

**IL DIRITTO DELL'INFORMAZIONE E DELL'INFORMATICA**

Anno XXV Fasc. 1 - 2009

Marcello Clarich - Raffaele Cassano

---

**L'IMPOSIZIONE DEGLI OBBLIGHI  
REGOLAMENTARI *EX ANTE* NEL  
NUOVO QUADRO NORMATIVO DELLE  
COMUNICAZIONI ELETTRONICHE**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

---

MARCELLO CLARICH - RAFFAELE CASSANO

---

## L'IMPOSIZIONE DEGLI OBBLIGHI REGOLAMENTARI *EX ANTE* NEL NUOVO QUADRO NORMATIVO DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

Il progetto di riforma dell'ordinamento europeo delle comunicazioni elettroniche varato dalla Commissione<sup>1</sup> — e in particolare la proposta di modifica della direttiva quadro — non è un passo verso la *de-regulation* dei mercati.

\* Il presente lavoro riproduce con l'aggiunta di note la relazione al convegno « *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche* », Fondazione Cesifin Alberto Predieri, Firenze, 13 giugno 2008.

<sup>1</sup> Alla data del Convegno, il « pacchetto » dei provvedimenti proposti dalla Commissione per riformare il settore delle comunicazioni elettroniche constava, principalmente, della « *Proposta di direttiva recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica* »; della « *Proposta di direttiva recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione per la tutela dei consumatori* »; della « *Proposta di regolamento che istituisce un'Autorità europea del mercato delle comunicazioni elettroniche* » (proposte tutte presentate nel testo definitivo il 13 novembre 2007); nonché della già vigente « *Raccomandazione della Commissione, del 17 dicembre 2007, relativa ai mercati*

*rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica* ». Successivamente, il 7 novembre 2008, la Commissione Europea ha presentato nuovi testi legislativi nel quadro del pacchetto di riforma del settore delle comunicazioni elettroniche, per tenere conto del voto del Parlamento Europeo del 24 settembre 2008 e di alcune perplessità emerse nella discussione nella sede del Consiglio. Il 27 novembre 2008 è stato infine raggiunto un accordo unanime tra i ventisette Paesi membri sul progetto di riforma, del quale è prevista l'adozione definitiva entro il 2009. Tra le principali novità rispetto al testo originario della Commissione Europea, si segnala il rafforzamento del diritto dei consumatori alla trasparenza delle condizioni economiche del servizio. Sono state invece accantonate alcune fra le proposte più importanti avanzate dalla Commissione, come l'istituzione di un'Autorità europea per il mercato delle comunicazioni elettroniche. Inoltre, anche il remedy della separazione funzionale viene in parte limitato rispetto alla portata inizialmente ipotizzata, essendo rimesso alle valutazioni dei Paesi membri, che potranno attuarlo solo in circostanze eccezionali, per problemi di concorrenza nel mercato « importanti e persistenti ».

La relazione di accompagnamento<sup>2</sup> della proposta di direttiva sottolinea, del resto, come la concorrenza nei mercati delle tlc nell'Unione europea si presenti tuttora in condizioni tali da non consentire sostanziali allentamenti della pressione regolatoria sulle imprese dominanti. Il presupposto della regolazione continua, cioè, a risiedere nelle differenze di potere di mercato tra le imprese ex-monopoliste e gli operatori nuovi entranti. Basti pensare che la quota delle imprese *incumbent* nell'offerta di servizi telefonici di rete fissa è, in media pari al 65,8%, mentre quella nei servizi a banda larga oscilla tra il 55 e il 65%.

La regolazione viene tuttavia ad assumere, nel disegno della *review* del 2007, un'identità più matura, focalizzandosi sui problemi che pregiudicano lo sviluppo della concorrenza nel settore delle comunicazioni. Pertanto, ai regolatori si chiede più velocità nell'adozione di provvedimenti cruciali per le sorti della concorrenza, maggiore uniformità a livello europeo e, in definitiva, un approccio il più possibile *market-oriented*.

Siffatti obiettivi sono riassunti nel titolo del par. 3 della Relazione della Commissione dell'11 novembre 2007 sull'esito del riesame del quadro normativo comunitario (« *Migliore regolamentazione per comunicazioni elettroniche competitive* »); e in termini ancor più nitidi nel par. 3.1 (« *Riorientare la regolamentazione ex ante sui problemi restanti in materia di concorrenza e mercati* ») della stessa relazione.

