ad un certo punto temporale ed entro certi limiti da questo erano state tollerate per effetto della deroga dell'art. 90, par. 2.

Il regime codificato dal *corpus* normativo comunitario prescrive la garanzia delle medesime opportunità giuridiche, ossia del medesimo contesto normativo e regolamentare, per tutti i soggetti (nazionali e comunitari) e conseguentemente l'eliminazione di tutte le norme in qualche modo atte a favorire un determinato soggetto. Va notato incidentalmente che il divieto di asimmetrie « maligne » e il correlativo obbligo di una regolamentazione simmetrica è disposto a vantaggio di *tutti* gli operatori, sicché l'asimmetria non è vietata solo se favorisce i vecchi organismi *ex monopolisti*. Così sembrerebbero contrarie ai principi ispiratori della normativa comunitaria (e anzi perfino alla lettera di questa) eventuali differenze che si volessero fare tra le opportunità concesse a operatori per così dire della terza ora e quelle riconosciute a quelli venuti prima. Il riferimento è ovviamente, per fare un esempio attuale nel contesto italiano, alla situazione del cosiddetto terzo gestore radiomobile, il quale non potrebbe essere limitato alle frequenze nella gamma 1800 MHz ove l'accesso a queste frequenze fosse permesso, per esempio ai gestori GSM che attualmente utilizzano la banda 900 MHz, ma varrebbe anche per altre situazioni. Come ancora più evidente è l'obbligatorietà di quella che si potrebbe chiamare la simmetria nella asimmetria, vale a dire l'obbligo dell'operatore che ancora beneficia nella fase transitoria di vantaggi dal monopolio di trattare in maniera non discriminatoria tutti gli altri operatori<sup>23</sup>.

In sostanza le regole poste dalle direttive sembrano essere null'altro che la codificazione di un principio generale che, dato il titolo del convegno, potrei chiamare di « obbligo di simmetria » o di « divieto di asimmetria giuridica » e che se mi trovassi solo fra giuristi chiamerei semplicemente di parità di trattamento o non discriminazione. Questo trova una sua esplicitazione nell'obbligo per gli Stati membri codificato dalle direttive *ex art.* 90, par. 3 — di abolire non soltanto i diritti esclusivi (ossia i monopoli legali), ma anche i diritti speciali che sono definiti come

---

<sup>23</sup> Cfr. artt. 4 e 6 della proposta di direttiva 96/220 sull'interconnessione, relativi all'obbligo in capo agli organismi autorizzati a fornire reti pubbliche di telecomunicazioni e servizi pubblici di telecomunicazio-

ni, di soddisfare tutte le richieste ragionevoli di accesso alla rete, e all'obbligo di applicare condizioni analoghe osservando il principio di non discriminazione rispetto all'interconnessione offerta agli altri.

quei « diritti concessi da uno Stato membro *ad un numero limitato di imprese* [...] non conformandosi a criteri di obiettività, proporzionalità o non discriminazione [...] » o che conferiscono « vantaggi legali o regolamentari che influiscono sostanzialmente sulla capacità di qualsiasi altra impresa di fornire lo stesso servizio o di svolgere la stessa attività [...] in condizioni sostanzialmente equivalenti »<sup>24</sup>. Per questo motivo tale principio vale anche per decretare l'illegalità di qualsiasi asimmetria « maligna » che non fosse espressamente presa in considerazione dalle direttive. Ed ancor più. Visto che essa discende direttamente da principi generali del Trattato, che le direttive si limitano a codificare ed esplicitare, esso dovrebbe valere anche per le situazioni precedenti l'entrata in vigore delle direttive, come dimostrato da numerose sentenze ben note della Corte di giustizia proprio in materia di telecomunicazioni<sup>25</sup>. Altrettanto evidente è l'esistenza di un obbligo di *standstill* che vieta l'introduzione di qualsiasi nuova regolamentazione asimmetrica prima delle scadenze stabilite per la liberalizzazione.

Il principio di simmetria appena evocato non è evidentemente enunciato in forma espressa come principio generale nella legislazione comunitaria, ma si ricava da un'interpretazione sistematica alla luce dei principi generali e dall'estrapolazione di singole norme.

Non è privo di interesse rilevare che la normativa che codifica questo principio, e più in generale l'azione della Comunità in tema di liberalizzazione delle telecomunicazioni, non appare caratterizzata da un approccio sistematico univoco o molto chiaro. Da una prima lettura degli atti comunitari, e in primo luogo dalla circostanza che si sia fatto ricorso a due categorie di direttive, ossia le direttive *ex art. 90*, par. 3 da un lato e quelle di armonizzazione ai sensi degli articoli 100A e 57 e 66 dall'altro, sembrerebbero esservi due componenti (o due anime) ben distinte di questa azione: l'una sarebbe quella della politica di concorrenza e l'altra l'armonizzazione la quale, come noto, è il classico strumento utilizzato dalla Comunità per la creazione del mercato interno.

Non è forse inutile osservare — e questo potrà forse stupire in particolare gli operatori — che l'azione della Comunità in questo campo si inserisce almeno all'inizio essenzialmente nel programma per la realizzazione del mercato interno (cioè « l'obiettivo 1992 »), e non nasce in prima istanza come applicazione delle re-

<sup>24</sup> Cfr. art. 2 della dir. 90/388 così come sostituito dall'art. 1, par. 2, della dir. 96/19, e art. 2, par. 1, lett. *f* del progetto di direttiva 96/220 sull'interconnessione.

