

L'ANTITRUST NELL'ERA DELLA COMUNICAZIONE MULTIMEDIALE: I "MERCATI EMERGENTI" E LA LORO DISCIPLINA

di ANDREA STAZI (*)

Sommario: 1. Premessa: la cosiddetta "convergenza tecnologica" e l'era della comunicazione multimediale. – 2. Cenni alle principali conseguenze economiche e problematiche regolamentari derivanti dal processo di convergenza digitale. – 3. I rapporti con la normativa comunitaria di settore: dal *framework* del 2002 alla "Review 2006" fra criteri *antitrust* e neutralità tecnologica. – 4. La nuova categoria dei "mercati emergenti" e la loro disciplina. - 4.1. I mercati emergenti dai processi d'innovazione e le questioni ad essi correlate: spunti di riflessione. - 4.2. La prassi delle Autorità *antitrust* riguardo ai mercati nascenti dal processo di convergenza tecnologica. - 4.3. I limiti dell'*antitrust* di fronte ai mercati emergenti e le "aree di confusione" con la regolazione (impegni, *essential facilities*). - 4.4. La definizione dei "mercati emergenti", la loro individuazione in concreto e la via "complementare" della regolazione. – 5. Conclusione.

1. Premessa: la cosiddetta "convergenza tecnologica" e l'era della comunicazione multimediale.

Negli ultimi anni le *Information and Communication Technologies*, Internet in primo luogo e sempre più altresì le ulteriori applicazioni digitali, hanno trasformato le modalità di reperimento e trasmissione dei dati e delle informazioni, ma al tempo stesso, di conseguenza, i rapporti interpersonali, l'economia, gli studi, la ricerca e l'amministrazione⁽¹⁾.

Le reti di comunicazione ed i sistemi d'informazione costituiscono fattori determinanti delle moderne dinamiche sociali⁽²⁾ ed economiche⁽³⁾. Reti, *computers* e terminali di vario genere per la fruizione di dati in tecnica digitale stanno divenendo strumenti della nostra vita quotidiana altrettanto comuni, e fondamentali, dell'acqua corrente o dell'energia elettrica⁽⁴⁾; al punto che, per definire il tempo presente, appare sempre più appropriato l'utilizzo del concetto di "era della comunicazione multimediale".

Lo sviluppo del linguaggio numerico binario quale mezzo di elaborazione delle informazioni, e quindi della tecnologia digitale per la trasmissione delle stesse, ha dato avvio al processo – attualmente in corso ed in via di sempre maggiore diffusione "inter-settoriale" fra i comparti dell'informatica, delle telecomunicazioni e della radiotelevisione – della cosiddetta "convergenza tecnologica".

Attraverso tale locuzione, come noto, si pongono in evidenza, da un lato, la capacità di differenti piattaforme di rete di gestire servizi di tipo fondamentalmente simile, dall'altro,

(*) Dottore di ricerca in "Disciplina e libertà della concorrenza" presso l'Università degli Studi di Perugia; Osservatorio di Proprietà Intellettuale, Concorrenza e Comunicazioni Luiss Guido Carli, Roma (*e-mail*: astazi@luiss.it). L'autore ringrazia il Prof. Gustavo Ghidini per il prezioso supporto.

(1) Si veda, in proposito: Commissione europea, "Verso un'Europa basata sulla conoscenza - L'Unione europea e la società dell'informazione", ottobre 2002, consultabile sul sito <http://europa.eu.int/comm/publications/booklets/move/36/it.doc>, p. 5 ss..

(2) Come è stato autorevolmente evidenziato, difatti, il progresso incessante in atto nelle tecnologie dell'informazione e della comunicazione produce: "Non più una organizzazione con una comunicazione a suo modo autoritaria, dall'alto verso il basso ... ma davvero come una possibilità di una rete di rapporti che consenta a ciascuno di entrare in rapporto con gli altri mettendo in discussione l'assetto gerarchico dell'organizzazione sociale" (S. RODOTÀ, *Relazione introduttiva al Convegno "Internet e privacy – quali regole?"*, Roma, 8-9 maggio 1998, consultabile sul sito <http://www.interlex.it/675/rodotint.htm>).

(3) Per quanto concerne, in generale, l'economia dell'era digitale – una più ampia analisi della quale esula evidentemente dall'ambito del presente scritto – proprio per la rapidità dei mutamenti che ha introdotto nelle abitudini sia delle imprese che dei consumatori, essa può forse correttamente delinearli, rispetto alla precedente economia industriale, in base a due caratteri fondamentali: ovvero, da un lato, quello di "economia di velocità"; dall'altro, quello di "economia volatile". Per approfondimenti in argomento (oltre ai cenni che si aggiungeranno *infra*), si rinvia in specie a: A. PILATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Economia della conoscenza. Profili teorici ed evidenze empiriche*, Bologna, 2005; D. TAPSCOTT, *The Digital Economy: Promise and Peril in the Age of Networked Intelligence*, New York, 1996, p. 60 ss.; J. RIFKIN, *The Age of Access*, New York, Londra, Milano (*L'era dell'accesso*), 2000, p. 28 ss. (ediz. it.); S.L. GOLDMAN, R.N. NAGEL, K. PREISS, *Agile Competitors and Virtual Organizations: Strategies for Enriching the Customer*, New York, 1995, in specie p.12 ss.; M. BORRUS, *Global Intellectual Property Rights Issues in Perspective: A Concluding Panel Discussion*, in M.B. WALLERSTEIN, M.E. MOGEE, R.A. SCHOEN (a cura di), *Global Dimension of Intellectual Property Rights in Science and Technology*, Washington, DC, 1993, pp. 373-374; A. TOFFLER, H. TOFFLER, *War and Anti-War: Survival at the Dawn of the 21st Century*, New York, 1993.