Nella nuova impostazione regolatoria, un ruolo chiave è assunto dai criteri per l'applicazione degli « obblighi specifici » di regolamentazione *ex ante* (trasparenza, non discriminazione, accesso, separazione contabile, controllo dei prezzi e contabilità dei costi) applicati a carico delle imprese dominanti. A questo riguardo, l'esperienza applicativa del quadro del 2002 ha evidenziato soprattutto un aspetto critico. Le autorità nazionali sono state impegnate da procedure complesse e articolate (anche tenendo conto delle garanzie partecipative rafforzate e di quel modello di « concerto regolamentare europeo »<sup>3</sup> previsti anche dagli artt. 11 e 12 del Codice delle comunicazioni elettroniche), senza poter concentrare la propria attenzione sui settori di mercato effettivamente meritevoli di un correttivo regolamentare.

Le autorità di regolamentazione hanno infatti dovuto misurarsi in 18 diverse procedure di analisi dei mercati (a volte, per conclu-

<sup>2</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 13 novembre 2007 - Relazione sull'esito del riesame del quadro normativo comunitario per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica a

norma della direttiva 2002/21/CE e sintesi delle proposte di riforma del 2007 [COM(2007) 696 definitivo - Non pubblicata nella Gazzetta ufficiale].

<sup>3</sup> Così S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 689 ss.

dere che nessun operatore detiene significativo potere su un dato mercato<sup>4</sup>), in una sorta di « giostra regolatoria » permanente. Non appena conclusa una procedura di analisi di mercato si approssimava il termine di 18 mesi per lo svolgimento di un'analisi nuova, spesso in contesti di mercato profondamente innovati nella loro stessa struttura commerciale e tecnologica.

Sul piano strettamente « burocratico », le Autorità nazionali sono, nel complesso, riuscite a conformarsi al modello previsto dalla disciplina europea (direttiva quadro), se si considera il numero esiguo di procedure di infrazione avviate nei confronti di uno Stato membro per non aver compiuto tempestivamente l'analisi di un mercato rilevante (nessuna delle quali ha interessato il nostro Paese).

A fronte di tale efficienza procedimentale, gli equilibri della concorrenza risultano però ancora piuttosto fragili, non essendo venuti meno una serie di fattori strutturali che tuttora ingessano i mercati, che per certi versi si presentano in condizioni sommate analoghe a quelle risalenti ai tempi della precedente riforma comunitaria del 2002.

---

**(SEGUE): LA RIDUZIONE DEI MERCATI RILEVANTI SUSCETTIBILI DI REGOLAMENTAZIONE EX ANTE.**

---

Il primo ostacolo che la Commissione europea ha rimosso, sulla strada della maggiore efficienza della regolazione, è di natura quantitativa. È stato ridotto, infatti, il numero dei mercati rilevanti suscettibili di regolamentazione *ex ante*. In particolare, la sopra ricordata Raccomandazione della Commissione europea del 17 dicembre 2007, « *relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE* » ha previsto che la regolazione si concentri sui mercati all'ingrosso, e cioè soprattutto là dove sorgono le criticità maggiori sul piano concorrenziale, ovvero nel controllo delle infrastrutture di accesso essenziali per la fornitura di servizi *retail* agli utenti finali e nelle condizioni economiche che gli operatori dominanti impongono ai propri concorrenti per usufruirne.

Se così è, i « *controlli normativi sui servizi al dettaglio* » (attualmente previsti dall'art. 67 del Codice delle comunicazioni elettroniche) vengono limitati a quei casi in cui le autorità nazionali ritengono che « *le pertinenti misure relative alla vendita all'ingrosso o alla selezione o preselezione del vettore non consentano*

---

<sup>4</sup> È il caso dell'analisi del mercato n. 15 dell'accesso e della raccolta delle chiamate nelle reti telefoniche pubbliche

mobili, conclusasi con la delibera dell'Agcom n. 46/06/CONS.

*di raggiungere l'obiettivo di garantire una concorrenza effettiva e tutelare l'interesse pubblico* » (considerando n. 15 della della medesima Raccomandazione).