<sup>25</sup> Cfr. le sentenze del 13 dicembre

1991, in causa C-18/88, *RTT c. GB-Inno-BM*, in *Raccolta*, p. I-5941; del 27 ottobre 1993, in causa C-69/91, *Decoster*, in *Raccolta*, 1993, p. 5.

gole di concorrenza. Il mercato interno viene infatti realizzato mediante misure di armonizzazione delle legislazioni le quale hanno come scopo l'abbattimento degli ostacoli alla circolazione dei fattori della produzione che derivano dalle normative nazionali, ed in particolare dalle disarmonie fra queste.

L'obiettivo della creazione del mercato interno rimane poi sempre in primo piano nella politica comunitaria in materia di telecomunicazioni, la quale appare perseguire anzitutto il vantaggio per gli utilizzatori ed i consumatori e per l'economia in generale, oltre che (seppure in maniera meno aperta) obiettivi di politica industriale, come lo stimolo di investimenti in tecnologie e infrastrutture nuove. Ciò risalta forse in modo particolare dagli ultimi sviluppi della normativa dove — raggiunta ormai almeno sulla carta la liberalizzazione e la piena concorrenza — l'accento viene posto sempre di più sulla qualità del servizio garantito agli utilizzatori (servizio universale ecc.)<sup>26</sup>. In questo contesto gli obiettivi di concorrenza sembrerebbero restare un po' in secondo piano. E in effetti anche le direttive ex art 90, par. 3, che si è abituati a considerare come direttive in materia di concorrenza, si occupano in primo luogo del superamento degli intralci alla libera circolazione dei servizi che stridono con l'art. 59. Né è forse un caso che in altri settori, come poste, elettricità e ferrovie, dove si seguono percorsi paralleli verso la liberalizzazione e dove i problemi non sono probabilmente molto dissimili (come non lo sono le soluzioni), si ricorra unicamente alle direttive di armonizzazione senza fare alcun uso (a fini normativi) dell'art. 90, par. 3.

Detto questo, se si esamina bene la normativa ponendo anche attenzione alle specifiche motivazioni dei singoli atti, ci si accorge che al di là della prima apparenza la distinzione tra i due aspetti è molto poco netta. Le due anime — armonizzazione e concorrenza — convivono nell'azione comunitaria, la quale segue in definitiva un approccio abbastanza empirico, e fors'anco farraginoso. In effetti entrambe le categorie di direttive perseguono molto sovente gli stessi obiettivi concreti, e spesso non è agevole comprendere perché singole norme trovino collocazione da una parte piuttosto che dall'altra, tant'è che vi è anche una certa dose di duplicazione. L'intero concetto di ONP, da un punto di vista formale qualificato come armonizzazione per la creazione del mercato interno, è intimamente permeato da concezioni di concorrenza (e in particolare quelle che si ricollegano all'accesso all'*essential facility*).

---

<sup>26</sup> Cfr. cons. 5, art. 4 (abbordabilità), art. 6 (servizio elenchi telefonici), art. 7 (posti telefonici pubblici), art. 8 (misure particolari per gli utenti disabili o con esigenze speciali), art. 12 (qualità del servizio), art.

14 (fatturazione dettagliata, selezione a tasti e blocco selettivo di chiamata) della proposta di direttiva che sostituisce la 95/62 (ONP alla telefonia vocale); art. 5 della proposta di dir. 96/220 sull'interconnessione.

Le ragioni sono probabilmente molteplici, a cominciare da quelle forse più terra terra, come la difficoltà di superare le divisione burocratiche di competenza tra direzioni generali all'interno della Commissione. Ma soprattutto vi è una seria difficoltà a scindere i due piani che, pur apparendo concettualmente abbastanza ben distinti, si intersecano all'atto pratico (e queste interferenze non sono ancora state oggetto di particolare attenzione mi sembra nella letteratura giuridica di diritto comunitario). In effetti i medesimi fattori — tra cui appunto le asimmetrie giuridiche maligne — possono essere visti come ostacoli alla libera circolazione e al mercato interno secondo le concezioni della giurisprudenza della Corte, così come alla concorrenza, in quanto le due cose costituiscono facce diverse di una medesima medaglia.

È poi possibile che l'armonizzazione ed i principi in materia di libera circolazione costituiscano uno strumento di più agevole impiego che non i principi in tema di concorrenza. A ciò si aggiunge che non è scontato (anche se io penso che ci si possa arrivare) che l'art. 100A sia utilizzabile per correggere in via legislativa distorsioni di concorrenza dovute, non già a differenze fra sistemi normativi diversi, ma a situazioni cui andrebbero applicate, se prese singolarmente, le regole di concorrenza applicabili alle imprese, e in particolar modo, per quel che qui interessa, l'art. 86 in tema di abuso di posizione dominante. Applicando i principi generali sviluppati dalla Corte in tema di libera circolazione è infatti abbastanza agevole arrivare alla conclusione che le asimmetrie normative di tipo maligno (anche diverse dai diritti esclusivi) costituiscono intralci alla creazione e al funzionamento del mercato interno e da ciò farne discendere la contrarietà al Trattato. Il ricorso ai principi di concorrenza richiede analisi economiche e di fatto non sempre agevoli, quali la definizione del mercato rilevante e la prova dell'abuso della posizione dominante (o quanto meno, accogliendo le tendenze della giurisprudenza più recente, della verosimiglianza o inevitabilità del suo verificarsi).