(4) Cfr.: "Regolamento (CE) n. 460/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 marzo 2004 che istituisce l'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione" (ENISA), 10.03.2004, pubblicato in *G.U.C.E.* n. L 77 del 13.03.2004, consid. 1°.

parallelamente, la unificazione del funzionamento e della fruibilità di apparecchiature di largo consumo tradizionalmente non compatibili ⁽⁵⁾.

Il fenomeno della convergenza, in sostanza, consente di rendere omogenei, e quindi veicolabili sugli stessi canali, servizi o contenuti storicamente appartenenti a mondi diversi: quelli della telefonia, della televisione e del *personal computer*.

La tecnologia digitale rende possibile, difatti, trasformare immagini in movimento, testi o suoni in *bit*, e renderli percepibili immediatamente da tutti i mezzi di comunicazione già presenti sul mercato; ciò, in modo sostanzialmente indipendente dalla tecnologia mediante la quale essi sono realizzati, con il solo limite della capacità dei singoli mezzi trasmissivi ⁽⁶⁾.

Tali strumenti danno luogo, in sostanza, alla possibilità per un insieme sempre più ampio di persone a livello globale, attraverso infrastrutture comuni informatiche, di telecomunicazioni o radiotelevisive, di accedere a servizi ed applicazioni di informazione e/o comunicazione sempre più avanzati, multimediali – ovvero caratterizzati dalla “neutralità” del mezzo rispetto al contenuto veicolato – ed interattivi, ossia in grado di consentire all’utente appunto di interagire con la risorsa, indirizzando il sistema affinché possa adattarsi alle sue specifiche esigenze ⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ Sul tema, si vedano in particolare: Commissione europea, “Libro Verde sulla convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dell’audiovisivo e delle tecnologie dell’informazione e sulle sue implicazioni normative. Verso un approccio alla società dell’informazione”, COM(97) 623, 3/12/1997, consultabile sul sito web <<http://europa.eu.int/ISPO/convergencegp/97623it.doc>>, in specie p. 1 ss.; OECD, “The Implications of Convergence for Regulation of Electronic Communications”, DSTI/ICCP/TISP(2003)5/FINAL, 2004, consultabile sul sito web <www.oecd.org/dataoecd/56/24/32983964.pdf>, p. 5, e Id., “Convergence between Communications Technologies e Telecommunications and Broadcasting. Convergence or Collision?”, rispettivamente *Information Computer Communications Policy series* nn. 28 e 29, Parigi, 1992 (il secondo consultabile altresì sul sito web <<http://www.oecd.org/dataoecd/56/56/1909456.pdf>>). In dottrina, *ex multis*, cfr.: J.E. NUECHTERLEIN, P.J. WEISER, *Digital Crossroads*, Cambridge (Mass., U.S.A.), Londra, 2005, in specie p. 23 ss.; S. CICCOTTI, *La convergenza tecnologica*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 2003, p. 4; A. PERRUCCI, *La convergenza economica e di mercato*, *ibidem*, p. 11 ss., e Id., *La convergenza dei mercati e dei servizi: profili macroeconomici e settoriali*, relazione tenuta in data 23/10/2001 in occasione del Seminario di studio “Convergenza Tecnologica e Società dell’Informazione”, organizzato dall’Autorità delle Garanzie nelle Comunicazioni presso Capri-Napoli, consultabile sul sito web <<http://www.agcom.it>>; R. VIOLA, *Regolamentazione della convergenza*, relazione tenuta in data 16/10/2002 in occasione del Seminario di studio “L’evoluzione della regolamentazione comunitaria nel settore delle comunicazioni”, organizzato dall’AGCom presso Capri-Napoli, consultabile sul sito web <<http://www.agcom.it>>; F. DONATI, *Il libro verde sulla convergenza e il nuovo approccio regolamentare della Commissione nell’era dei servizi*, relazione tenuta in data 15/10/2002 *ibidem*; F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002, in specie p. 27 s.; E.M. NOAM, *Convergence: Theory and Reality*, relazione tenuta in data 22/10/2001 in occasione del Seminario di studio “Convergenza Tecnologica e Società dell’informazione”, cit.; M.L. MUELLER, *Digital Convergence and its Consequences*, in *Javnost—The Public*, 1999, n. 3, p. 11 ss. (consultabile altresì sul sito web <<http://dcc.syr.edu/miscarticles/rp1.pdf>>); S. SIMPSON, *Convergence of Information and Communications Technologies: Devising an Effective Policy for the European Union*, Paper presentato al Workshop “Regulating Communications in the Multimedia Age”, organizzato dallo European Consortium for Political Research (ECPR), Mannheim, 26-31/3/1999, consultabile sul sito web <<http://www.essex.ac.uk/ECPR/events/jointsessions/paperarchive/mannheim/w24/simpson.pdf>>; A. VALLI, A. COSTA, *La convergenza nelle telecomunicazioni e con la televisione: aspetti legali e regolamentari*, in F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, p. 125 ss.; E. PONTAROLLO, *L’industria degli apparati e dei sistemi per le telecomunicazioni in Italia. Sviluppo del mercato tra presente e futuro*, Milano, 1998.