L'elenco annesso alla Raccomandazione limita a sette i mercati suscettibili di regolazione *ex ante* e, fra i servizi al dettaglio, prevede il solo mercato dell'accesso alla rete telefonica pubblica (il quale è tuttora dominato, un po' ovunque in Europa, dall'operatore storico); ciò al fine di concentrare gli sforzi delle autorità di regolamentazione sui mercati connotati da «*forti ostacoli non transitori all'accesso* » (considerando n. 5 della proposta di direttiva).

La riduzione dei mercati rilevanti, non preclude, peraltro, l'effettuazione di controlli, anche stringenti, delle Autorità nazionali sui servizi *retail* degli operatori dominanti, al fine di verificare che questi ultimi non sfruttino abusivamente la propria condizione di operatori verticalmente integrati (presenti, cioè, su entrambi i versanti *retail* e *wholesale* della filiera produttiva) ponendo in essere pratiche di compressione dei margini (cd. *price squeeze*<sup>5</sup>) a danno degli operatori concorrenti.

A questo riguardo anche il T.A.R. Lazio<sup>6</sup>, pronunciandosi in merito alla legittimità di alcuni obblighi di controllo dei prezzi *retail* dell'impresa *incumbent* per stimolare la concorrenza nel mercato *wholesale* della banda larga, ha chiarito che non si devono confondere «*le misure imposte con riferimento ad un determinato mercato ... e funzionali a soddisfare esigenze proprie di esso (nella specie, ricondurre in limiti fisiologici e compatibili con il principio di tutela della concorrenza il potere di Telecom nell'offerta dei servizi a banda larga all'ingrosso) con gli effetti parimenti vantaggiosi che nella suddetta ottica di contenimento dello strapotere di un operatore incumbent potrebbero ottenersi in un altro mercato* ». Con la conseguenza che, nell'imporre la replicabilità delle offerte *retail* dell'impresa ex-monopolista, l'Agcom aveva inteso non tanto «*creare un nuovo mercato (quello dell'accesso a banda larga al dettaglio), quanto disciplinare quello costituente il suo oggetto come innanzi specificato, sia pure nell'intento di creare i presupposti per evitare il verificarsi di determinati effetti, pregiudizievoli per la concorrenza in un diverso ambito* ».

<sup>5</sup> Il fenomeno è tipizzato nella Comunicazione della Commissione europea 98/C 265/02, sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni, che al paragrafo 118 sottolinea che «*In casi particolari, è possibile dimostrare l'esistenza di una compressione dei prezzi evidenziando che il margine tra la tariffa praticata per l'accesso ai concorrenti nel mercato a valle (comprese le eventuali di-*

*visioni operative a valle dell'impresa dominante) e la tariffa fissata dall'operatore della rete nel mercato a valle non consente ad un fornitore di servizi ragionevolmente efficiente nel mercato a valle di operare con normali livelli di profitto (a meno che l'impresa dominante non possa dimostrare che le proprie divisioni operative a valle sono eccezionalmente efficienti)* ».

<sup>6</sup> T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, Sentenza 23 maggio 2008, n. 4869.

Il minor numero di procedure di analisi di mercato dovrebbe peraltro garantire una maggiore tempestività delle stesse, e dunque una maggiore incisività di obblighi specifici spesso prefigurati in « proposte di provvedimento » destinate a divenire efficaci dopo una gestazione di oltre dodici mesi.

Allo stesso modo, la riforma comunitaria in questione dovrebbe limitare l'esercizio dei poteri cautelari delle Autorità nazionali (previsti dal Codice delle comunicazioni elettroniche all'art. 12, comma 6) ai casi di effettiva necessità. Ciò in linea, del resto, con l'indirizzo restrittivo dettato dal T.A.R. Lazio<sup>7</sup> che, nell'annullare le misure urgenti disposte dall'Agcom nel mercato dell'accesso alle cosiddette numerazioni non geografiche, ha richiamato quel « principio generalissimo ed espressivo di civiltà giuridica per il quale non è consentito alle Pubbliche amministrazioni fare ricorso a provvedimenti di urgenza, con palesi danni per i suoi destinatari, quando l'urgenza di provvedere con procedimenti extra ordinem è conseguente a deficienze funzionali delle proprie strutture operative ».