La sostanziale convergenza dell'azione comunitaria e la parziale intercambiabilità dei diversi tipi di strumenti disponibili è confermata dal fatto che, in particolare nelle motivazioni delle direttive ex art. 100A in materia di telecomunicazioni, compaiono regolarmente riferimenti a concetti direttamente ispirati (anche) a valutazioni di diritto della concorrenza, e in particolare la necessità di instaurare o favorire la concorrenza effettiva, oltre alla parità di opportunità, la non discriminazione e così via<sup>27</sup>. Questi concetti costituiscono la giustificazione per l'eliminazione delle asimmetrie

<sup>27</sup> Cfr. per es. cons. 4, 5 e 17 della direttiva 92/44; art. 9 della proposta di direttiva 96/220 sull'interconnessione, art. 2,

punto 8) della proposta di direttiva che modifica le dir. 90/387 e 92/44.

maligne, come risulta anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia la quale proprio in relazione al settore delle telecomunicazioni ha in più occasioni ribadito che « un sistema di concorrenza non falsata può essere garantito solo se è assicurata l'uguaglianza di opportunità tra i vari operatori economici »<sup>28</sup>.

Quali che siano state le basi giuridiche e gli strumenti dell'azione comunitaria nella materia in esame, non sembra possano ormai aversi dubbi seri sulla validità e legittimità degli atti finora adottati che hanno portato al risultato finale della liberalizzazione e, per restare al tema che trattiamo oggi, dell'eliminazione delle asimmetrie giuridiche<sup>29</sup>. La legittimità delle norme volte a correggere le asimmetrie « maligne » è stata del resto di recente espressamente confermata, se bisogno ve ne era, da una importante sentenza della Corte di giustizia<sup>30</sup>.

L'obbligo di eliminare qualsiasi regolamentazione asimmetrica maligna sembra infatti immanente al sistema del diritto comunitario e può essere fatto discendere da una varietà di principi generali, primo fra cui quello di uguaglianza, applicabili con strumenti diversi. È anzi probabile che i termini simmetria e asimmetria su cui si basa questo incontro corrispondano sostanzialmente a concetti e principi peraltro già ben noti al diritto comunitario, al punto da essere principi fondamentali di questo ordinamento, come quelli di non discriminazione e parità di trattamento. Il dibattito sulle basi giuridiche utilizzabili per renderlo applicabile in concreto può avere qualche rilevanza in sede di applicazione concreta dei principi e dei mezzi da utilizzare, come si vedrà fra un attimo, oltre che nella discussione sulle asimmetrie di fatto.

Oggi si può dunque affermare che il divieto di asimmetria maligna è assolutamente acquisito del diritto comunitario delle telecomunicazioni, e che ad esso deve quindi improntarsi tutto il diritto nazionale nel quale non è quindi più tollerabile alcuna delle tante asimmetrie giuridiche a favore dell'*incumbent*. Si tratta di un'affermazione che, come dicevo, può parere scontata per gli studiosi di diritto comunitario e per chi viene da realtà straniere più avvezze ai valori della concorrenza, ma che in Italia non lo è ancora e che va quindi ribadita con fermezza<sup>31</sup>. L'eliminazione dell'asim-

<sup>28</sup> Cfr. le sentenze del 19 marzo 1991, causa C-202/88, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, 1991, p. I-1259; 13 dicembre 1991, causa C-18/88, *RTT c. GB-INNO-BM*, in *Racc.*, 1991, p. I-5973; 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*; 27 ottobre 1993, cause riunite C-93/91 e 46/90, *La-gauche*, in *Racc.*, 1993, p. I-5267.

<sup>29</sup> Anche se è pendente qualche ricorso contro le ultime direttive ex art. 90, par. 3.

<sup>30</sup> Sentenza del 12 dicembre 1996,

causa C-302/94, *The Queen v. Secretary of Trade & Industry, ex parte British Telecommunications plc*, ancora inedita.

<sup>31</sup> Uno degli infiniti esempi di smaccata (e vietatissima ai sensi del diritto comunitario) asimmetria maligna di cui è permeato l'ordinamento italiano è il noto art. 198 del codice postale che consente di rilasciare concessioni senza gara a società partecipate dallo stato. Questa come molte altre disposizioni dovrebbero essere

metria rappresenta quindi il minimo indispensabile che può richiedersi agli Stati membri, e già questo contribuirebbe in maniera determinante all'istaurazione di una reale concorrenza. Solo una volta raggiunto questo livello ha poi senso il dibattito sulla asimmetria « benigna ».

#### 6. GLI STRUMENTI PROCEDURALI PER FARE VALERE IL DIRITTO ALLA SIMMETRIA.

Quale che ne sia il fondamento giuridico, è dunque indiscutibile che dal diritto comunitario si desume un principio che consente di combattere le asimmetrie giuridiche a favore dell'*incumbent*, anche quelle eventualmente non oggetto di specifiche proibizioni o correzioni da parte delle norme contenute nelle direttive. Gli operatori hanno quindi interesse a cercare di stabilire se le situazioni di svantaggio rispetto ad altri operatori (l'*ex monopolista* o altri) che essi percepiscono siano in qualche modo ascrivibili agli effetti di norme degli ordinamenti degli Stati membri. Fra queste rientrano ovviamente quelle frutto della discrezionalità dell'autorità amministrativa nell'esercizio delle sue funzioni.

Non voglio con ciò dare l'illusione che il diritto comunitario sia la panacea, in quanto non è sempre necessariamente facile fare valere in concreto i diritti che ne discendono quando non sono ancora stati tradotti in diritto interno, come confermano esperienze ben note<sup>32</sup>. Certo, ci si può avvalere del principio della diretta applicabilità delle direttive, che vale in tutti quei casi — e sono assai numerosi — in cui le norme sono sufficientemente inequivoche. La sensibilità dei tribunali nazionali su questi temi va probabilmente aumentando e si può quindi fare un certo affidamento su di essi. Stando alla giurisprudenza, pure gli organi dell'amministrazione dovrebbero applicare il diritto comunitario direttamente applicabile anche in assenza di trasposizione in diritto interno.