⁽⁶⁾ Si parla anche, al riguardo, di “convergenza funzionale”, concetto attraverso il quale si intende appunto esprimere la possibilità per ogni tipologia di rete di veicolare segnali, e quindi servizi, appartenenti anche a settori diversi da quello per il quale l’infrastruttura era stata allestita; cfr. ancora: OECD, “Convergence between Communications Technologies”, e Id., “Telecommunications and Broadcasting. Convergence or Collision?”, cit.; A. PERRUCCI, *La convergenza economica e di mercato*, op. cit., p. 12.

⁽⁷⁾ L’ingente quantitativo di informazioni disponibili sulle reti di comunicazione, quindi, crea nuove opportunità - e modalità - di *business*, grazie allo sviluppo di nuovi prodotti e servizi, nonché di innovative tecniche di comunicazione commerciale. Di conseguenza, si parla altresì, per definire la nuova economia dell’era digitale, di “economia della conoscenza”; si vedano in particolare, al riguardo, L. C. THURLOW, *Building Wealth : The New Rules for Individuals, Companies, and Nations in a Knowledge-Based Economy*, New York, Milano (*La costruzione della ricchezza*), 2000, secondo il quale: “La conoscenza è la nuova base della ricchezza. Questo non si è mai verificato prima. In passato, quando i capitalisti parlavano della loro ricchezza, si riferivano alle loro proprietà in termini di impianti, attrezzature e risorse naturali. In futuro, quando i capitalisti parleranno della loro ricchezza, intenderanno la loro capacità di controllare la conoscenza”; nonché, *ex multis*: A. PILATI, A. PERRUCCI, *Introduzione. Economia della conoscenza, organizzazioni, sistemi sociali: una lunga evoluzione*, in IIDD. (a cura di), *Economia della conoscenza. Profili teorici ed evidenze empiriche*, op. cit., p. 11 ss.; D. FORAY, *The Economics of Knowledge*, Cambridge (Mass., U.S.A.), Londra, 2004; V. ZENO-ZENCOVICH, G.B. SANDICCHI, *L’economia della conoscenza*

E' già attuale, ad esempio, la opportunità che molte delle funzioni fondamentali della vita quotidiana siano svolte per via elettronica: in tal senso, basti pensare a come si stiano diffondendo sempre più – e risultano in via di costante implementazione – oltre agli oramai imprescindibili strumenti comunicativi dell'*e-mail* e dell'*sms* (o *mms*), ulteriori innovative modalità di interrelazione socio-economica, in taluni casi anche concernenti i rapporti fra il cittadino e le Pubbliche Amministrazioni, quali l'*e-government*, l'*e-voting*, l'*e-banking*, l'*health-on-line*, etc..

In linea generale, in conseguenza del fenomeno della convergenza tecnologica, da un lato, come accennato, per quanto concerne in particolare i “consumatori/utenti”, si assiste ad una sempre maggiore interoperabilità tra i mezzi di comunicazione, connotata da una sempre maggiore interattività fra l'utente e lo strumento (che di volta in volta funge da veicolo) trasmissivo.

D'altro canto, parimenti, il fenomeno medesimo implica conseguenze altrettanto radicali sul versante delle imprese coinvolte nel nuovo processo di sviluppo, “ri-delineandone” i modelli di *business* e, quindi, i profili organizzativi ⁽⁸⁾.

Le modifiche nelle strategie delle imprese derivanti appunto dalle innovazioni tecnologiche sopra evidenziate, ed in specie la estensione, da parte delle stesse, del proprio perimetro di operatività in settori contigui a quello nel quale si sono impegnate in origine, investono sia la produzione, sia l'organizzazione dell'impresa (in specie riguardo al flusso delle informazioni tra le diverse funzioni aziendali), sia, dal punto di vista del risultato del processo produttivo, le modalità di fruizione degli *outputs* da parte dei consumatori finali ⁽⁹⁾.

D'altro canto, il processo di convergenza fra televisione, telecomunicazioni ed informatica, nonostante sia facilitato dalla innovazione tecnologica, è reso complesso da numerosi fattori, quali la natura dell'assetto economico del settore delle comunicazioni in generale, l'organizzazione dei diversi comparti industriali dei tre macro-segmenti che lo compongono, i differenti approcci regolamentari tradizionalmente vigenti all'interno dei medesimi, oltre alle barriere tradizionali di carattere “culturale” ⁽¹⁰⁾.

ed i suoi riflessi giuridici, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002, n. 6, p. 971 ss.; J. RIFKIN, *The Age of Access*, op. cit., p. 113 ss. (ediz. it.); T. SAKAIYA, *The Knowledge-Value Revolution, or, A History of the Future*, Tokio, 1991, in specie p. 60 ss.; A. SIROTTI GAUDENZI, *Il commercio elettronico nella Società dell'Informazione*, Napoli, 2003, pp. 18-20.

⁽⁸⁾ Con riguardo alle vere e proprie ristrutturazioni dei modelli operativi delle imprese, necessarie a fronte degli oramai incessanti fenomeni di innovazione tecnologica che si registrano nell'ambito delle *Information and Communication Technologies*, si vedano in specie: OECD, “*Convergence between Communications Technologies*”, e Id., “*Telecommunications and Broadcasting. Convergence or Collision?*”, cit.; A. PILATI, A. PERRUCCI, *Introduzione. Economia della conoscenza, organizzazioni, sistemi sociali: una lunga evoluzione*, op. cit., p. 11 ss.; A. PERRUCCI, *La convergenza economica e di mercato*, op. cit., p. 12 ss., il quale in particolare sottolinea come ci si trovi di fronte ad un nuovo “paradigma tecno-economico”, ossia ad “una combinazione interrelata di prodotto e processo tecnologico, organizzativo e di innovazioni manageriali che incarnano un cambiamento radicale nella produttività potenziale per tutta od una gran parte dell'economia e che aprono un'eccezionale gamma di opportunità di investimento e di profitto”; J. RIFKIN, *The Age of Access*, op. cit., p. 26 ss. (ediz. it.); A. GUIBADO MORENO, *Formación y perfección del contrato en Internet*, Madrid, 2004, p. 69 ss.; L. DOWNES, C. MUI, *Unleashing the Killer App: digital strategies for market dominance*, Boston (Mass., U.S.A.), 1998, pp. 3 s., 21 ss..

