

ORESTE POLLICINO

ACCESSO, INTERCONNESSIONE ED INTEROPERABILITÀ: LE NOVITÀ APPORTATE DAL RECEPIMENTO DEL « PACCHETTO TELECOM » NE CONFERMANO IL RUOLO CHIAVE NEL NUOVO ASSETTO REGOLATORIO DEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il substrato costituzionale. — 3. Le origini comunitarie dell'art. 42. — 4. L'art. 42 c. 1: l'Autorità come garante di accesso, interconnessione e interoperabilità. — 5. Gli obblighi ex art. 42, c. 2 del Codice. — 6. I comma 4 e 5. — 7. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE.

L'analisi della norma affidata all'art. 42 del D.Lgs. 259/2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche), con particolare (ma non esclusivo) riferimento alle modifiche che la stessa disposizione ha subito con il recepimento della direttiva 2009/140/CE da parte del D.Lgs. 70/2012, si propone come un'occasione per una riflessione sul ruolo che l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha assunto in uno spazio normativo contraddistinto da un'interazione crescente tra norme concorrenziali e regolamentazione tecnica.

Si tratta, peraltro, di un ambito nel quale si è assistito a un processo di riforma che ha origine in sede comunitaria e che ha preso avvio ormai da due decenni, per effetto dell'emanazione di un pacchetto di provvedimenti intesi ad assicurare la disciplina di un settore per lungo tempo sottratto alle logiche concorrenziali. E che ha visto, più di recente, l'implementazione di nuove previsioni destinate a tradurre a livello normativo il portato dell'evoluzione tecnologica che contestualmente ha ampliato il proprio raggio, producendo innumerevoli mutamenti.

La stessa adozione del Codice delle comunicazioni elettroniche (d'ora in avanti, anche « Codice ») si distingue come prodotto postumo dell'intento, emerso in sede comunitaria, di liberalizzare un mercato, quello delle reti e dei servizi di comunicazione elettro-

* Il presente saggio — come gli altri della Sezione — è stato espressamente richiesto dalla Direzione della Rivista per commentare le recenti, importanti, novità

legislative in materia di nuove tecnologie dell'informazione. Com'è prassi nei confronti di contributi sollecitati, la revisione è stata effettuata dalla Direzione stessa.

nica, appunto, in precedenza caratterizzato da una situazione di monopolio.

La liberalizzazione di questo settore, operata sulla base dell'art. 86 dell'allora vigente Trattato istitutivo della Comunità Europea («TCE»), si è perfezionata per effetto dell'implementazione di una cornice regolamentare piuttosto articolata, tesa a disciplinare vari aspetti del mercato delle comunicazioni elettroniche. Su questa base, si sono poi innestati successivi interventi, sempre di matrice europea, che hanno adeguato il sistema di regole congegnato e attuato nella prima stagione alla maggiore complessità nel frattempo raggiunta dal contesto tecnologico. Le disposizioni così maturate sono confluite, in Italia, nel Codice¹.

La seconda «ondata» di provvedimenti, in particolare, si è caratterizzata per un deciso impulso verso la convergenza², tema che non aveva goduto di un adeguato riguardo, forse per lo stato ancora *in fieri* dell'evoluzione tecnologica, nell'ambito della prima serie di interventi. Ciò si è tradotto nel superamento di quella «divergenza» che era stata osservata, anche dalla dottrina attenta al tema, tra la «disciplina delle telecomunicazioni in senso proprio, da un lato, e delle trasmissioni di contenuto dall'altro»³.

Recentemente, ulteriori modifiche sono state apportate al testo delle disposizioni previgenti, dal che ha tratto spunto l'esigenza di una riflessione sulla nuova fisionomia assunta dal Codice⁴.

¹ L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, Quaderni diretti da Sabino Cassese, Milano, 2008, p. 19, indica esattamente in due fasi il processo di formazione del quadro regolamentare confluito nel Codice delle comunicazioni elettroniche: dapprima, l'emanazione di un pacchetto di direttive di «liberalizzazione» basate sull'art. 86, c. 3, del Trattato CE e di direttive «armonizzazione» emanate in attuazione dell'art. 95 dello stesso Trattato; in secondo luogo, di un ulteriore pacchetto di direttive «di razionalizzazione» del quadro previgente. In particolare, le direttive «di liberalizzazione» comprendono la direttiva 90/388/CEE «Concorrenza delle telecomunicazioni», la direttiva 94/46/CE «Servizi via satellite», la direttiva 95/51/CE «Uso di reti televisive via cavo», la direttiva 96/2/CE «Servizi mobili» e la direttiva 96/19/CE «Full competition». Le direttive di «armonizzazione» includono la direttiva 90/387/CEE «ONP», la direttiva 97/33/CE «Interconnessione, servizio universale e interoperabilità» e la direttiva 97/51/CE «Adeguamento delle direttive 90/387 CEE e 92/44/CEE», la direttiva 98/10/CE «ONP alla telefonia vocale e

servizio universale» e la direttiva 98/6/CE «Portabilità del numero e preselezione del vettore». Le direttive di «seconda generazione», invece, annoverano la direttiva 2002/21/CE «Quadro», la direttiva 2002/20/CE «Autorizzazioni», la direttiva 2002/19/CE «Accesso» e la direttiva 2002/22/CE «Servizio universale».

² V. FRANCESCHELLI, *La Convergenza nelle telecomunicazioni ed il diritto d'autore nella società dell'informazione*, Milano, 2009.

³ Così L. RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in *Mercato Concorrenza Regole*, III, 2002, p. 562.

⁴ Si tratta, segnatamente, delle modifiche derivate dall'attuazione di un nuovo pacchetto di direttive, comprensivo della direttiva 2009/140/CE «in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica», della direttiva 2009/136/CE «in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata». La prima, in particolare, ha introdotto importanti innovazioni in tre delle quattro direttive «di razionalizzazione» emanate nel 2002, vale a dire alla direttiva «Autorizzazioni», alla direttiva «Accesso» e alla direttiva «Servizio universale».

In particolare l'articolo 42, come si diceva, è stato toccato dalle recentissime modifiche apportate dal D.Lgs. n. 70 del 28 maggio 2012 al Codice che ha recepito la direttiva 2009/140 in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica.

2. IL SUBSTRATO COSTITUZIONALE.

Prima di ogni approfondimento, merita di essere sottolineata, al di là della stretta derivazione europea delle disposizioni in commento, l'impronta costituzionale che esse sottendono, che si evince dalla lettura dell'art. 3 del Codice. Tale norma, al c. 1, esplicita infatti come l'obiettivo delle norme contenute nel Codice si estrinsechi nella protezione tanto della « libertà delle persone nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica », quanto del « diritto di iniziativa economica » e del suo esercizio i regime di concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche. Entrambi i diritti sono descritti come « inderogabili ».

Il primo tra questi costituisce una delle molteplici proiezioni, nell'ambito della società digitale, della libertà di manifestazione del pensiero. La messa a disposizione o l'utilizzo di reti e/o servizi di comunicazione elettronica, infatti, concretano alcune delle possibili modalità attraverso le quali la libertà sancita dall'art. 21 della Costituzione trova espressione e attuazione (si pensi, in particolar modo, al diritto all'informazione, sia nella sua declinazione attiva — inteso come diritto a offrire informazioni — sia nella proiezione passiva — concepito come diritto della collettività a ricevere informazioni, quindi a essere informata). E ciò, anche come presupposto di un sistema informativo di stampo pluralistico.

In secondo luogo, anche la libertà di iniziativa economica conosce un nuovo terreno d'elezione, trovando applicazione le regole concorrenziali in un settore in precedenza sottoposto a un regime di monopolio.