**(SEGUE): IL NUOVO RUOLO DELLA COMMISSIONE EUROPEA NEL PROCESSO DI APPLICAZIONE DEI REMEDIES.**

Il testo attuale dell'art. 7 della direttiva quadro delinea una relazione organizzativa tra la Commissione europea e le Autorità regolatrici dei paesi membri ispirata alla concertazione degli indirizzi regolamentari, perseguita attraverso procedure che prevedono la trasmissione degli schemi di provvedimento che concludono le analisi di mercato alla Commissione europea, chiamata a formulare le proprie osservazioni.

Come noto, lo stesso art. 7 limita però le possibilità della Commissione europea di incidere (attraverso l'imposizione di un vero e proprio potere di veto, seppur temporaneo) sulle politiche di regolazione dei singoli Paesi membri, a soli due casi: la definizione di un mercato rilevante diverso da quelli elencati nelle Raccomandazioni comunitarie e la designazione di un operatore come detentore di significativo potere di mercato.

Tuttavia, le principali « tensioni » regolatorie e concorrenziali non si manifestano tanto nella definizione di un mercato rilevante (tema su cui le Raccomandazioni della Commissione forniscono indicazioni univoche) o in merito alla designazione degli operatori SMP (a livello nazionale, il solo caso in cui tale profilo è parso davvero controverso riguarda il mercato n. 15 dell'accesso da rete mo-

<sup>7</sup> T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, Sentenza 13 luglio 2007 n. 6348.

bile, e in particolare la possibilità di configurare una dominanza congiunta da parte dei primi tre operatori di questo mercato).

Viceversa, proprio l'imposizione degli obblighi (anzi: le modalità di attuazione degli obblighi, perché più che l'imposizione del rimedio del controllo dei prezzi, per esempio, conta la scelta discrezionale del prezzo massimo che effettivamente viene imposto a un operatore) costituisce il fronte di principale rilievo per gli equilibri competitivi di un mercato.

In questo ambito, le attuali armi della Commissione europea con riferimento all'individuazione degli obblighi di regolamentazione più appropriati e proporzionati per fronteggiare le questioni concorrenziali appaiono adeguate — seppur compensate da un esercizio di poteri di *moral suasion*: si pensi, da ultimo, al serrato confronto tra Commissione e Agcom in tema di prezzi di terminazione, e alle continue sollecitazioni dell'organo comunitario verso un generalizzata riduzione di tali tariffe<sup>8</sup>.

In questo caso, infatti, la Commissione non dispone oggi neppure del potere di invitare l'Autorità nazionale a emanare una nuova deliberazione che tenga conto dei rilievi formulati a livello comunitario. Ciò, peraltro, ha generato discrasie sul piano comunitario fra i livelli delle tariffe di accesso alla rete degli operatori dominanti. Per esempio, le tariffe di terminazione oscillano dai 2,25 eurocent al minuto a Cipro ai 16,49 eurocent in Polonia.

Per questa ragione, la proposta di modifica della direttiva quadro prevede un nuovo meccanismo di « *consolidamento del mercato interno delle comunicazioni elettroniche* », instaurando un monitoraggio stretto da parte della Commissione. E soprattutto, in base al nuovo art. 7, anche l'imposizione, modifica o revoca di « *un obbligo imposto a un operatore in applicazione dell'articolo 16, in combinato disposto con gli articoli 5 e da 9 a 13 della direttiva 2002/19/CE (direttiva accesso) e con l'articolo 17 della direttiva 2002/22/CE (direttiva servizio universale)* » potrà essere soggetta, qualora « *influenzi gli scambi commerciali tra Stati membri e la Commissione ha comunicato all'autorità nazionale di regolamentazione che il progetto di misura creerebbe una barriera al mercato unico o dubita seriamente della sua compatibilità con il diritto comunitario e in particolare con gli obiettivi di cui all'articolo 8* », a un divieto di adozione da parte dell'autorità nazionale per « *ulteriori due mesi* ».

Anche nel nervo cruciale della regolazione, e cioè nella scelta discrezionale degli obblighi più proporzionati, la proposta di ri-

<sup>8</sup> Sollecitazioni sostanzialmente recepite dall'Autorità, che con i propri provvedimenti più recenti relativi al mercato

n. 16 della terminazione delle chiamate vocali su singole reti mobili ha sostanzialmente

forma innesta dunque il principio della regolazione monitorata. Il concerto regolamentare acquista una nuova dimensione, garantendo maggiore omogeneità regolatoria a livello europeo, a beneficio della stessa certezza del diritto.