Quando il diritto che si vuole far valere si ricava solo dai principi generali (segnatamente in tema di libera circolazione), non essendo esplicitamente codificato dal diritto derivato, può sorgere qualche difficoltà maggiore se il richiedente ha la stessa nazionalità dello Stato richiesto. L'invocazione della diretta applicabilità del diritto comunitario può dare buoni risultati quando è sufficiente la disapplicazione della norma nazionale incriminata (come sarebbe ad esempio il caso ove ci si volesse rifiutare di pagare tariffe sia pur previste per legge, ma che non rispettano il

espunte dall'ordinamento per effetto del regolamento ministeriale di attuazione delle direttive di cui dicevo all'inizio.

<sup>32</sup> Valgano per tutte, con riferimento all'esperienza italiana, le vicende *Telssystem* e *Omnitel*.

principio dell'allineamento ai costi). Le difficoltà sono maggiori laddove invece la semplice disapplicazione di una norma nazionale per contrasto con il diritto comunitario non è sufficiente a risolvere il problema concreto in quanto si richiede un comportamento attivo da parte di qualche soggetto. Un esempio di ciò può essere l'attribuzione delle frequenze per il servizio radiomobile o per le infrastrutture « alternative », o la separazione contabile. Anche a questo proposito dalla giurisprudenza si ricava però un rimedio, ossia la possibilità di chiedere danni allo Stato per mancato rispetto del diritto comunitario<sup>33</sup>. Si tratta di una strada relativamente nuova, ma la minaccia della quale potrebbe forse sbloccare qualche cosa. A questa si aggiunge la possibilità, riconosciuta da pochissimo in base ad una regola del Trattato, per la Comunità di imporre sanzioni pecuniarie agli Stati membri che non traspongono le direttive<sup>34</sup>. È un'arma in più per cercare di mettere sotto pressione gli Stati membri con l'aiuto della Commissione e bisognerà vedere se almeno questo riuscirà a scuotere le autorità legislative e esecutive italiane dal loro torpore in questa materia (come in altre).

Rimane poi evidentemente sempre la strada di richiedere un intervento della Commissione che promuova una procedura di inadempimento nei confronti dello Stato per mancata trasposizione del diritto comunitario davanti alla Corte, ovvero, ove ne sussistono i presupposti, una procedura *ex art. 90, par. 3*. È però doveroso dire che il precedente più importante a questo riguardo, che concerne proprio l'Italia, ossia la decisione della Commissione nel caso *Omnitel*, è ben poco incoraggiante<sup>35</sup>. A parte il comportamento gravemente inadempiente dello Stato italiano che non ha ancora dato attuazione alla decisione, vi è da dire che questa è comunque assai poco coraggiosa. Come ho avuto modo di dire in un commento a questa decisione, pur essendo partita con l'intenzione di correggere la palese asimmetria « maligna » costituita dall'obbligo di pagamento del versamento iniziale imposto al « secondo »

<sup>33</sup> Sentenze del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a.*, in Racc. 1991, p. I-5359; 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 (*Brasserie du Pêcheur*) e C-48/93 (*Factortame III*), in Racc. 1996, p. I-1034; del 26 marzo 1996, causa C-392/93, *British Telecommunications*, in Racc. 1996, p. I-1634; del 23 maggio 1996, causa C-5/94, *Hedley Lomas*, in Racc. 1996, p. I-2556; dell'8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, *Dillekonfer*, in Racc. 1996, p. I-(non ancora pubblicata).

<sup>34</sup> Cfr. l'art. 171 del Trattato, come modificato dal Trattato sull'Unione, e la

Comunicazione sull'applicazione dell'art. 171 del Trattato, in GUCE C 242 del 21 agosto 1996.

<sup>35</sup> Cfr. la decisione del 4 ottobre 1995 in GUCE, L 280 del 23 novembre 1995, p. 49, sulla quale RADICATI DI BROZOLO, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni in Italia: la decisione ex art. 90.3 del Trattato Ce nel caso Omnitel*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1996, p. 75 ss.. Recentemente è stata adottata una decisione simile nei confronti della Spagna, (decisione del 18 dicembre 1996, in GUCE, L 76, del 18 marzo 1997, p. 19).

gestore e non al « primo », la Commissione non solo non ha fatto questo, ma si è limitata a proporre come misure « alternative » per la correzione di quella asimmetria misure comunque dovute in quanto necessarie per correggere altre asimmetrie « maligne ».

Ad ogni modo la Commissione resta sempre un punto di riferimento fondamentale, e deve essere messa in condizione di operare al meglio anche da precise sollecitazioni degli operatori. In particolare la sua azione è essenziale ogniqualvolta le asimmetrie derivano da norme giuridiche degli ordinamenti nazionali, perché nei confronti di queste i poteri delle autorità nazionali della concorrenza sono assai ridotti. È però chiaro che nulla può sostituire un corretto e tempestivo adempimento da parte degli Stati membri dei loro obblighi di trasposizione in diritto interno del quadro normativo comunitario. Una trasposizione di questo tipo dovrebbe essere sufficiente a fornire un quadro regolamentare perfettamente simmetrico ed a dare buone garanzie ai nuovi operatori.

#### 7. L'ASIMMETRIA « BENIGNA »: LE REGOLE DI DIRITTO DELLA CONCORRENZA COME RIMEDIO CONTRO L'ASIMMETRIA DI FATTO.

Finora ci siamo occupati delle asimmetrie « maligne » di origine giuridica le quali, con i limiti inerenti alle difficoltà di applicazione appena viste, sono superabili con principi generali o norme di diritto derivato già esistenti. Bisogna ora vedere se ed entro che limiti il diritto comunitario tolleri o consenta di superare asimmetrie di fatto, non determinate cioè da una normativa statale.