In quest'ottica, non può essere taciuto come il processo di liberalizzazione che ha interessato il mercato delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica abbia rappresentato un passaggio di cruciale importanza con riguardo all'effettivo godimento di entrambe le libertà menzionate: da un lato, come si è già rilevato, ampliando le opportunità che i cittadini derivano dall'uso, in molteplici forme, delle comunicazioni elettroniche, dall'altro, assicurando a un regime di libera competizione il confronto tra operatori, presupposto per un miglioramento dell'offerta qualitativa.

Merita inoltre rendere conto del particolare accento che il legislatore del Codice ha voluto porre per evidenziare l'importanza strategica della fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica, attività che viene descritta, dall'art. 3 c. 2, come « di interesse generale », e che proprio per questo, come puntualmente rilevato

dalla dottrina, è sì « libera »⁵, « ma, al contempo, sottoposta alle regole derogatorie rispetto al diritto comune fissate nel Codice »⁶.

Si tratta di un inciso fondamentale, che chiarisce come l'ordinamento formatosi in quest'ambito, se si fonda sulle norme di diritto comune in materia di concorrenza, per altro verso integra (anche) una disciplina di carattere speciale, che trae origine e fondamento dal carattere atipico del settore⁷.

Per quanto ogni riferimento al terreno costituzionale risulti estraneo al dettato dell'art. 42, le osservazioni che precedono si rivelano essenziali ai fini del corretto inquadramento del ruolo che l'Autorità esercita, sia in termini generali nell'ambito della disciplina delle comunicazioni elettroniche, sia con specifico riferimento alla tutela dell'accesso, dell'interconnessione e dell'interoperabilità dei servizi. Triade che esplica, come si avrà a esporre nei paragrafi seguenti, un ruolo cruciale nel nuovo assetto regolatorio delle comunicazioni elettroniche e alla cui garanzia di effettività appare orientata la disciplina contenuta nel Codice ed, in particolare, il suo capo III, al cui interno si inserisce l'art. 42 che ci si accinge in questa sede a commentare.

Appare dunque evidente sin d'ora come l'Autorità acquisisca, similmente a quanto accade in altri ambiti, come per esempio quello della tutela del diritto d'autore, un ruolo di essenziale importanza, volto ad assicurare la massima effettività di quei principi (accesso, interconnessione, interoperabilità) che forse possono essere considerati come la declinazione tecnica dei valori costituzionali sopra ricordati (libertà di manifestazione del pensiero e libera iniziativa economica) nell'ordinamento delle comunicazioni elettroniche.

3. LE ORIGINI COMUNITARIE DELL'ART. 42.

Una volta chiarite le premesse per il corretto inquadramento della disciplina contenuta nel Codice, è necessario procedere all'esame della disciplina prevista dall'art. 42, sia nel suo testo originario che in quello corrente, nonché delle fonti comunitarie che hanno costituito la base per la sua attuazione nell'ordinamento nazionale. Nel compiere questa indagine si assumerà, in primo luogo, come oggetto di indagine la versione originaria della norma, al fine di verificare come il legislatore italiano abbia recepito le disposizioni contenute nelle direttive comunitarie rilevanti; in secondo luogo, si esamineranno le modifiche recentemente introdotte nel testo, al fine di comprendere quali motivi, in aggiunta a quelli iniziali, siano ora sottesi all'art. 42 e quali implicazioni potrà provocare la novella.

⁵ SALTARI, *op. cit.*, p. 21.

⁶ *Ibidem.*

⁷ *Ibidem*, p. 22.

La norma affidata all'art. 42, come anticipato, si inserisce nel capo III del Codice, e segnatamente nella sezione I. Il capo III del Codice è dedicato ad «Accesso ed interconnessione» e la sezione I contiene le «Disposizioni generali» su questo tema, che comprendono gli artt. 40, 41 e 42.

L'art. 40 descrive il quadro di riferimento generale per l'accesso e l'interconnessione, prevedendo, come già è stato illustrato, che gli operatori «possono negoziare tra loro accordi sulle disposizioni tecniche e commerciali relative all'accesso e all'interconnessione» e che «l'operatore costituito in un altro Stato membro che richiede l'accesso o l'interconnessione nel territorio nazionale non necessita di un'autorizzazione ad operare in Italia, qualora non vi fornisca servizi o non vi gestisca una rete». Inoltre, «l'Autorità anche mediante l'adozione di specifici provvedimenti garantisce che non vi siano restrizioni che impediscano alle imprese accordi di interconnessione e di accesso».

La norma contenuta nella disposizione successiva, che definisce i diritti e gli obblighi degli operatori, è stata recentemente riformata e stabilisce che «gli operatori autorizzati alla fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico hanno il diritto e, se richiesto da altri operatori titolari di un'autorizzazione [...] l'obbligo di negoziare tra loro l'interconnessione ai fini della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, allo scopo di garantire la fornitura e l'interoperabilità dei servizi in tutta l'Unione europea. Gli operatori offrono l'accesso e l'interconnessione ad altri operatori nei termini e alle condizioni conformi agli obblighi imposti dall'Autorità». Nel testo di questa norma fa la sua comparsa il concetto assai innovativo, vale a dire la nozione di «interoperabilità». Sul senso e sulla portata di questo elemento, ci si soffermerà oltre.

A questo punto segue l'art. 42, che descrive i poteri e le competenze dell'Autorità in materia di accesso e di interconnessione. Nella sua attuale fisionomia, la norma dispone così (in grassetto le modifiche inserite dalla novella):

«1. Nel perseguire gli obiettivi stabiliti dall'articolo 13, l'Autorità incoraggia e garantisce forme adeguate di accesso, interconnessione e interoperabilità dei servizi, esercitando le proprie competenze in modo da promuovere l'efficienza economica e una concorrenza sostenibile, *investimenti efficienti e l'innovazione* e recare il massimo vantaggio agli utenti finali.

2. Fatte salve le misure che potrebbero essere adottate nei confronti degli operatori che detengono un significativo potere di mercato ai sensi dell'articolo 45, l'Autorità può imporre:

a) l'obbligo agli operatori che controllano l'accesso agli utenti finali, compreso, in casi giustificati, e qualora non sia già previsto, l'obbligo di interconnessione delle rispettive reti, nella misura necessaria a garantire l'interconnessione da punto a punto e valutati i servizi intermedi già resi disponibili;

a-bis) in casi giustificati e nella misura necessaria, gli obblighi per le imprese che controllano l'accesso degli utenti finali, onde rendere interoperabili i propri servizi;

b) l'obbligo agli operatori di garantire l'accesso alle altre risorse di cui all'allegato n. 2, parte II, a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, nella misura necessaria a garantire l'accesso degli utenti finali ai servizi radiofonici e televisivi digitali indicati nell'allegato n. 2.

[3. Abrogato].

4. Gli obblighi e le condizioni imposti ai sensi dei commi 1 e 2 sono obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori e sono applicati conformemente alla procedura di cui agli articoli 11, 12 e 12-bis.

5. Ove giustificato, l'Autorità può, di propria iniziativa, intervenire in materia di accesso e interconnessione *di cui ai commi 1 e 2* al fine di garantire il conseguimento degli obiettivi previsti all'articolo 13, sulla base delle disposizioni del presente Capo e secondo le procedure di cui agli articoli 11, 12, 23 e 24 ».

Si impone, prima di tutto, di verificare come si sia addivenuti al quadro definito dall'art. 42 del Codice.

Le disposizioni ivi contenute trovano la loro ragion d'essere nelle previsioni, da un lato, della direttiva 2002/21/CE, nota come « direttiva quadro », proprio perché istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica; dall'altro, della direttiva 2002/19/CE, denominata a sua volta « direttiva accesso », in quanto « relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime ».