⁽⁹⁾ La tecnologia digitale, in specie, rende più economici e meno complessi, ovvero più efficienti, l'accesso, l'elaborazione, la memorizzazione e la trasmissione delle informazioni, riducendo le distanze fra imprese e consumatori e consentendo lo sviluppo di nuove modalità di fruizione dei prodotti o servizi, nonché di transazione, sempre più immediate, delocalizzate e desincronizzate (cfr., al riguardo: E.M. NOAM, *L'impatto economico della conoscenza sull'impresa*, in A. PILATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Economia della conoscenza. Profili teorici ed evidenze empiriche*, op. cit., p. 53 ss.; A. PERRUCCI, *La convergenza economica e di mercato*, op. cit., p. 16; G. DANG NGUYEN, D. PHAN, *Economie des télécommunications et de l'Internet*, Parigi, 2000; D. SPAR, J.J. BUSSGANG, *Ruling the Net*, in *Harvard Business Review*, May-June, 1996, p. 66 ss.). Per una trattazione più generale ed ampia degli impatti e delle opportunità derivanti dalla rivoluzione provocata nell'ambito dei rapporti commerciali dall'avvento della società dell'informazione, si vedano in specie: Commissione europea, “*Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale ed al Comitato delle regioni, Informazioni di contenuto illegale e nocivo su Internet*”, COM(96) 487, 16.10.1996, p. 1 ss., e Id., “*Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico*”, COM(97) 157, 15.04.1997, p. 4 ss..

⁽¹⁰⁾ Su questi temi si rinvia, *amplius*, a: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, Milano, 2006, par. I.1; M. GAMBARO, C.A. RICCIARDI, *Economia dell'informazione e della comunicazione*, Roma-Bari, 2004 (4a ediz.), pp. 271 s. e 292; A. PERRUCCI, *La convergenza economica e di mercato*, op. cit., p. 24 ss.; E.M. NOAM, *Convergence: Theory and Reality*, relazione cit.; R. MANSELL, *Le telecomunicazioni che cambiano. Innovazione tecnologica ed economica delle reti*, op. cit., p. 151 ss.; G. GILDER, *Life After Television: The Coming*

In particolare, dati il carattere sistemico dell'odierna industria delle comunicazioni e le economie di rete presenti nella stessa ⁽¹¹⁾, le opzioni relative ai nuovi investimenti ed alle innovazioni di prodotto debbono tenere conto della storia precedente della rete, delle scelte compiute nel passato i cui effetti siano ancora operativi, nonché di tutto il capitale fisico e immateriale accumulato ⁽¹²⁾.

Oltre a quanto sopra, un fattore di rilievo notevole è costituito dalla sussistenza di vincoli normativi e regolamentari concernenti i diversi segmenti del mercato, nonché di problemi di compatibilità e standardizzazione, i quali influenzano le opzioni e restringono l'ambito delle possibilità di sviluppo.

Il risultato di tale complesso percorso, d'altro canto, ove si riesca ad andare oltre le suddette "barriere allo sviluppo", consiste nella definizione di nuovi confini all'interno della filiera dell'industria delle comunicazioni, con l'ingresso di operatori ulteriori nei mercati interessati e conseguenti nuovi equilibri e posizionamenti sulla catena del valore dei diversi comparti.

Precedentemente all'avvento della digitalizzazione, diversi servizi di comunicazione elettronica formavano distinte catene di componenti, le quali limitavano la fruizione di generi distinti di dati e contenuti a reti di distribuzione e terminali specifici.

In molti casi, in particolare per i settori della telefonia e della telegrafia, ma altresì del *broadcasting*, la impresa fornitrice era integrata verticalmente lungo l'intera catena del valore. Peraltro, anche quando la medesima non era integrata verticalmente sull'intera *value chain*, la struttura verticale era mantenuta da barriere tecnologiche che impedivano alle informazioni di essere trasferite in modo semplice da un mezzo trasmissivo ad un altro ⁽¹³⁾.

Transformation of Media and American Life (Revised edition), New York, 1994; R. NELSON, S. G. WINTER, *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Cambridge (Mass., U.S.A.), 1982.