Si tratta di quelle posizioni di vantaggio inerenti alla dimensione di un operatore, alla sua forza di mercato dovuta ad un avviamento consolidato, alla sua presenza su mercati diversi che gli consente di operare su più mercati e di beneficiare di economie di scala, alla disponibilità di un marchio affermato e così via. Si tratta naturalmente il più delle volte di vantaggi che residuano dalla passata detenzione del monopolio legale, ma che nel presente non poggiano più su una previsione normativa a seguito dell'introduzione della simmetria giuridica. I vantaggi possono naturalmente essere consistenti e all'atto pratico quasi seri quanto quelli derivanti dalla vecchia e ormai vietata asimmetria giuridica.

Va chiarito subito che esiste una differenza di fondo tra la asimmetria giuridica e quella di fatto. Quest'ultima non è di per sé contraria a principi generali del diritto comunitario, il quale come noto si ispira in linea di massima ad un'impostazione liberista, sicché queste asimmetrie non possono essere superate come le altre facendo ricorso a principi generali (e quindi in assenza di normativa *ad hoc* o di comportamenti anticoncorrenziali

come vedremo fra un attimo, con mero ricorso ai tribunali nazionali).

Ciò non significa che il diritto comunitario non possa fornire un rimedio anche per eliminare o attenuare queste asimmetrie di fatto. A questo punto l'analisi si sposta al tema della asimmetria « benigna ». In effetti eliminare una asimmetria di fatto significa null'altro che imporre al soggetto che ne beneficia obblighi o condizioni volti a correggere questa situazione, e quindi per definizione non imposti ad altri soggetti suoi concorrenti. Il che equivale appunto ad introdurre una asimmetria giuridica, stavolta però, appunto, « benigna ».

Gli strumenti mediante i quali si possono introdurre misure di asimmetria benigna sono essenzialmente due.

Il primo consiste nell'uso delle norme di concorrenza applicabili alle imprese, e cioè agli articoli 85 e 86 del Trattato (i quali sono invece più difficilmente utilizzabili in presenza di asimmetrie determinate da norme giuridiche, se non nel quadro delle particolari procedure basate sulla combinazione di questi articoli con gli articoli 3, lett. g, e 5 del Trattato). Gli strumenti del diritto della concorrenza incontrano però precisi limiti alla loro utilizzabilità, in quanto ad essi si può ricorrere solo in presenza di ben precise situazioni di fatto. Queste sono essenzialmente di due tipi.

La prima è quella in cui l'impresa che beneficia della asimmetria, la quale sarà di regola in posizione dominante, pone in essere un comportamento anticoncorrenziale, ossia vuoi un abuso di tale posizione, vuoi accordi o pratiche contrarie ai principi dell'art. 85 del Trattato<sup>36</sup>. L'utilizzo della norma di concorrenza in questo modo al fine di smantellare asimmetrie di fatto implica comunque procedure che richiedono analisi anche economiche non facili, per la determinazione del mercato rilevante, della sussistenza dell'abuso ecc. Le recenti *Guidelines* della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi di interconnessione<sup>37</sup> che mirano a fornire strumenti di interpretazione ed analisi sull'uso della teoria delle *essential facilities* in questi casi purtroppo non aiutano più di tanto a risolvere i problemi dei casi concreti che quindi vanno sottoposti ad una analisi sulla base delle caratteristiche della singola fattispecie. Dal punto di vista della procedura, in queste ipotesi ci si può rivolgere sia alle autorità di concorrenza nazionali che alla Commissione europea, la quale però ormai in omaggio al principio di sussidiarietà ed agli orientamenti che si è data sul tema dei propri rapporti con le

---

<sup>36</sup> Cfr. i provvedimenti dell'Autorità Garante n. 3077, *Assital/Sip* (Bollettino n. 22/95, p. 5), n. 4389, *Albacom-Servizio Executive* (Bollettino n. 44/96, p. 36), e n.

3954, *Motorola/Telecom*, (Bollettino n. 23/96, p. 30).

<sup>37</sup> COM(96) 649 final, del 10 dicembre 1996.

autorità nazionali si occupa solo più di casi di particolare rilievo. Resta poi naturalmente salva la possibilità di ricorso ai giudici nazionali, anche per il risarcimento del danno.

L'altra situazione nella quale le norme di concorrenza possono essere utilizzate per eliminare o attenuare situazioni di asimmetria di fatto è quella in cui l'impresa che beneficia della asimmetria si sottoponga per qualche motivo alla potestà delle autorità responsabili della tutela della concorrenza. Il caso tipico è quello in cui l'impresa che beneficia dell'asimmetria si rivolge alla Commissione o all'autorità nazionale per ottenerne l'approvazione di un'operazione di concentrazione o di formazione di joint venture o di un accordo. In questi casi ben può l'autorità subordinare l'autorizzazione dell'operazione all'adozione, da parte dell'impresa in posizione asimmetrica, di misure o azioni volte a ristabilire la simmetria, quali ad esempio la messa a disposizione di *facilities* o altro ai propri concorrenti, la dismissione di certe attività ecc.<sup>38</sup>. Se si esamina però la prassi della Commissione non mi sembra che si siano casi significativi in cui sono state imposte misure per eliminare asimmetrie di mero fatto. Molte volte le condizioni poste dalla Commissione per autorizzare l'operazione sono in realtà volte ad eliminare asimmetrie giuridiche, che avrebbero dovuto essere eliminate a prescindere dall'operazione. Questo è per esempio avvenuto nel recente caso *Atlas*<sup>39</sup> e, per citare un altro esempio, nella recente lettera al Governo italiano a proposito dello svolgimento del servizio DECT da parte dell'operatore dominante nazionale, la Commissione ha posto fra le condizioni la previa liberalizzazione delle infrastrutture, vale a dire l'adempimento di un preciso obbligo giuridico (volta ad eliminare una asimmetria giuridica) che l'Italia ancora una volta non ha rispettato<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Decisione del 17 luglio 1996, *Atlas* (GUCE L 239 del 19 settembre 1996, p. 23), in cui al punto 76 si specifica che l'esenzione sarà accordata per un periodo di cinque anni a partire dall'entrata in vigore, sia in Germania che in Francia, della seconda licenza in materia di infrastrutture, e all'art. 4 si subordina l'esenzione a diverse condizioni tra le quali, l'obbligo da parte di Deutsche Telekom e France Telecom di concedere l'interconnessione a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle applicate ad *Atlas*, l'obbligo di tenere registrazioni contabili separate, l'obbligo da parte di FT di dismettere Info AG. Decisione della Commissione del 17 luglio 1996, *RTL/Vernica/Endemol* (GUCE L 294 del 19 novembre 1996, p. 14), in cui si autorizza l'operazione subordinatamente ad una modifica