Motivo ispiratore di questo pacchetto di direttive, come già si è detto, è stato l'intento di garantire una concorrenza effettiva nel settore delle telecomunicazioni, all'esito della transizione, ormai completata, dal regime di monopolio a quello di mercato⁸. La convergenza delle telecomunicazioni, dei media e dell'informazione ha comportato l'esigenza di sottoporre questo settore a un unico quadro normativo⁹, mantenendo tuttavia una netta separazione fra disciplina dei mezzi di trasmissione e disciplina dei contenuti, che rimane esclusa dall'ambito applicativo delle direttive « particolari ». Sempre tra i considerando della direttiva quadro si legge che « le radiofrequenze sono una risorsa essenziale per i servizi di comunicazione elettronica via radio e, nella misura in cui sono utilizzate per tali servizi, esse dovrebbero essere ripartite ed assegnate dalle autorità nazionali di regolamentazione in funzione di una serie di obiettivi e principi armonizzati che ne disciplinino l'a-

⁸ Si v. il considerando n. 1, direttiva 2002/21/CE.

⁹ Si v. il considerando n. 5, direttiva 2002/21/CE.

zione, nonché secondo criteri trasparenti, non discriminatori ed obiettivi che tengano conto degli interessi democratici, sociali, linguistici e culturali connessi con l'uso della frequenza»¹⁰.

In termini generali, una prima disciplina inerente alle autorità di regolamentazione si ritrova nell'art. 3 della direttiva quadro, laddove vengono posti alcuni principi che gli Stati membri sono tenuti a osservare in sede di recepimento. Particolare enfasi è data alla necessità che le autorità rivestano i caratteri di indipendenza e siano giuridicamente distinte nonché funzionalmente autonome rispetto agli organismi che forniscono servizi o reti di comunicazione elettronica. Imparzialità e trasparenza devono costituire i principi ai quali informare l'operato delle autorità. Inoltre, è richiesta una stretta cooperazione tra le autorità di regolamentazione e autorità nazionali garanti della concorrenza.

La direttiva accesso, da parte sua, presenta un impatto più diretto rispetto al contenuto dell'art. 42 del Codice, essendo volta ad armonizzare « le modalità secondo le quali gli Stati membri disciplinano l'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e l'interconnessione delle medesime »¹¹. Il testo propone da subito uno spunto dirimente circa il significato di « accesso », poiché il terzo considerando così dispone: « il termine “accesso” ha molte accezioni ed è pertanto necessario definire con esattezza in che senso esso è impiegato nell'ambito della presente direttiva [...] Un operatore di rete può possedere la rete o le infrastrutture di base, oppure ancora affittare parte o la totalità delle stesse ». Altro inciso programmatico di grande momento è contenuto nel quinto considerando: « in un mercato aperto e concorrenziale non dovrebbero esistere restrizioni che impediscano alle imprese di negoziare tra loro accordi in materia di accesso e di interconnessione, e in particolare accordi transfrontalieri, nel rispetto delle regole di concorrenza previste dal trattato. Per realizzare un autentico mercato paneuropeo caratterizzato da una maggiore efficienza, da una concorrenza effettiva, da più ampie possibilità di scelta e da servizi concorrenziali per i consumatori, è necessario che le imprese che ricevono richieste di accesso o di interconnessione concludano in linea di principio tali accordi su base commerciale e negozino in buona fede ».

Particolare attenzione è posta anche sulla necessità di un regolare funzionamento del mercato, anche in considerazione delle differenze di potere negoziale che caratterizzano la posizione degli operatori presenti nel settore delle telecomunicazioni. A questo proposito, il sesto considerando si esprime nei seguenti termini: « le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero poter ga-

¹⁰ Si v. il considerando n. 19, direttiva 2002/21/CE.

¹¹ Art. 1, direttiva 2002/19/CE.

rantire che, in caso di fallimento del negoziato commerciale, gli utenti finali possano comunque disporre di un adeguato livello di accesso e di un'interconnessione e di interoperabilità dei servizi». Accesso, interconnessione e interoperabilità, quindi, risuonano nelle parole del legislatore europeo come valori fondamentali meritevoli di tutela nell'ambito dello sfruttamento dei servizi e delle reti di comunicazione elettronica da parte degli utenti finali, al punto da legittimare un intervento a loro garanzia delle autorità di regolazione allorché la libertà negoziale tra gli operatori non sortisca esiti favorevoli.

Altro importante riferimento è contenuto nel nono considerando, dove si specifica che «l'interoperabilità va a beneficio degli utenti finali ed è un importante obiettivo di questo contesto regolamentare. Incoraggiare l'interoperabilità è uno degli obiettivi delle autorità nazionali di regolamentazione previsti in questo contesto».

Significativo è anche il diciannovesimo considerando: «l'obbligo di consentire l'accesso all'infrastruttura di rete può essere giustificato in quanto mezzo per accrescere la concorrenza. Le autorità nazionali di regolamentazione devono tuttavia garantire un equilibrio tra i diritti del proprietario di un'infrastruttura a sfruttarla a proprio beneficio, e i diritti di altri prestatori di servizi ad accedere a risorse essenziali per la fornitura di servizi concorrenti. Qualora siano imposti agli operatori obblighi in base ai quali essi siano tenuti a soddisfare richieste fondate di accesso agli elementi della rete e alle risorse correlate e di uso dei medesimi, tali richieste possono essere respinte soltanto in base a criteri obiettivi quali la fattibilità tecnica o la necessità di preservare l'integrità della rete». E, in ogni caso, «L'obbligo di concedere l'accesso imposto dalle autorità nazionali che, a breve termine, accresce il livello di concorrenza, non deve disincentivare i concorrenti dall'effettuare investimenti in risorse alternative che, a lungo termine, garantirebbero un livello di concorrenza più elevato».

Sono questi i motivi ispiratori che hanno trovato luogo di attuazione e di traduzione normativa nel Codice e che si ritrovano senz'altro nella disposizione in commento.

4. L'ART. 42 C. 1: L'AUTORITÀ COME GARANTE DI ACCESSO, INTERCONNESSIONE E INTEROPERABILITÀ.

Una volta chiarito il contesto in cui si inserisce l'implementazione del Codice e i motivi di fondo sottesi a questa disciplina, è possibile procedere a esaminare il contenuto precettivo proprio dell'art. 42.

La norma affidata al c. 1 impone all'Autorità di «incoraggiare e garantire forme adeguate di accesso, interconnessione e interoperabilità dei servizi» nel perseguimento degli obiettivi indicati dall'art. 13.

Il corretto intendimento di questo disposto presuppone che siano chiariti, prima di tutto, il significato e la portata dei concetti di accesso, interconnessione e interoperabilità¹².

L'accesso, in primo luogo. Già il terzo considerando della direttiva quadro evocava la varietà delle possibili declinazioni della nozione di accesso, così segnalando l'esigenza di un intervento definitorio sul punto. Il compito di enucleare una nozione di accesso rilevante nell'ambito delle comunicazioni elettroniche è stato assolto non già dalla direttiva quadro, ma proprio dalla direttiva accesso, il cui c. 2, lett. a), fornisce una definizione che è stata puntualmente riprodotta dall'art. 1, lett. b) del Codice. Per accesso si intende: «il fatto di rendere accessibili risorse o servizi di un operatore a determinate condizioni, su base esclusiva o non esclusiva, per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica; comprende, tra l'altro, l'accesso: agli elementi della rete e alle risorse correlate, che può comportare la connessione di apparecchiature con mezzi fissi o non fissi, ivi compreso in particolare l'accesso alla rete locale nonché alle risorse e ai servizi necessari per fornire servizi tramite la rete locale; all'infrastruttura fisica, tra cui edifici,