⁽¹¹⁾ Come noto, gli effetti di rete sono essenzialmente di due tipologie. Da un lato, vi sono quelli prodotti dalle reti "fisiche", o di comunicazione: in questa ipotesi, l'utilità derivante ad un individuo dal consumo di un bene aumenta direttamente in proporzione al numero degli altri soggetti che consumano lo stesso bene (ad esempio, ciò accade per le reti telefoniche). L'altra ipotesi è quella delle reti "virtuali", nell'ambito delle quali l'utilità del consumatore aumenta indirettamente rispetto al numero degli altri soggetti che utilizzano lo stesso bene o servizio, in virtù degli effetti che ciò produce sulla disponibilità di un prodotto complementare (si pensi al caso delle carte di credito, ove un numero più ampio di utenti della carta incrementa la possibilità che i negozianti siano convenzionati con essa e la accettino). In argomento, *ex multis*, si rinvia a: M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Bologna, 2005, p. 81 ss.; M. VOLLE, *Economia della conoscenza ed economia delle reti di comunicazione*, in A. PILATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Economia della conoscenza. Profili teorici ed evidenze empiriche*, op. cit., p. 379 ss.; M. POLO, F. DENOZZA, *Le reti*, in E. BRUTI LIBERATI, M. FORTIS (a cura di), *Le imprese multiutility: aspetti generali e prospettive dei settori a rete*, Bologna, 2001, p. 41 ss.; O. SHY, *The Economics of Network Industries*, Cambridge, 2001; C. SHAPIRO, H.R. VARIAN, *Information Rules. Le regole dell'economia dell'informazione*, Milano, Boston (*Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy*), 1999, p. 211 ss.; R. PARDOLESI, A. RENDA, *Appunti di un viaggio nel capitalismo digitale: reti e retaggi culturali nel diritto antitrust*, in N. LIPARI, I. MUSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Bari, 2000, p. 147 ss.; M.A. LEMLEY, D. MCGOWAN, *Legal Implications of Network Economic Effects*, in *California Law Review*, 1998, p. 479 ss.; S.J. LIEBOWITZ, S.E. MARGOLIS, *Network Externality: An Uncommon Tragedy*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1994, n. 2, p. 133 ss.; M.L. KATZ, C. SHAPIRO, *Systems Competition and Network Effects*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1994, n. 2, p. 93 ss. e IIDD., *Network Externalities, Competition and Compatibility*, in *American Economic Review*, 1985, p. 424 ss.; J. FARRELL, G. SALONER, *Standardization, Compatibility and Innovation*, in *Rand Journal of Economics*, 1985, p. 70 ss.

⁽¹²⁾ In proposito, nella dottrina economica si utilizza il concetto di "*path dependence*". Più specificamente, la dottrina preferibile, facendo riferimento alla nota teoria dei giochi, evidenzia come la situazione competitiva del settore sia rappresentabile quale un gioco a più stadi: ad ogni stadio, in base a tale interpretazione, si consolida un assetto dei mezzi di comunicazione che soddisfa la domanda di informazione ed intrattenimento, dando vita ad un determinato equilibrio, con relativa suddivisione di risorse e specializzazioni, sulla base dei prezzi relativi e del grado di differenziazione fra le offerte. Tale configurazione, quindi, definisce il contesto competitivo che un nuovo mezzo o servizio deve affrontare al fine di poter trovare una collocazione remunerativa sul mercato. Ove un servizio ne sostituisca uno preesistente, il suo successo è funzione dei prezzi relativi. Naturalmente, in generale, nelle decisioni di prezzo il servizio preesistente calcola soltanto i costi variabili e può tralasciare gli investimenti fissi non recuperabili, mentre l'entrante tende a considerare anche questi ultimi; analogamente, il consumatore nel confronto fra i prezzi non considera eventuali investimenti già effettuati, come allacciamenti o apparecchi. Concluso lo stadio di gioco e trovato un nuovo equilibrio, questo diventa la base per eventuali nuovi ingressi o innovazioni. Una volta che un bisogno informativo sia stato soddisfatto da un determinato servizio, si riduce lo spazio per soluzioni alternative, anche in virtù delle economie di rete che si sono nel frattempo consolidate, nonché delle curve di esperienza della domanda e dell'offerta (cfr.: M. GAMBARO, C. A. RICCIARDI, *Economia dell'informazione e della comunicazione*, op. cit., p. 293 s.).

⁽¹³⁾ Per una interessante prospettiva diacronica, si rinvia a: S. SIMPSON, *Convergence of Information and Communications Technologies: Devising an Effective Policy for the European Union*, op. cit., p. 3 s.; L. MUELLER, *Digital Convergence and its*

Attualmente, il risultato del processo di convergenza, concernente sia le reti trasmissive che i contenuti veicolati attraverso le medesime, ha trasformato il precedente frazionamento verticale dei suddetti comparti in un assetto di mercato, relativo in generale ai *media* digitali, composto di diversi – e multiformi a seconda del settore – segmenti operativi orizzontali; nell’ambito del quale, in ultima analisi, dal punto di vista dell’utente, servizi di telecomunicazione, televisione ed applicazioni *software*, tutti in continua evoluzione, vengono offerti per la fruizione mediante terminali diversi (telefono cellulare, televisione, pc, *etc.*).

Con lo sviluppo della convergenza tra i diversi mezzi di comunicazione, si profila una potente spinta “espansiva” del mercato verso una tendenziale frammentazione del panorama degli operatori, con relativa “esaltazione” dei loro singoli – e tendenzialmente differenti – ruoli e prestazioni.

In un contesto nel quale i contenuti, resi interamente digitali, possono essere distribuiti attraverso una qualsiasi rete di trasmissione digitale di dati (avente una capacità trasmissiva sufficientemente ampia), risultano principalmente due le tipologie fondamentali di attori che cooperano, ed allo stesso tempo competono, sul piano dell’offerta: da un lato, i fornitori di accesso, dall’altro, i fornitori di contenuto; in tali ambiti, si distinguono quindi le imprese che gestiscono le infrastrutture di trasporto da quelle che si occupano di programmi, i *carriers* dai *packagers*, *etc.* (¹⁴).