dell'accordo ed alla trasformazione di RTL5 in un canale di informazioni, che lasci più spazio ai concorrenti. Cfr. anche il caso *Unisource-AT&T*, (Agence Europe, 20 marzo 1997), e nel campo dei rapporti tra telecomunicazioni e settore dei media le decisioni *MSG Media Services*, del 9 novembre 1994, caso IV/M.469, *Merger Control Reporter*, B255 e *Nordic Satellite*, del 19 luglio 1995, caso IV/M.490, *ibid.*, B325. A livello nazionale cfr. il provvedimento n. 4009 dell'Autorità Garante, *Telecom Italia/Video on Line*, (*Bollettino* n. 25/96, p. 69), in cui Telecom Italia per l'autorizzazione dell'operazione si impegna a rispettare degli obblighi di separazione contabile, e a sottoscrivere accordi di *peering*.

<sup>39</sup> Cfr. la nota precedente.

<sup>40</sup> Lettera del 6 gennaio 1997, indiriz-

Detto questo, le regole di concorrenza sono assai più difficilmente applicabili in una situazione per così dire « statica », quando cioè l'impresa dominante opera normalmente, senza compiere nulla di illegittimo e senza « chiedere nulla ». Anche in questi casi un certo spazio può essere offerto dal principio di messa a disposizione delle *essential facilities*, quella dottrina di diritto della concorrenza di abbastanza recente elaborazione da parte della Commissione e della Corte di giustizia che — in deroga al principio di fondo che proibisce la collaborazione tra concorrenti e sviluppando la concezione dell'abuso di posizione dominante — in certi casi obbliga il detentore di una risorsa in qualche modo indispensabile per l'attività di un concorrente a metterla a disposizione di quest'ultimo<sup>41</sup>.

Merita comunque di essere sottolineato come assai difficilmente le autorità responsabili dell'applicazione delle regole di concorrenza potrebbero accordare una tutela ai concorrenti mediante misure asimmetriche quando ciò rischierebbe di comportare un ritardo nello sviluppo di una tecnologia o nella messa a disposizione degli utilizzatori di un determinato servizio. Esse sarebbero probabilmente restie per esempio a concedere di ritardare l'avvio di un determinato servizio da parte dell'operatore dominante per aspettare i nuovi entranti, anche se ciò ha per effetto di aumentare il vantaggio concorrenziale dell'*incumbent*.

### 8. L'INTRODUZIONE DI ASIMMETRIE « BENIGNE » MEDIANTE MISURE LEGISLATIVE.

Il secondo mezzo mediante cui si potrebbe porre rimedio alle asimmetrie di fatto, introducendo asimmetrie benigne, è l'azione legislativa. Il problema a questo riguardo è duplice, ossia: anzitutto se un'asimmetria benigna possa essere imposta in via legislativa dallo stesso diritto comunitario; in secondo luogo se eventuali

zata al governo italiano, in cui si sottolinea che concedere all'operatore pubblico l'autorizzazione ad offrire il servizio DECT, in assenza di un'effettiva liberalizzazione delle infrastrutture alternative in Italia, equivarrebbe a consentirgli di rafforzare la sua posizione dominante. Nella lettera si ricorda che, ai sensi dell'art. 3-*quater* della dir. 90/388, inserito dalla direttiva 96/2, il governo italiano è tenuto ad autorizzare l'installazione di infrastrutture proprie o l'uso di infrastrutture alternative per l'offerta dei servizi DECT, già a decorrere dal 15 febbraio 1996.

<sup>41</sup> Su questa dottrina cfr. TEMPLE LANG, *Defining legitimate competition: Companies' duties to supply competitors and access to essential facilities*, in *Fordham International Law Journal*, dicembre 1994, p. 437 e ss.; GUGLIEMETTI, « *Essential facilities* », rifiuto di accesso e abuso di posizione dominante: prime decisioni dell'Autorità Garante e prospettive, in *Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante*, 1996, p. 393 ss.; BERTIE BIANCARDI, « *Essential facilities* » e disciplina della concorrenza: osservazioni e note critiche, *ibidem*, p. 423 ss.

asimmetrie siffatte previste dalla normativa di uno Stato membro siano legittime ai sensi di questo ordinamento.