¹² Giova richiamare, a questo proposito, la trattazione di F. BRUNO-G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni. Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche, editoria*, Milano, 2006, pp. 312 e ss., che propone un percorso ricostruttivo in chiave storica delle definizioni normative e dei significati assunti dalle nozioni di accesso e interconnessione nell'ambito del processo che in Italia ha condotto alla liberalizzazione del mercato delle reti e dei servizi di telecomunicazioni elettroniche: «Nell'originario progetto di realizzazione di un mercato comunitario per i servizi di comunicazione [...] non si contemplava l'immediato venire meno dei diritti speciali ed esclusivi concessi da uno Stato membro ad uno o più organismi (pubblici o privati) per l'installazione e la gestione della rete pubblica di telecomunicazioni. La concorrenza avrebbe potuto, invece, dispiegarsi nell'offerta di servizi diversi dalla telefonia vocale, ossia i servizi di trasmissione dati a commutazione di pacchetto e di circuito ed i servizi per i c.d. gruppi chiusi di utenti. Perciò le Direttive disciplinavano "l'armonizzazione delle condizioni per l'accesso e l'uso libero ed efficace delle reti pubbliche e, laddove applicabile, dei servizi pubblici di telecomunicazioni" (articolo 1, comma 1 direttiva n. 90/387/CEE) che dovevano consentire ai nuovi operatori di servizi di telecomunicazioni non vocali di utilizzare, nei limiti della sicurezza di funzionamento e di mantenimento dell'in-

tegrità della rete, l'infrastruttura pubblica di telecomunicazioni gestita in monopolio legale. Al contrario, non appariva necessaria una disciplina dell'interconnessione, attesa la totale assenza di reti alternative da connettere al fine di consentire agli ipotetici utenti di un operatore alternativo di comunicare con i clienti di altro operatore. Solo successivamente, con la direttiva n. 95/62/CE, con la direttiva n. 96/2/CE che modifica la [...] direttiva n. 90/388/CE in relazione alle comunicazioni mobili e personali e, più compiutamente, con la Direttiva della Commissione n. 96/19, con la quale si infrangeva il paradigma del monopolio legale nella installazione e fornitura di reti di telecomunicazioni e nell'offerta del servizio di telefonia vocale, il concetto di interconnessione assurgeva ad un ruolo centrale nell'imminente processo di liberalizzazione avviato a livello comunitario. In questo nuovo scenario, che intendeva incentivare lo sviluppo di infrastrutture alternative a partire dal 1° luglio 1996 e liberare dal vincolo del monopolio legale la telefonia vocale a partire dal 1° gennaio 1998 l'interconnessione viene definita come "il collegamento fisico e logico delle infrastrutture di telecomunicazioni degli organismi che forniscono reti e/o servizi di telecomunicazioni onde consentire agli utenti di un organismo di comunicare con gli utenti dello stesso organismo o di un altro o di accedere ai servizi prestati da organismi terzi" ».

condotti e piloni; ai pertinenti sistemi *software*, tra cui i sistemi di supporto operativo; ai servizi di traduzione del numero o a sistemi che svolgano funzioni analoghe; alle reti fisse e mobili, in particolare per il *roaming* tra operatori mobili; ai sistemi di accesso condizionato per i servizi di televisione digitale; ai servizi di rete privata virtuale ».

La nozione di accesso presuppone la sussistenza di un *gap* in termini di disponibilità di infrastrutture tecnologiche, una situazione di asimmetria tra chi ha la disponibilità di determinati mezzi e può quindi svolgere la propria attività senza dover usufruire di altre risorse o dotazioni, e soggetti che, all'opposto, risultano privi di risorse proprie fondamentali per la prestazione dei loro servizi, e dalla loro necessità sono così costretti a fare affidamento sui mezzi in possesso di altri operatori.

Si tratta di una nozione certamente ampia, che il legislatore comunitario non ha mancato di dettagliare con dovizia di casi esemplificativi, che si ritrovano nel contenuto della disposizione. Ma siffatta definizione costituisce il portato, o per meglio dire il riflesso della situazione caratteristica del settore delle reti e dei servizi di telecomunicazione prodottasi all'esito delle riforme avviate nell'ultimo decennio, che hanno condotto alla liberalizzazione di un settore in precedenza vincolato a logiche di tipo monopolistico. Questo processo di liberalizzazione, ancora *in fieri* nella fase di elaborazione della seconda ondata di direttive, non ha potuto che dare luogo a un divario tra soggetti detentori di una posizione di maggior vantaggio, perché già presenti su un mercato in quanto già titolari, in precedenza, di diritti esclusivi o speciali, e quegli operatori che ivi hanno fatto solo successivamente il loro ingresso. In altri termini, mediante il riconoscimento del diritto di accesso si intende tutelare, in primo luogo, il ruolo concorrenziale degli operatori neo-immessi nel mercato delle comunicazioni elettroniche, evitando che la situazione preesistente si traduca, di fatto, in un loro detrimento sul piano competitivo¹³.

Analoghe riflessioni possono essere svolte, in secondo luogo, con riguardo al concetto di interconnessione: anch'esso trova definizione nell'art. 2, lett. b) della direttiva accesso, che è puntualmente confluito nel disposto dell'art. 1, lett. m) del Codice¹⁴. Il concetto di interconnessione va riferito al « collegamento fisico e logico delle reti pubbliche di comunicazione utilizzate dal medesimo operatore o da altro per consentire agli utenti di un opera-

¹³ Come però si vedrà commentando la novella introdotta dal D.Lgs. n. 70 del 28 maggio 2012 all'art. 42, comma 2, lett. *a-bis*, il concetto di accesso ha oggi, specialmente con riguardo al web, una caratterizzazione che vede come titolari del diritto di accesso gli utenti fi-

nali, con delle implicazioni in tema di tutela dei diritti fondamentali non da poco conto.

¹⁴ Peraltro, come rilevato da BRUNONAVA, *op. cit.*, p. 317, tale definizione rispecchia in realtà quella già elaborata nell'ambito della direttiva n. 96/19/CE.

tore di comunicare con gli utenti del medesimo o di un altro operatore, o di accedere ai servizi offerti da un altro operatore. I servizi possono essere forniti dalle parti interessate o da altre parti che hanno accesso alla rete. L'interconnessione è una particolare modalità di accesso tra operatori della rete pubblica di comunicazione»¹⁵.

Mentre il concetto di accesso, almeno in una delle sue principali declinazioni, inerisce, al rapporto tra operatori, presupponendo — come già evidenziato — un'asimmetria nella disponibilità di risorse tecnologiche, quello di interconnessione, qualificandosi come specie del più ampio genere accesso¹⁶, attiene, più specificatamente, al rapporto tra operatori della rete pubblica di comunicazione, vale a dire quelle imprese che risultano titolari di un'autorizzazione a fornire reti pubbliche di comunicazione o risorse correlate¹⁷.

Anche il valore « sociale » dell'interconnessione ha ricevuto particolare enfasi tra i commentatori, che hanno evidenziato come essa « consente, in un mondo che si è aperto alla concorrenza anche tra le infrastrutture, di garantire che tutti gli utenti di tutte le reti, indipendentemente dalle tecnologie utilizzate, possano raggiungere ed essere raggiunti da tutti »¹⁸.

Al concetto di interoperabilità, invece, non corrisponde alcuna definizione di carattere tecnico offerta dal Codice. Occorre pertanto fare, in primo luogo, riferimento al suo significato nel linguaggio comune, che va ricondotto alla possibilità di garantire una comunicazione e un'interazione reciproca tra elementi diversi. Rinviano, successivamente, al commento della recente modifica legislativa, per l'appunto in tema di interoperabilità, un approfondimento più puntuale della nozione, basterà, per il momento, rilevare come, nell'ambito dei servizi di telecomunicazione, si alluda spesso alla disponibilità di varie tecnologie di collegamento alla rete Internet come esempio di interoperabilità. L'interoperabilità presuppone l'interconnessione, mirando all'eliminazione delle difficoltà di ordine tecnico e/o operativo che possono derivare dall'uso di sistemi interconnessione, in modo particolare quando detti sistemi siano gestiti da operatori diversi.