In conseguenza di tale processo, dunque, la qualità e l’efficienza delle trasmissioni digitali dipendono essenzialmente dalla capacità della rete e dalle caratteristiche dell’apparato ricevente, mentre risultano indifferenti la tipologia del contenuto e le modalità di generazione dello stesso.

Attraverso le nuove tecnologie, di conseguenza, è possibile trasmettere dati multimediali ad un qualsiasi terminale che abbia le caratteristiche necessarie per la ricezione ed il trattamento dei dati stessi, sia esso un *personal computer*, un televisore, un telefono cellulare, un lettore mp3, ovvero un altro dei sempre più numerosi apparecchi esistenti o in via di implementazione (¹⁵).

I fattori in precedenza citati, come detto, hanno determinato effetti rilevanti nell’industria dell’intrattenimento. In particolare, la convergenza opera, da un lato, sulla struttura del mercato, in virtù della tendenza sia delle tradizionali emittenti televisive, sia degli operatori del settore delle telecomunicazioni e dell’informatica, ad articolare, sviluppare ed offrire modalità di comunicazione interattiva a banda larga che consentano l’accesso simultaneo ad una quantità elevata di servizi, canali di programmazione video, telefonia ed accesso alla rete; dall’altro, parallelamente, si registra una correlata convergenza delle tipologie di contenuti offerti (¹⁶).

Di conseguenza, i mercati dei servizi dell’informazione, nonché quelli dei programmi e contenuti televisivi, cinematografici, musicali, *etc.*, tendono sempre più a concatenarsi e sovrapporsi in un unico – ma segmentato – nuovo mercato dei contenuti interattivi.

In sostanza, si assiste al profilarsi di una vera e propria nuova catena del valore dell’industria delle comunicazioni, con un relativo possibile – o meglio, nell’ottica pro-concorrenziale, auspicabile – incremento del numero, nonché della “specializzazione”, dei soggetti operanti lungo la stessa.

Consequences, op. cit., p. 10 ss.; G. BROCK, *Telecommunications Policy for the Information Age*, Cambridge (Mass., U.S.A.), 1994; D. LINDSAY, *When Cultures Collide: Regulating the Convergence of Telecommunications and Broadcasting*, CIRCI Policy Research Paper n. 29, Melbourne, 1993.

(¹⁴) In argomento, si rinvia, *amplius*, a: F. GRAZIADEI, G. RIZZO, A. STAZI, *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2005, n. 3, p. 539 ss.; F. MORGANTI, *La convergenza dei mercati e dei servizi*, relazione tenuta in data 23/10/2001 in occasione del Seminario di studio “*Convergenza Tecnologica e Società dell’Informazione*”, cit.; E.M. NOAM, *Convergence: Theory and Reality*, relazione cit.; S. FROVA, *La catena del valore nell’industria delle telecomunicazioni in Italia*, Milano, 1998; SQUIRE, DANDERS & DEMPSEY L.L.P. - ANALYSIS LTD, *Study on adapting the EU Regulatory Framework to the Developing Multimedia Environment. A Study for the European Commission*, 1998, prodotto su richiesta della Commissione europea, consultabile sul sito *web* <<http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/ssdmain.doc>>.

(¹⁵) Cfr.: F. GHEZZI, *La valutazione delle concentrazioni verticali nei “mercati della convergenza” tra i settori delle telecomunicazioni e dell’emittenza televisiva*, in *Rivista delle società*, 2001, p. 568 s.; F. GRAZIADEI, G. RIZZO, A. STAZI, *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, cit., p. 539 ss..

(¹⁶) Si vedano ancora, al riguardo: OECD, “*Regulation and Competition. Issues in the Light of Convergence*”, DAF/CLP(99)1, 1999, consultabile sul sito *web* <<http://www.oecd.org/dataoecd/34/55/1920359.pdf>>, p. 42 s.; UK Department of Trade and Industry, “*Green Paper Regulating Communications: Approaching Convergence in the Information Age*” (1998), consultabile sul sito *web* <<http://www.dti.gov.uk/converg>>; G. RICHERI, *L’economia dei contenuti e l’evoluzione delle reti*, in A. PILATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Economia della conoscenza. Profili teorici ed evidenze empiriche*, op. cit., p. 567 ss..

2. Cenni alle principali conseguenze economiche e problematiche regolamentari derivanti dal processo di convergenza digitale.

D'altro canto, a fronte delle innovazioni sin qui richiamate, deve rilevarsi come i comportamenti delle imprese ed il benessere dei consumatori risentano in maniera assai rilevante, oltre che della evoluzione della tecnologia, altresì del quadro istituzionale, ed in particolare delle scelte in materia di regolamentazione dei mercati (¹⁷).

Già il processo di liberalizzazione e di apertura del mercato globale delle telecomunicazioni ha prodotto benefici "a cascata" per tutti gli interessati: sia per i consumatori, che hanno goduto via via di prezzi più bassi e servizi migliori, ma anche, su scala esponenziale, per il mondo dell'industria, che ne ha ricavato nuove cospicue fonti di attività.

La convergenza tecnologica, come accennato, produce in particolare due ordini di conseguenze di notevole rilievo. Da un lato, essa tende ad individuare nuovi ruoli, e talvolta mercati, per i *players* dell'industria delle comunicazioni, producendo la segmentazione delle diverse funzioni e fasi della filiera produttiva, e la relativa diffusione di soggetti "specializzati" in ciascun comparto, con una relativa distinzione dei ruoli, prevalentemente fra operatori di rete, fornitori di servizi e fornitori di contenuti (¹⁸).