Per quanto attiene al primo problema, la risposta mi sembra debba essere affermativa, nel senso che la Comunità ha competenza anche per adottare atti contenenti misure con tale finalità. In questo caso potrebbe esservi qualche dubbio sull'utilizzabilità dell'art. 90, par. 3 che è stato l'ariete con cui la Commissione ha aperto la strada della liberalizzazione, e ciò per motivi tecnici (il venir meno dei presupposti di applicazione, ossia i diritti speciali, la missione di interesse generale, la proprietà pubblica), e ancor prima politici (l'opposizione degli Stati membri). Non dovrebbero però esservi ostacoli all'utilizzo, anche per queste situazioni, della base normativa costituita dall'art. 100A. In effetti le asimmetrie di fatto possono costituire intralci alla libera circolazione dei servizi ed alla creazione del mercato interno alla stessa stregua delle asimmetrie derivanti da norme di legge, e rientrano quindi fra gli ostacoli alla cui soppressione la Comunità può procedere mediante questa base normativa molto ampia e generica.

Le direttive di armonizzazione in tema di telecomunicazioni contengono effettivamente anche un certo numero di norme, invero non moltissime, che sono ispirate ad una asimmetria « benigna » in quanto impongono, o in certi casi consentono, agli Stati membri di prevedere obbligazioni a carico solamente di certi soggetti in posizione di mercato più forte rispetto agli altri concorrenti. Per il vero una norma simile si trova anche in una direttiva ex art. 90, par. 3 (cfr. la direttiva 96/19, art. 4 bis, ultimo comma, la quale fa salva la disciplina armonizzata da adottare in un momento successivo).

Si tratta come noto delle norme in materia di interconnessione, di separazione contabile, di servizio universale, di allineamento delle tariffe ai costi, di *unbundling*, di trasparenza e di messa a disposizione di informazioni<sup>42</sup>. In parte, come si vede, si tratta delle stesse norme che in precedenza abbiamo classificato come norme simmetriche, in quanto inizialmente volte a correggere una situazione di asimmetria « maligna » di diritto. Dopo il venir meno della asimmetria giuridica questa regolamentazione in un certo senso cambia natura (o polarità si potrebbe dire), in quanto da simmetrica viene ad essere asimmetrica. La finalità di fondo rimane invariata, in quanto — come risulta dalle stesse direttive — si mira ad impedire che l'abolizione del monopolio legale rimanga priva di effetti pratici a causa del perpetuarsi di un monopolio di

<sup>42</sup> Cfr. il cons. n. 11 e l'art. 6 della proposta di direttiva 96/220 sull'interconnessione; il cons. n. 12 della proposta di direttiva sulle autorizzazioni e le licenze;

l'art. 17 della proposta di direttiva che sostituisce la dir. 95/62 sull'applicazione dei principi ONP alla telefonia vocale.

fatto<sup>43</sup>. A testimonianza ancora una volta dell'interrelazione tra applicazione delle regole di concorrenza e armonizzazione volta alla creazione del mercato interno, varie di queste regole che prescrivono una asimmetria « benigna » sono in sostanza una trasposizione in termini di prescrizioni normative generali su questioni specifiche della dottrina che garantisce l'accesso alle *essential facilities* (per esempio quelle in tema di interconnessione).

La legittimità di questo approccio non pare discutibile alla luce dei principi di diritto comunitario. In particolare non si potrebbe opporre un preteso contrasto con il principio fondamentale di parità di trattamento e di non discriminazione che si è utilizzato in precedenza per fondare il divieto di asimmetria « maligna ». Il motivo è che questi principi vengono sempre intesi nella giurisprudenza comunitaria nel senso non solo di imporre di trattare in modo uguale situazioni uguali, ma anche di consentire di trattare in modo disuguale situazioni disuguali<sup>44</sup>. Il problema sta poi semmai nell'individuare in concreto fino a che punto la disuguaglianza sia tale da giustificare un diverso trattamento giuridico. Nelle direttive la premessa di questa regolamentazione asimmetrica viene individuata in genere nel possesso di un « rilevante potere di mercato », ravvisato in via presuntiva nel controllo di una quota di almeno il 25% del mercato dei servizi di telefonia vocale in uno Stato membro<sup>45</sup>.

Peraltro, coerentemente con la finalità di queste norme ed a dimostrazione della sostanziale eccezionalità delle previsioni asimmetriche, ancorché benigne, le direttive precisano anche che questa regolamentazione deve permanere solo « fino a quando non si sia pervenuti ad un contesto competitivo efficiente »<sup>46</sup>.

Veniamo ora alla questione della legittimità di una regolamentazione asimmetrica prevista dagli ordinamenti degli Stati membri e non già da quello comunitario. La risposta è in parte fornita dalle stesse direttive, le quali in certi casi non prevedono un obbligo fermo di imporre una regolamentazione asimmetrica, ma concedono semplicemente agli Stati membri una facoltà in tal senso<sup>47</sup>. Il problema riguarda quindi i casi di asimmetria « beni-

<sup>43</sup> Cfr. il cons. n. 22 della direttiva 95/62.

<sup>44</sup> La legittimità di queste misure si desume ora anche dalla citata sentenza *The Queen v. Secretary of Trade & Industry, ex parte British Telecommunications plc* e ancor più dalle conclusioni l'Avvocato Generale Tesouro nel medesimo caso (specie par. 44-47).

<sup>45</sup> Cfr. per es., la definizione contenuta nell'art. 2, par. 3 della proposta di revisione delle direttive ONP-base e linee affit-

tate e nell'art. 2 della nuova direttiva ONP voce e servizio universale; art. 4, par. 2 e 3 della posizione comune sulla proposta di direttiva 96/220, sull'interconnessione.