Secondo il disposto dell'art. 42 del Codice, come si è anticipato, compito dell'Autorità è incoraggiare e garantire, nel perseguir-

¹⁵ Con riferimento a quest'ultimo inciso, si è sottolineato, *Ibidem*, p. 318, che tali precisazioni « consentono di evidenziare che il legislatore comunitario presuppone un mercato nel quale su tutte le reti, o meglio su tutte le piattaforme, si sviluppano non soltanto i servizi degli stessi detentori delle infrastrutture, ma anche di altri soggetti, quali i fornitori di contenuti e di

servizi a valore aggiunto, o i rivenditori di servizi, che hanno avuto accesso ed utilizzano le reti secondo le modalità negoziate con gli operatori delle reti pubbliche di comunicazione ».

¹⁶ BRUNO-NAVA, *op. cit.*, p. 319.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Ancora BRUNO-NAVA, *op. cit.*, p. 315.

mento dei suoi obiettivi istituzionali, forme adeguate di accesso, interconnessione e interoperabilità.

Il riferimento corre, segnatamente, agli obiettivi dell'attività di regolamentazione, indicati all'art. 13 del Codice, tra cui figurano, tra gli altri, la neutralità tecnologica, la promozione della diversità culturale e linguistica e il pluralismo dei mezzi di comunicazione, la promozione della concorrenza, lo sviluppo del mercato. Di particolare momento è la previsione racchiusa nel c. 4 dell'art. 13, ove si esprime l'esigenza che lo sviluppo della concorrenza nel settore delle reti e dei servizi di telecomunicazione elettronica (nonché delle risorse correlate) avvenga « *a*) assicurando che gli utenti [...] ne traggano il massimo beneficio in termini di scelta, prezzi e qualità; *b*) garantendo che non abbiano luogo distorsioni e restrizioni della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche, anche per la trasmissione di contenuti; *d*) incoraggiando un uso efficace e garantendo una gestione efficiente delle radiofrequenze e delle risorse di numerazione »¹⁹.

L'impiego della formula « incoraggiare e garantire » sembra alludere, in termini piuttosto ampi, a tutte le attività che direttamente o indirettamente possono promuovere il livello di accesso, interconnessione e interoperabilità nel settore delle telecomunicazioni, sia che l'Autorità agisca in prima persona nell'ambito della propria attività istituzionale (quando si tratti di « garantire ») sia che il raggiungimento di tale obiettivo sia divisato secondo forme di intervento « indiretto » (quando cioè si tratti di « incoraggiare »). Al di là delle sottili distinzioni terminologiche, si evince che il compito dell'Autorità è di assicurare un livello quanto più ampio di accesso, interconnessione e interoperabilità, intese come condizioni che favoriscono una concorrenza effettiva.

Questa funzione deve essere inquadrata alla luce dei principi già enunciati dal Codice, da un lato nell'art. 40, che sancisce la libertà di negoziazione tra gli operatori circa le disposizioni tecniche e operative relative ad accesso e interconnessione, dall'altro nell'art. 41, che stabilisce il diritto/obbligo di negoziare l'interconnessione in capo agli operatori di reti pubbliche di comunicazione. Si tratta, in sostanza, di un completamento dell'autonomia negoziale che viene riconosciuta agli attori del mercato, volta soprattutto a correggere le possibili distorsioni conseguenti a posizioni asimmetri-²⁰che.

¹⁹ Nel testo originale, precedente alla novella del 2012, era inoltre contemplata la lettera c), oggi abrogata, ove si leggeva: « c) incoraggiando investimenti efficienti e sostenibili in materia di infrastrutture e promuovendo l'innovazione e lo sviluppo di reti e servizi di comunicazione elettroni-

ca, ivi compresi quelli a larga banda, secondo le disposizioni del Codice e tenendo conto degli indirizzi contenuti nel documento annuale di programmazione economica e finanziaria ».

²⁰ In tal senso BRUNO-NAVA, *op. cit.*, p. 318.

La seconda parte del c. 1 prevede inoltre che l'Autorità debba esercitare le proprie competenze in modo da promuovere « l'efficienza economica e una concorrenza sostenibile, *investimenti efficienti e l'innovazione* e recare il massimo vantaggio agli utenti finali ». L'inciso esprime la chiara funzionalizzazione delle attività che l'Autorità pone in essere in materia di accesso, interconnessione e interoperabilità.

L'obiettivo del legislatore è quello di rendere il settore, da poco aperto alla concorrenza, anzitutto terreno di efficienza economica, ossia un campo d'azione dove l'iniziativa economica possa esercitarsi nell'ottica del conseguimento di risultati positivi in termini di redditività.

Altresì, secondo parametro cui deve improntarsi l'attività dell'Autorità è la garanzia di una concorrenza sostenibile. Circa il corretto intendimento del concetto di concorrenza sostenibile si è registrata la sussistenza di due possibili opzioni interpretative²¹. Da un lato, si potrebbe assumere la definizione di *workable competition* propria del diritto antitrust, laddove ci si riferisce alla presenza, sul versante della domanda come dell'offerta, di un novero di operatori indipendenti in condizioni tali per cui nessuno possa influenzare il comportamento reciproco né l'andamento del mercato²². D'altro canto, si è osservato che altra interpretazione della nozione di concorrenza sostenibile, intesa come presenza stabile sul mercato di un insieme di imprese concorrenti dotate di infrastrutture proprie, potrebbe discendere dal Regolamento CE n. 2887/2000, relativo all'accesso disaggregato alla rete locale²³. Entrambe le alternative ermeneutiche non distorcono, in ogni caso, il senso della missione affidata all'Autorità.

Si aggiunga anche che grande rilevanza ha la finalità di garantire il massimo vantaggio degli utenti finali, il che acquisisce un significato assolutamente pregnante, trattandosi di un mercato, quello dei servizi di telecomunicazione, che ha conosciuto la moltiplicazione degli operatori presenti soltanto di recente, all'esito della frantumazione dell'originario sistema monopolistico fondato sulla concessione di diritto esclusivi o speciali.

Inoltre, la novella ha inserito due ulteriori riferimenti circa gli obiettivi programmatici che devono informare l'operato dell'Autorità, rispetto all'imposizione di obblighi di accesso, interconnessione e interoperabilità. Si tratta della necessità di promuovere « investimenti efficienti e l'innovazione ».

²¹ Si v. M. CAPANTINI, *La disciplina dell'accesso e dell'interconnessione*, in M. CLARICH-G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, p. 212.

²² Si v., sempre richiamato da CAPANTINI, *Ibidem*, V. MANGINI-G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2000, p. 4.

²³ CAPANTINI, *Ibidem*.

Questo inciso ha recepito la revisione della direttiva accesso condotta attraverso l'emanazione della direttiva 140/2009/CE, concepita nell'ottica di sottoporre a un esame periodico il contenuto delle direttive di seconda generazione per verificarne l'adeguatezza rispetto al progresso tecnico e all'evoluzione del mercato. A questo proposito, la modifica evoca la novazione che ha interessato l'art. 13 del Codice²⁴; il quale, nella sua nuova versione, dopo aver enunciato le finalità di natura programmatica (quelli racchiusi ai c. 4, 5 e 6) che l'Autorità e il Ministero devono perseguire, prevede che questi applichino « nell'ambito delle rispettive competenze, principi regolamentari obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati », tra l'altro, secondo quanto previsto dalla lettera d) « promuovendo investimenti efficienti e innovazione in infrastrutture nuove e avanzate, anche garantendo che qualsiasi obbligo di accesso tenga debito conto del rischio sostenuto dalle imprese e consentendo accordi di cooperazione tra investitori e parti richiedenti accesso, al fine di diversificare il rischio di investimento, assicurando nel contempo la salvaguardia della concorrenza nel mercato e del principio di non discriminazione »²⁵. La rilevanza strategica di questi obiettivi era già messa in evidenza, peraltro, nel quarantatreesimo considerando della direttiva 2009/140/CE, laddove veniva esplicitato che « Le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero essere autorizzate ad imporre ai titolari di diritti di installare strutture su proprietà pubbliche o private, ovvero al di sopra o al di sotto di esse, di condividere tali strutture o proprietà (compresa laubicazione fisica) in modo da incoraggiare investimenti efficienti nell'infrastruttura e promuovere l'innovazione, dopo un adeguato periodo di pubblica consultazione nel corso del quale a tutte le parti inte-

²⁴ Si tratta di emendamenti previsti dall'art. 1 della direttiva 2009/140/CE rispetto all'art. 8 della direttiva accesso (direttiva 2002/21/CE).