Sullo sfondo di questa riforma, si profila un rapporto diverso tra regolazione e concorrenza. Infatti, se i rimedi regolamentari rientrano tuttora nella accezione di « concorrenza in senso dinamico » ripresa anche dalla giurisprudenza costituzionale<sup>9</sup>, essi non avranno più quel profilo, in parte emerso in alcuni provvedimenti degli anni passati, di « soccorso incondizionato » agli operatori nuovi entranti, che potranno fruire di prezzi orientati al costo per l'accesso alla rete degli incumbent solo in presenza di condizioni effettivamente critiche per la concorrenza nel mercato.

Su questa linea, peraltro, appare essersi attestata anche la giurisprudenza amministrativa. In particolare il Consiglio di Stato, pur riconoscendo l'opportunità di prezzi di interconnessione « asimmetrici » tra l'ex-monopolista e i suoi concorrenti, ha sottolineato « l'esigenza di stabilire un percorso regolamentare certo nei tempi, che induca gli stessi operatori alternativi a diventare efficienti nel tempo »<sup>10</sup>.

#### (SEGUE): L'OBBLIGO DELLA SEPARAZIONE FUNZIONALE.

Nell'attuale ordinamento delle comunicazioni elettroniche gli obblighi specifici di regolamentazione sono tipici e non contemplano la misura della cosiddetta separazione funzionale fra le soluzioni a disposizione delle autorità nazionali, obbligo che consiste — come noto — nel conferimento a una unità commerciale che operi in modo indipendente di tutte le attività connesse alla gestione della rete d'accesso e, dunque, ai rapporti con gli operatori concorrenti dell'impresa ex-monopolista.

Infatti, secondo l'art. 45, comma 3, del Codice delle comunicazioni elettroniche, solo in casi eccezionali l'Autorità può imporre obblighi in materia di accesso e di interconnessione « *diversi da quelli di cui agli articoli 46, 47, 48, 49 e 50* », previa approvazione della Commissione europea. Questa disposizione, peraltro, è stata comunemente interpretata in senso restrittivo, e dunque non sono

<sup>9</sup> La Corte costituzionale ha infatti rilevato che la nozione di « concorrenza » non si esaurisce negli interventi propriamente *antitrust* di competenza dell'Agcm, ma include anche le misure di regolazione volte a favorire lo sviluppo di un mercato libero e aperto. Infatti, « *la tutela della concorrenza non può essere intesa soltanto in senso statico ... ma anche in quel-*

*l'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali* » (Sentenza 13 gennaio 2004, n. 14).

<sup>10</sup> Cons. Stato, Sez. VI, Sentenza 21 settembre 2007, n. 4383.



emersi margini per applicare il rimedio della separazione funzionale attraverso lo stesso art. 45 del Codice.

Nella precedente legislatura un emendamento di iniziativa governativa (in seguito accantonato) al cosiddetto disegno di legge Bersani in materia di liberalizzazioni aveva contemplato la possibilità di attribuire all'Agcom il potere di imporre a Telecom Italia l'obbligo di separazione funzionale della rete d'accesso, previa autorizzazione della Commissione UE. Il disegno di legge aveva tuttavia sollevato dubbi<sup>11</sup> di compatibilità con il diritto comunitario, che ammette solo in casi eccezionali l'applicazione di rimedi diversi da quelli tipizzati dalla direttiva accesso.

Al livello nazionale, la vicenda connessa alla possibile separazione funzionale della rete dell'operatore dominante di rete fissa si è dunque articolata attorno all'istituto degli impegni volontari che un'impresa può assumere con l'Agcom ai sensi della legge 4 agosto 2006, n. 248.

Del resto, il ricorso a soluzioni in qualche modo concertate tra soggetti regolatori e imprese regolate sembra ricevere, da ultimo, avalli espressi anche nella giurisprudenza amministrativa, che nel pronunciarsi in merito alla legittimità dell'obbligo di restituzione del cosiddetto credito residuo agli utenti di comunicazione mobile<sup>12</sup> ha affermato la necessità di imporre obblighi precisi agli operatori (e termini per adempiervi) « *solo dopo aver ingiunto agli operatori interessati di procedimentalizzare la materia, con il preavviso di un possibile intervento sostitutivo in caso di inottemperanza* ».