<sup>46</sup> Cfr. il cons. n. 3 e n. 11 e l'art. 30 della proposta di direttiva che sostituisce la dir. 95/62, ONP voce; i cons. n. 3 e n. 14 e l'art. 14 della proposta di revisione delle direttive ONP-base e linee affittate; i cons. n. 14 e n. 22 della dir. 96/19.

<sup>47</sup> Cfr. l'art. 5 della proposta di direttiva 96/220 sull'interconnessione, in rela-

gna » previsti *motu proprio* dagli Stati membri. A questo riguardo i limiti sono quelli che si desumono dai principi generali. Le norme di questo tipo sarebbero quindi in linea di principio ammissibili, salvo nella misura in cui non si ravvisasse in esse un ostacolo alla libera circolazione dei servizi intracomunitaria. Allo stato attuale questa sembra però di un'ipotesi abbastanza remota, anche se vale la pena ricordare che pure a questo proposito va rispettato il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, il quale (salvo casi eccezionali ai sensi degli articoli 55 e 56 del Trattato che non sembrano però ravvisabili in concreto) impone quindi di fare beneficiare di qualsiasi regolamentazione asimmetrica « benigna » anche eventuali operatori provenienti da altri Stati membri (che saranno ammessi tra l'altro con maggior facilità in virtù della direttiva sul mutuo riconoscimento delle licenze) rispetto a cui si verificassero i presupposti di applicazione.

## 9. CONCLUSIONI.

Volendo trarre qualche conclusione, è ormai acquisito che il diritto comunitario prescrive come punto di partenza, o se si vuole come principio generale ed inderogabile, un regime di regolamentazione simmetrica tra gli operatori, che elimini quindi qualsiasi situazione giuridica di favore per i vecchi monopolisti. Questo è il minimo assoluto che si può pretendere, non essendo più invocabile a favore di una asimmetria « maligna » nessuna di quelle eccezioni teoricamente previste dal Trattato (in particolare dall'art. 90, par. 2).

Questo regime — desumibile prima ancora che dalle direttive, dai principi generali, che sono una delle fonti del diritto comunitario — è già pienamente in vigore oggi (se si vuole con l'eccezione della telefonia vocale, ormai pressoché decaduta pure questa), a prescindere da qualsiasi colpevole inadempienza degli Stati membri nella trasposizione in diritto interno delle direttive. Malgrado gli indubbi problemi procedurali che ho evidenziato, vi sono i mezzi per fare rispettare almeno in parte i diritti discendenti da questo sistema. Il che nulla toglie all'urgenza della necessità di un quadro normativo nazionale che trasponga tutta questa normativa in maniera fedele, eliminando le incertezze che sicuramente pregiudicano lo sviluppo del settore.

Non c'è dubbio che il fuoco principale dell'azione comunitaria è sulla garanzia di una simmetria giuridica tra gli operatori. Spetta poi credo principalmente agli economisti giudicare se, una volta che questa fosse pienamente assicurata, ciò sarebbe sufficiente a consentire una vera liberalizzazione del mercato.

Comunque sia, come si è visto il diritto comunitario prevede altresì ipotesi di regolamentazione asimmetrica « benigna » volta a

controbilanciare asimmetrie di mero fatto, ed è possibile arrivare a risultati di questo tipo anche in base alle norme di concorrenza applicabili alle imprese, in particolare tramite la dottrina dell'accesso alle *essential facilities*.

Questa deroga al principio di sostanziale parità di trattamento fra tutti gli operatori, ed alla filosofia fundamentalmente non interventista della Comunità, sembra però avere carattere abbastanza eccezionale. Essa sembra trovare il suo presupposto nel fatto che le asimmetrie di fatto cui si vuole porre rimedio mediante le misure asimmetriche benigne sono il portato di una precedente situazione di asimmetria giuridica « maligna » di cui certi soggetti hanno potuto beneficiare grazie all'ordinamento nazionale. In altri termini si tratta di un rimedio quasi-equitativo, o dell'applicazione di una specie di legge del contrappasso che mira ad assoggettare ad un regime asimmetrico chi si trova in una posizione di vantaggio proprio per avere beneficiato di un simile regime per tanti anni. Si tratta però di una situazione limitata, non suscettibile di estensione a situazioni dove eventuali asimmetrie di fatto siano il frutto delle normali evoluzioni della dinamica economica, e non trovino la loro radice in posizioni di vantaggio giuridico, come quelle dei vecchi organismi di telecomunicazione monopolisti. Non si tratta in altri termini dell'adesione ad una politica di *affirmative action* economica mirata a favorire l'ingresso su qualsiasi mercato, o anche solo volta a favorire l'ingresso, sul mercato prima caratterizzato da asimmetria maligna, di qualsiasi concorrente. Del resto, come la Commissione non manca mai di fare notare, lo scopo delle regole di concorrenza, ed in parte di quelle sul mercato interno, è di favorire la concorrenza, e non i concorrenti<sup>48</sup>.

---

zione all'obbligo di fornitura del servizio universale; il cons. n. 19 della dir. 96/19 che conferisce la possibilità agli Stati membri di esonerare i nuovi gestori che non abbiano ancora ottenuto un'importante presenza sul mercato dall'onere di finanziamento del servizio universale; l'art. 17.6 della proposta di direttiva che sostituisce la 95/62, che prevede la possibilità per gli Stati membri di non conformarsi a diversi

requisiti stabiliti dalla direttiva stessa, tra cui quello delle tariffe orientate ai costi, nelle zone geografiche in cui sia stata provata l'esistenza di un'effettiva concorrenza.

<sup>48</sup> Cfr. da ultimo la proposta di comunicazione in materia di applicazione delle regole di concorrenza agli accordi di interconnessione nel settore delle telecomunicazioni, GUCE C 76, dell'11 marzo 1997.