²⁵ Il testo completo dell'art. 13, c. 6, del Codice prevede che: « Il Ministero e l'Autorità, nel perseguire le finalità programmatiche di cui ai commi 4, 5 e 6, applicano, nell'ambito delle rispettive competenze, principi regolamentari obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati:

a) promuovendo la prevedibilità regolamentare, garantendo un approccio regolatorio coerente nell'arco di opportuni periodi di revisione;

b) garantendo che, in circostanze analoghe, non vi siano discriminazioni nel trattamento delle imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica;

c) salvaguardando la concorrenza a vantaggio dei consumatori e promuovendo

se del caso la concorrenza basata sulle infrastrutture;

d) promuovendo investimenti efficienti e innovazione in infrastrutture nuove e avanzate, anche garantendo che qualsiasi obbligo di accesso tenga debito conto del rischio sostenuto dalle imprese e consentendo accordi di cooperazione tra investitori e parti richiedenti accesso, al fine di diversificare il rischio di investimento, assicurando nel contempo la salvaguardia della concorrenza nel mercato e del principio di non discriminazione;

e) tenendo debito conto delle differenti condizioni attinenti alla concorrenza e al consumo, nelle diverse aree geografiche all'interno del territorio nazionale;

f) imponendo obblighi regolamentari *ex ante* unicamente dove non opera una concorrenza effettiva e sostenibile, e attenuandoli o revocandoli non appena sia soddisfatta tale condizione ».

ressate dovrebbe essere data la possibilità di esprimere il proprio parere». Emerge quindi un obiettivo ulteriore, determinato dallo sviluppo tecnologico che ha coinvolto il settore delle telecomunicazioni, che deve essere inquadrato come uno strumento volto a garantire un nuovo incremento della concorrenza, essendo cioè diretto ad attrarre investimenti infrastrutturali e in tecniche caratterizzate da un apprezzabile grado di innovazione.

I canoni di efficienza economica, dunque, non sono più l'unica cifra cui informare l'attività dell'Autorità nell'ambito dell'imposizione di obblighi in materia di accesso e interconnessione. Di nuovo vi è la presa d'atto che la remuneratività degli investimenti nel settore passa anche e soprattutto attraverso l'innovazione e gli investimenti nella stessa.

5. GLI OBBLIGHI EX ART. 42, C. 2 DEL CODICE.

Una volta descritto il dettato normativo del c. 1, appare certamente più agevole la comprensione del disposto del successivo c. 2, anch'esso interessato, seppur soltanto in parte, dalla recente novella.

La norma affidata a questo comma esordisce con una clausola di salvezza, facendo per l'appunto salve le misure « che potrebbero essere adottate nei confronti degli operatori che detengono un significativo potere di mercato ai sensi dell'articolo 45 ». Tale inciso permette di cogliere ancora una volta sia la funzione ibrida regolamentare-normativa, sia il fondamentale ruolo di mediazione nell'assicurare un'effettiva concorrenza che è affidato all'Autorità nel campo delle comunicazioni elettroniche, ispirazione, quest'ultima che già si può cogliere nella finalità programmatiche indicate ai c. 4, 5 e 6 dell'art. 13 del Codice²⁶.

Gli artt. 17 e ss. del Codice, infatti, stabiliscono che l'Autorità, di concerto con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, effettui un'analisi dei mercati rilevanti nel settore delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica a uso pubblico al fine di verificare la sussistenza di un adeguato livello di concorrenzialità nel mercato.

Qualora tale analisi, da svolgersi secondo una precisa procedura, conduca ad accertare che una o più imprese detengono un significativo potere sul mercato, l'Autorità ha titolo di applicare, nei confronti di detti operatori, una serie di obblighi disciplinati dagli artt. 46 e ss. Si tratta, segnatamente, di obblighi di trasparenza (art. 46), obbligo di non discriminazione (art. 47), obbligo

²⁶ Vale a dire, come già illustrato, l'incremento della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche, lo sviluppo

del mercato e la garanzia degli interessi dei cittadini.

di separazione contabile (art. 48), obblighi in materia di accesso e di uso di determinate risorse di rete (art. 49) e obblighi in materia di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi (art. 50)²⁷.

Ebbene, la clausola di apertura dell'art. 42, c. 2, lascia impregiudicata la facoltà di imporre tali obblighi, ove ne ricorrano le circostanze; prevedendo, allo stesso tempo, che l'Autorità possa fare applicazione di tre diverse tipologie di obblighi.

Il dato normativo, però, non appare un esempio di chiarezza, a cominciare dal disposto della lett. *a*) del c. 2, ove si individua la facoltà di imporre: «l'obbligo agli operatori che controllano l'accesso agli utenti finali, compreso, in casi giustificati, e qualora non sia già previsto, l'obbligo di interconnessione delle rispettive reti, nella misura necessaria a garantire l'interconnessione da punto a punto e valutati i servizi intermedi già resi disponibili».

Cercando di fare luce sul significato pratico della norma, si può cercare di isolare, anzitutto, un primo obbligo, descritto in via residuale: quello di interconnessione delle reti degli operatori che controllano l'accesso agli utenti finali, la cui applicazione è comunque sottoposta alla doppia condizione che *i*) sia necessario («in casi giustificati») e *ii*) non sia già previsto.

In via principale, però, la norma disciplina un altro obbligo, di cui, tuttavia, si fatica a cogliere il senso in base al testo della lett. *a*), che allude a un non meglio specificato «obbligo agli operatori che controllano l'accesso agli utenti finali», espressione priva di chiari contorni semantici. Nondimeno, soccorre a fini interpretativi il disposto della direttiva accesso di cui la norma in esame costituisce attuazione. Il confronto tra i due testi rivela come il legislatore italiano abbia adoperato una formula assolutamente infelice, minando così la possibilità di correlarle un significato preciso. Il disposto dell'art. 5 della direttiva 2002/19/CE, stabilisce che «le autorità nazionali di regolamentazione possono imporre: *a*) nella misura necessaria a garantire l'interconnettibilità da punto a punto, obblighi alle imprese che controllano l'accesso agli utenti finali, compreso in casi giustificati l'obbligo di interconnessione delle rispettive reti qualora non sia già prevista». In altri termini, il senso della previsione, notevolmente oscurato nel testo del Codice, consiste nell'attribuire all'Autorità il potere di imporre obblighi indifferenziati agli operatori di reti pubbliche che controllano l'accesso agli utenti finali. Tale obbligo opera nella misura necessaria a garantire l'interconnessione da punto a punto, e in considerazione («valutati») dei servizi intermedi che già sono resi disponibili.

In secondo luogo, alla lettera *b*) si legittima l'Autorità a imporre «l'obbligo agli operatori di garantire l'accesso alle altre risorse di

²⁷ Per una dettagliata rassegna, si v. CAPANTINI, *op. cit.*, pp. 220 e ss.

cui all'allegato n. 2, parte II, a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, nella misura necessaria a garantire l'accesso degli utenti finali ai servizi radiofonici e televisivi digitali indicati nell'allegato n. 2 ».

Le risorse indicate nell'allegato 2, parte II, comprendono le interfacce per programmi applicativi (API) e le guide elettroniche ai programmi (EPG). I servizi radiofonici e televisivi digitali, invece, si riferiscono ai servizi di televisione digitale e radio trasmessi ai telespettatori e agli ascoltatori.