Inoltre, poiché uno sfruttamento più efficiente dei sistemi diffusivi conduce (fisiologicamente) ad un incremento delle opportunità di offerta di capacità trasmissiva ai fornitori di contenuti o di servizi, con possibilità per le diverse piattaforme digitali di trasmettere lo stesso contenuto, tale fenomeno potrebbe determinare un incremento del potere di mercato dei fornitori di contenuti più appetibili (è un tema affrontato, ad esempio, nella nota decisione della Commissione in merito alla concentrazione NewsCorp/Telepiù (¹⁹), ovvero nel recente provvedimento dell'Autorità *antitrust* italiana sul caso Diritti calcistici (²⁰)).

D'altronde, parimenti, la convergenza potrà contribuire allo sviluppo di piattaforme distributive che rafforzino la propria rilevanza sul mercato, espandendo il novero dei servizi e/o contenuti che sono in grado di mettere a disposizione dell'utente finale (si pensi ad esempio, in tal senso, alle pronunce dell'AGCM riguardo ai casi Telecom/Megabeam (²¹) o, di recente, R.T.I./Europa Tv (²²)).

⁽¹⁷⁾ Cfr.: A. PERRUCCI, *La convergenza economica e di mercato*, op. cit., p. 13 s..

⁽¹⁸⁾ Si vedano in specie, al riguardo: V. ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti fra gestori di reti e fornitori di contenuti nel contesto europeo*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2004, n. 3, p. 426 ss., nonché ID., *La libertà d'espressione. Media, mercato e potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004, p. 49 ss.; G. GHIDINI, F. GRAZIADEI, *Convergenza e digitalizzazione: i grandi in crescita o sotto assedio? L'impatto delle regole del gioco*, intervento al Convegno "L'evoluzione del sistema audiovisivo italiano nel contesto europeo - tendenze dell'assetto economico e giuridico", organizzato dall'Isimm, Roma, 25 novembre 2004, consultabile sul sito [web <http://www.luiss.it/ricerca/centri/opicc/documenti/index.php>](http://www.luiss.it/ricerca/centri/opicc/documenti/index.php), p. 1 ss..

⁽¹⁹⁾ Cfr.: Commissione europea, decisione 2 aprile 2003, NewsCorp / Telepiù, caso COMP/M.2876, pubblicata in *G.U.C.E.* n. L 110 del 16/4/2004, la quale ha autorizzato la fusione fra i due operatori televisivi satellitari preesistenti Telepiù e Stream. Per un inquadramento delle questioni correlate alla decisione, si rinvia a: F. GRAZIADEI, G. RIZZO, A. STAZI, *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, cit., p. 549 ss.; OSSERVATORIO DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE, CONCORRENZA E COMUNICAZIONI - LUISS GUIDO CARLI, *Media Digitali e accesso ai contenuti: Profili problematici*, Rapporto presentato in occasione del Convegno di studio "Media Digitali: opzioni di sviluppo delle infrastrutture per favorire le migliori condizioni di accesso ai contenuti", tenutosi in data 11 maggio 2004 presso l'Università Luiss Guido Carli, Roma, consultabile sul sito [web <http://www.luiss.it/ricerca/centri/opicc/documenti/index.php>](http://www.luiss.it/ricerca/centri/opicc/documenti/index.php), p. 21 ss.; F. DONATI, *L'accesso alle reti e ai contenuti*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2005, p. 76 s.; A. GIANNACCARI, *Il caso Stream-Telepiù*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, n. 3, p. 557 ss..

⁽²⁰⁾ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, provvedimento 28 giugno 2006, n. 15632, Diritti calcistici, caso A362, pubblicato in *Boll. AGCM* n. 26/2006. Sul tema, si rinvia a: L. DI FELICIANTONIO, *Competizione tra piattaforme nel mercato televisivo digitale*, in *Mercato concorrenza regole*, 2005, n. 3, p. 560 ss.; F. GRAZIADEI, G. RIZZO, A. STAZI, *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, cit., p. 551 s.; V. ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti fra gestori di reti e fornitori di contenuti nel contesto europeo*, op. cit., p. 45 ss.; D. GERADIN, *Access to content by new media platforms: a review of the competition law problems*, in *European Law Review*, 2005, p. 68 ss..

⁽²¹⁾ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, provvedimento 7 agosto 2003, n. 12319, Telecom Italia/Megabeam Italia, caso C5838, pubblicato in *Boll. AGCM* n. 32/2003; decisione che può leggersi anche in *Il diritto industriale*, 2004, n. 1, p. 69 ss., con nota di G. COLANGELO, *Telecom, Megabeam e la corsa al Wi-Fi*; al riguardo, v. anche: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., par. IV.1.4..

L'evoluzione tecnologica, difatti, rende possibile ai *players* sul mercato lo svolgimento di più funzioni in contemporanea e l'operatività su più mercati, in vista della soddisfazione di bisogni diversi dell'utente. Un esempio – di particolare attualità – di tale evoluzione è quello della sempre maggiore diffusione delle cosiddette *media companies*, ovvero società le quali essenzialmente adottano un modello di *business* basato sulla distribuzione di contenuti attraverso diverse piattaforme trasmissive.

In fattispecie simili, i soggetti pubblici ai quali è demandata la responsabilità di legiferare e/o vigilare, affinché il processo di convergenza assicuri ai mercati interessati un livello superiore di concorrenzialità, dovrebbero operare in modo tale da consentire che i “frutti” del processo medesimo diano luogo ad una efficace competizione fra piattaforme.