Al contempo, a livello europeo il dibattito sulla separazione funzionale si è intrecciato con quello relativo alla promozione degli investimenti per la costruzione di reti di nuova generazione e facendo emergere sensibilità differenti nei singoli Paesi membri. A fronte della britannica *Ofcom* che ha imposto al dominante British Telecom di separare nella divisione *Openreach* le proprie attività wholesale, il Parlamento tedesco ha concesso all'operatore dominante una « vacanza regolatoria » dagli obblighi *ex ante*, a fronte dell'impegno di investire nelle nuove infrastrutture).

<sup>11</sup> Sul piano teorico, e dunque prima della presentazione dell'emendamento governativo, F. BRUNO e G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni. Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche*, editoria, Milano, 2006, 370, hanno osservato come un siffatto potere non potesse desumersi neppure da un'interpretazione estensiva della L. n. 481/95, nella parte in cui prevede l'emanazione di direttive per la separazione amministrativa. In senso difforme, si era invece attestata l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che già nel parere n. AS241 del 29 aprili

le 2002, reso dall'Agcom sullo schermo di provvedimento trasmesso dall'Agcom e poi emanato con la delibera n. 152/02/CONS aveva rilevato che anche l'imposizione di una separazione strutturale delle attività di rete dell'operatore ex-monopolista, « *in quanto ampiamente giustificata dal particolare rischio di esiti anticoncorrenziali dell'interazione fra gli operatori del mercato italiano* », sarebbe stata in armonia con i principi generali di concorrenza e di apertura del mercato.

<sup>12</sup> T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, Sentenza 27 febbraio 2008, n. 1773.

Nella sintesi comunitaria (proposta di introduzione di un nuovo art. 13-*bis* nella direttiva accesso) ha prevalso la valutazione di opportunità del nuovo obbligo della separazione funzionale, la cui applicazione dovrebbe peraltro svolgersi sotto il controllo della Commissione europea, chiamata ad autorizzare il *remedy*, verificandone previamente la proporzionalità alla luce delle concrete condizioni concorrenziali del mercato<sup>13</sup>.

L'istituto in commento apre, in ogni caso, scenari innovativi per la regolazione del settore, e idealmente dovrebbe favorire il superamento dei numerosi contenziosi instaurati sin dalla prima liberalizzazione del mercato e aventi a oggetto le condizioni di accesso alla rete dell'operatore dominante.

Se tali condizioni verranno definite da un soggetto neutrale, e in qualche modo terzo rispetto alla stessa impresa ex-monopolista, potrebbe dunque attenuarsi la pressione regolatoria nei mercati dei servizi finali basati sullo sfruttamento delle infrastrutture in questione.

Va tuttavia precisato che, per quanto innovativa rispetto al quadro esistente, la misura in questione si pone comunque in linea di continuità con gli altri obblighi di separazione (contabile, amministrativa, etc.) varati dalle autorità regolatrici per contenere il potere di mercato degli ex-monopolisti; e che, sul piano nazionale, aveva trovato una prima applicazione più radicale nella delibera dell'Agcom n. 152/02/CONS recante le misure «atte a garantire la piena applicazione del principio di parità di trattamento interna ed esterna da parte degli operatori aventi notevole forza di mercato nella telefonia fissa gli obblighi di parità di trattamento intero-esterno».

Lo stesso obbligo ha, appunto, un profilo funzionale, e non involge in alcun modo la separazione della proprietà della rete stessa — soluzione di stampo più dirigista, caldeggiata da esponenti dell'industria delle comunicazioni (operatori nuovi entranti, associazioni di consumatori) e che comporterebbe problemi non solo pubblicistici — per il principio costituzionale della libertà di impresa — ma anche privatistici, considerando che la rete è la maggiore garanzia a disposizione dei creditori sociali dell'impresa *incumbent*.

<sup>13</sup> Come ricordato *supra* (nota 1), la portata applicativa del *remedy* è stata in

parte rivista nell'ultima sede del Consiglio europeo del 27 novembre 2008.