Infine, vi è da rendere conto di una ulteriore tipologia di obblighi introdotta per mezzo della lett. *a-bis*) dal D.Lgs. n. 70 del 28 maggio 2012. Ai sensi di tale disposizione « L'Autorità può imporre « in casi giustificati e nella misura necessaria, gli obblighi per le imprese che controllano l'accesso degli utenti finali, onde rendere interoperabili i propri servizi ».

La novella appena richiamata attribuisce dunque all'AGCOM il potere di prevedere — a titolo di misura *ex ante* — obblighi in materia di interoperabilità dei servizi.

Con riguardo all'ambito di applicazione oggettivo della norma appena richiamata ci sono pochi dubbi: l'Autorità è competente a prevedere tali obblighi solo ove risulti necessario per porre rimedio a criticità concorrenziali corrispondenti a « fallimenti del mercato ». Il criterio che dovrà essere applicato per valutare la necessità dell'intervento regolatorio è quello della proporzionalità, che si declina secondo il c.d. « less restrictive alternative test ». La misura prevista supererà il test soltanto se l'obiettivo di rendere interoperabili i servizi prestati dall'operatore destinatario della misura stessa non sia raggiungibile con un intervento alternativo che risulti essere meno restrittivo della attività economica dell'operatore in questione. D'altronde, la circostanza che la previsione normativa preveda il doppio riferimento « casi giustificati e nella misura necessaria » è sicuramente coerente con i principi generali di regolamentazione *ex ante* ed implica, in capo all'autorità nazionale, l'obbligo di istruttoria e motivazione sulla sussistenza dei presupposti stabiliti dalla disposizione citata.

Meno univoco l'ambito di applicazione soggettiva della novella, in quanto, a differenza delle disposizioni già esistenti relative alla previsioni di obblighi per assicurare accesso ed interconnessione, che fanno evidente riferimento agli operatori di reti, in questo caso i potenziali destinatari delle misure regolative sono identificati esclusivamente come « imprese che controllano l'accesso degli utenti finali », senza alcun riferimento alla rete. Potrebbe dunque pensarsi che il legislatore abbia voluto in qualche modo estendere l'ambito soggettivo dei destinatari degli obblighi fino ad includervi non solo gli operatori di rete ma anche i fornitori di contenuto.

Il dubbio, seppure apparentemente legittimo, va immediatamente fugato: destinatari delle misure atte a realizzare interoperabilità dei servizi sono, come nei casi relativi all'accesso ed alla in-

terconnessione, esclusivamente gli operatori di reti di comunicazioni elettroniche che controllino l'accesso agli utenti finali.

Supportano tale conclusione argomenti che si fondano su interpretazione storica, sistematica e di conformità con il portato della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Iniziando con il primo ordine di argomentazioni, dall'esame dei lavori preparatori della direttiva 2009/140/CE emerge che, nella prima bozza di emendamento all'art. 5 della Direttiva Accesso, si rendeva evidente come l'obbligo di interoperabilità fosse riferito, sotto il profilo soggettivo, ai medesimi operatori di rete destinatari degli obblighi di connessione e accesso²⁸. Essendo il testo attualmente vigente dell'art. 5, par. 1 lett. *a-ter* della direttiva accesso²⁹, così come introdotto, dalla direttiva 2009/140/CE, una riformulazione pressoché letterale della bozza originaria, è facilmente arguibile che anche l'obbligo di interoperabilità (al pari degli obblighi di accesso ed interconnessione) sia stato concepito ab initio come riferito agli operatori di reti pubbliche di comunicazioni elettronica.

D'altronde, passando al secondo ordine di argomentazioni, anche sotto il profilo dell'interpretazione sistematica non può non osservarsi come, nell'impianto della direttiva accesso, l'art. 5 segue l'art. 4 rubricato « diritti ed obblighi delle imprese » in cui è evidente dal tenore della disposizione come il termine « imprese » stia per « operatori di reti pubbliche di comunicazione »³⁰.

Ad ulteriore supporto della conclusione cui si è pervenuti soccorre, altresì, il portato interpretativo di una recente decisione della Corte di giustizia nel caso *TeliaSonera Finland Oy*³¹ in cui i giudici europei erano alle prese con una questione pregiudiziale

²⁸ In particolare, il testo provvisorio dell'emendamento in questione prevedeva che « in particular, without prejudice to measures that may be taken regarding undertakings with significant market power in accordance with Article 8, national regulatory authorities shall be able to impose a) To the extent that is necessary to ensure end to end connectivity or fair and reasonable access to third-party services such a directory service, obligations on undertakings that control access to end-users, including in justified cases the obligation to interconnect their network where this is not already the case or to make their service interoperable including through mechanism for paying back to service providers sums invoiced to end-users, on fair, transparent and reasonable terms » (enfasi aggiunta).

²⁹ Ai sensi del quale, lo si ricorda le autorità di regolazioni nazionali possono, tra l'altro adottare, « in casi giustificati e

nella misura necessaria, gli obblighi per le imprese che controllano l'accesso degli utenti finali, onde rendere interoperabili i propri servizi ».

³⁰ Ai sensi dell'art. 4, par. 1, della direttiva accesso, infatti « gli operatori di reti pubbliche di comunicazione hanno il diritto e, se richiesto da altre imprese titolari di un'autorizzazione dello stesso tipo, l'obbligo di negoziare tra loro l'interconnessione ai fini della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, allo scopo di garantire la fornitura e l'interoperabilità dei servizi in tutta la Comunità. Gli operatori offrono l'accesso e l'interconnessione ad altre imprese nei termini e alle condizioni conformi agli obblighi imposti dall'autorità nazionale di regolamentazione ai sensi degli articoli 5, 6, 7 e 8 ».

³¹ Corte di giustizia, sentenza 12-11-2009, *TeliaSonera Finland Oy*, causa C-192-08 in *Racc I*-10717.

vertente sull'interpretazione della direttiva quadro. In particolare il giudice di rinvio chiedeva se fosse conforme alla normativa comunitaria una disposizione nazionale che ambisse ad attribuire all'autorità di regolazione la possibilità di imporre determinati obblighi a soggetti diversi dagli operatori di rete pubbliche e, di fatto, si chiedeva se l'obbligo di negoziare previsto all'art. 4, n. 1, della direttiva accesso potesse essere invocato da prestatori di servizi al fine di assicurare un'interoperabilità di servizi di comunicazioni. I giudici comunitari rispondevano equivocamente che, essendo le disposizioni della direttiva accesso adottate in deroga ai principi di autonomia negoziale, esse devono essere interpretate in senso restrittivo, in accordo con le precise finalità ed entro il campo di applicazione della direttiva stessa, con particolare riguardo a quanto previsto dai suoi artt. 1 e 2³².

Alla luce del carattere derogatorio della disciplina in questione, i giudici comunitari concludevano affermando come la natura della rete di un'impresa che invoca a suo vantaggio l'obbligo di negoziazione di cui all'art. 4, n. 1, della direttiva accesso e la questione se tale impresa sia o meno un operatore di reti pubbliche di comunicazioni influissero sui rapporti con l'altra impresa interessata « in quanto gli Stati membri non possono imporre tale obbligo ad operatori diversi da quelli di reti pubbliche di comunicazioni ».

Non poteva essere più univoco il portato interpretativo della decisione in esame con riguardo al nostro quesito iniziale relativo all'ambito di applicazione soggettivo della nuova disciplina prevista dalla lett. *a-bis*) dal D.Lgs. n. 7/2012. L'impresa in capo alla quale possono essere imposti gli obblighi ivi previsti deve essere necessariamente un operatore di una rete pubblica di comunicazione altrimenti, molto banalmente, la direttiva accesso non sarebbe applicabile.

6. I COMMI 4 E 5.

Il disposto dei comma 1 e 2 sopra esaminati rivela come il Codice conferisca, in nome della massima garanzia possibile di accesso, interconnessione e interoperabilità, poteri molto ampi all'Autorità. Tale largo raggio di azione si riflette nella possibilità di adottare obblighi nei confronti degli operatori, condizionando nella

³² Ai sensi dell'art. 1, la direttiva accesso « armonizza le modalità secondo le quali gli Stati membri disciplinano l'accesso alle reti di comunicazione elettronica ed alle risorse correlate, e l'interconnessione delle medesime ». La Direttiva accesso « stabilisce diritti ed obblighi per gli opera-

tori e per le imprese che intendono interconnettersi e/o avere accesso alle loro reti o a risorse correlate ». Ai sensi dell'art. 2, « con operatore si intende un'impresa che fornisce o è autorizzata a fornire una rete pubblica di comunicazioni, o una risorsa correlata ».

misura opportuna (e comunque strettamente necessaria) il gioco concorrenziale, anche al di là di quanto previsto agli artt. 45 e ss. con specifico riferimento alle imprese detentrici di un significativo potere di mercato.

Il margine di interferenza con le dinamiche competitive, però, è risultato così ampio da giustificare, da parte del legislatore europeo, la previsione di un limite alla capacità espansiva dei poteri di cui l'Autorità è titolare³³. In questo senso, più che le previsioni contenute nel c. 1 e nel c. 2, nel senso di orientare verso determinati (benché generici) obiettivi l'esercizio dei poteri e di legittimare l'imposizione di obblighi soltanto nella misura « necessaria », rilevano i controllimiti fissati dal c. 4 dell'art. 42, che vincolano l'Autorità a esercitare i suoi poteri in conformità a taluni criteri: « gli obblighi e le condizioni imposti ai sensi dei commi 1 e 2 sono obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori e sono applicati conformemente alla procedura di cui agli articoli 11, 12 e 12-bis ».

Il riferimento contenuto nella norma si esplicita in una duplice direzione: da un lato, si fissano criteri di obiettività, trasparenza, proporzionalità e non discriminazione; dall'altro, si vincola l'Autorità al rispetto delle procedure di consultazione pubblica e di cooperazione comunitaria, previste rispettivamente dagli artt. 11 e 12, nonché della procedura per la coerente applicazione di misure correttive, di cui al neoimmesso art. 12-bis.

Quanto alla procedura di consultazione pubblica, l'art. 11 del Codice prevede che in ipotesi l'Autorità o il Ministero intendano adottare provvedimenti che presentino un impatto rilevante sul mercato di riferimento, essi consentono alle parti interessate di formulare osservazioni rispetto a una proposta di provvedimento, per renderne poi noto il contenuto e subordinare all'esito della consultazione l'entrata in vigore del provvedimento.

Con riguardo, invece, alla procedura di cooperazione comunitaria, va detto che sin dalle loro origini gli interventi del legislatore europeo nel settore delle comunicazioni elettroniche hanno istituito un sistema di coordinamento tra le varie autorità nazionali di regolazione nonché tra le stesse e la Commissione europea³⁴. In questo sistema si inserisce la procedura di cui al c. 3 dell'art.

³³ In tal senso, anche BRUNO-NAVA, *op. cit.*, p. 318.

³⁴ In modo più approfondito, sul punto, si veda M. OROFINO, *La governance delle comunicazioni elettroniche. Il complesso sistema di networks decisionali caratterizzato da « raccordi verticali » tra le ANR e la commissione e da « raccordi orizzontali » tra le ANR e tra di esse e la Commissione*, in *Rivista di italiana di diritto pubblico comunitario*,

2007, III-IV, 737. Si v. anche F.M. SALLERNO, *Telecomunicazioni e autorità indipendenti: appunti sullo sviluppo dei rapporti tra diritto comunitario e organizzazione amministrativa interna*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, III, 679 e M. SIRAGUSA-S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni ed i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, III, 511.

12, a mente della quale, qualora l'Autorità intenda adottare un provvedimento in grado di influenzare gli scambi tra Stati membri, dovrà rendere accessibile la proposta di provvedimento alla Commissione, al neocostituito BEREC (*Body of European Regulators for Electronic Communications*) e alle Autorità degli altri Stati membri, affinché questi formulino eventuali rilievi, condizionando la possibilità di adottare la misura.

Altrettanto può accadere nell'ipotesi in cui, a norma del nuovo art. 12-bis del Codice, la Commissione ritenga che la misura (ove si tratti di imposizione, modifica o revoca di un obbligo imposto a un operatore ai sensi del combinato disposto degli artt. 19, 42, 46-50 e 57 del Codice) costituisca un ostacolo per il mercato unico ovvero qualora si dubiti della compatibilità della stessa con il diritto dell'Unione europea.

L'ultimo comma contenuto nell'art. 42, infine, conferisce all'Autorità il potere di intervenire di propria iniziativa, ove giustificato, in materia di accesso e interconnessione per garantire il conseguimento degli obiettivi indicati nell'art. 13 del Codice, in conformità alle procedure previste dagli artt. 11, 12, 23 e 24. La formulazione della norma anteriore alla novella prevedeva che l'Autorità potesse intervenire, oltre che di propria iniziativa, anche in mancanza di accordo tra gli operatori, su richiesta di una delle parti interessate.

In confronto al contenuto delle altre previsioni, emerge un ruolo fortemente più intrusivo da parte dell'Autorità, che viene investita di un potere di intervento diretto per l'attuazione degli obiettivi indicati dall'art. 13. In ogni caso, tali iniziative dovranno essere esercitate nel rispetto delle procedure stabilite dal Codice agli artt. 11 e 12, da un lato (le procedure di consultazione interna e di cooperazione europea, con i relativi vincoli all'adozione di provvedimenti), e agli artt. 23 e 24 dall'altro, che si occupano della risoluzione di controversie. Tali disposizioni affidano un ruolo decisionale all'Autorità, a patto che ne sia riconosciuta la competenza. In tale ambito, l'Autorità potrà infatti imporre obblighi vincolanti nei confronti degli operatori, in modo da assicurare l'attuazione degli obiettivi di cui all'art. 13 del Codice.

7. CONCLUSIONI.

In sede di riflessioni conclusive si vuole evidenziare come il portato della recente modifica legislativa all'art. 42 faccia emergere come la disciplina ivi prevista sembri possa rappresentare una declinazione del principio di neutralità tecnologica, la cui tutela si pone sempre più fortemente come esigenza prioritaria del nuovo assetto regolatorio in materia di comunicazioni elettroniche. Con specifico riguardo, in particolare, al concetto di interoperabilità, nella accezione che in questo scritto di essa si è voluto privilegiare,

vale a dire quale requisito dell'attività svolta dagli operatori di rete, la sua stretta connessione con il principio di neutralità tecnologica emerge chiaramente in un recente documento del Body of European Regulators for Electronic Communication (BEREC)³⁵, che fa propria la definizione di Tim Wu³⁶, secondo cui «Network neutrality is best defined as a network design principle. The idea is that a maximally useful public information network aspires to treat all content, sites and platforms equally. This allows the network to carry every form of information and support every kind of application». È evidente come sia funzionale all'obiettivo di evitare qualsiasi discriminazione a danno di certi contenuti o flussi informativi, con pregiudizio finale per gli utenti, la necessità che, nelle parole della stessa Commissione europea, «services provided over communications networks should be interoperable in order to ensure that consumer choice is not restricted because of incompatibilities between different technologies»³⁷.

³⁵ BEREC, *Guidelines on Transparency in the scope of Net Neutrality: Best practices and recommended approaches*, in Dicembre 2011 in http://berec.europa.eu/doc/berec/bor/bor11_67_transparencyguide.pdf.

³⁶ Si ritiene che Tim Wu, oggi professore alla Columbia, sia stato il primo a «coniare» il termine «et neutrality»

nello scritto, ormai celeberrimo, *Network Neutrality, Broadband Discrimination in Journal of Telecommunications and High Technology Law*, 2/2003, 141 ss, 2003.

³⁷ Commissione europea http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommu/eu-rules/market_access/interoperability/index_en.htm.