Evidentemente, i vantaggi prodotti dalla convergenza digitale potranno essere tanto più rilevanti quanto più sia assicurata ai diversi operatori di rete e fornitori di contenuti o servizi la possibilità di beneficiare di maggiori opportunità in termini di sistemi distributivi e di capacità trasmissiva.

In tal senso, le condizioni di accesso alle reti, praticate dagli operatori o, specie nei casi di forte concentrazione nei mezzi distributivi, disciplinate in via regolamentare, appaiono di importanza centrale, nell'ottica del perseguimento di tale obiettivo⁽²³⁾.

Dal punto di vista della regolamentazione, dunque, il processo di convergenza implica l'analisi di una serie di tematiche fondamentali, fra le quali, in particolare: a) la disciplina – e la correlata gestione – relativa ai titoli abilitativi richiesti ai diversi *players* per operare nei differenti segmenti del mercato delle comunicazioni, al fine di impedire che un esercizio delle attività non adeguatamente regolato possa dare luogo ad ostacoli indebiti alla libera concorrenza; b) la prevenzione di comportamenti anticorrottivi in grado di impedire ai concorrenti di sfruttare le opportunità offerte dalla convergenza fra i diversi comparti industriali basati sulle *Information and Communication Technologies*, ad esempio tramite l'utilizzo di limiti all'accesso dei concorrenti stessi, al fine di difendere o estendere (in ipotesi anche ad un mercato contiguo) il potere detenuto in un certo mercato; c) l'adozione di *standards* che consentano la massima interoperabilità ed integrazione tra infrastrutture di rete e servizi, al fine di consentire una libera circolazione dei contenuti sulle diverse reti; d) per quanto riguarda specificamente il settore radiotelevisivo, la prevenzione di eccessive concentrazioni dei mezzi d'informazione, onde evitare che ne risulti lesa il pluralismo informativo⁽²⁴⁾.

Affinché alla convergenza tecnologica possa corrispondere un'adeguata “convergenza regolamentare”, risulta fondamentale un approccio delle Autorità preposte a tale compito che sia, da un lato, improntato alla neutralità rispetto alle diverse tecnologie esistenti; dall'altro, volto a favorire lo sviluppo di un assetto di mercato più concorrenziale possibile, basato sull'apertura e sull'accesso alle reti, nonché sulla parità di opportunità fra i diversi soggetti che operano lungo la nuova catena del valore⁽²⁵⁾.

Sulla base delle considerazioni sinora accennate, dunque, appare evidente che la convergenza potrà avere un impatto assai rilevante non solo rispetto alle nuove opportunità offerte ai consumatori/utenti, ma altresì sul piano della formazione del potere di mercato da parte di ciascuna impresa: ciò, evidentemente, rende alquanto delicato il ruolo delle Autorità⁽²⁶⁾ preposte alla regolamentazione del settore.

⁽²²⁾ AGCM, provvedimento 10 aprile 2006, n. 15333, R.T.I.-Reti Televisive Italiane/Ramo di azienda di Europa TV, caso C7493, in *Boll. AGCM* n. 13/2006. Per un'analisi del provvedimento, si rinvia, oltre che infra, al par. 4.2., ancora a: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., par. IV.2 - IV.3.

⁽²³⁾ Cfr.: G. GHIDINI, F. GRAZIADEI, *Convergenza e digitalizzazione: i grandi in crescita o sotto assedio? L'impatto delle regole del gioco*, intervento cit., p. 2 s..

⁽²⁴⁾ A proposito delle diverse questioni regolamentari proposte dal processo di convergenza tecnologica, si veda, *amplius*: OECD, “*The Implications of Convergence for Regulation of Electronic Communications*”, cit., p. 6 ss.; nonché: J. E. NÜECHTERLEIN, P.J. WEISER, *Digital Crossroads*, op. cit., p. 23 ss.; R. VIOLA, *Regolamentazione della convergenza*, relazione cit., p. 8 ss.; OSSERVATORIO DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE, CONCORRENZA E COMUNICAZIONI - LUISS GUIDO CARLI, *Media Digitali e accesso ai contenuti: Profili problematici*, Rapporto cit., in specie p. 8 ss.; A. VALLI, A. COSTA, *La convergenza nelle telecomunicazioni e con la televisione: aspetti legali e regolamentari*, op. cit., p. 129 ss..

⁽²⁵⁾ Ovvero, essenzialmente gli operatori di rete, i fornitori di servizi ed i fornitori di contenuti, senza dimenticare, ove rilevi, la nuova – eventuale – figura del *content aggregator*, che predispose un *bouquet* di contenuti, propri o di terzi, da rivendersi a livello *wholesale* ai vari fornitori di servizi, ognuno dei quali li utilizza poi nell'ambito della propria offerta al dettaglio, in ipotesi unitamente a contenuti esclusivi.

⁽²⁶⁾ Comunitarie e nazionali, secondo le rispettive attribuzioni.

Da un lato, infatti, una convergenza effettiva – caratterizzata da una sostituibilità elevata fra reti e servizi – può ampliare il mercato di riferimento, stemperando in tal modo il potere di mercato del quale l'operatore eventualmente disponga, ove si consideri un contesto più ristretto.

D'altronde la convergenza, consentendo all'operatore di ampliare il proprio modello di *business* oltre i confini entro i quali era precedentemente e tradizionalmente circoscritto potrebbe – viceversa – gettare le premesse affinché i soggetti che abbiano già acquisito posizioni di forza in un determinato mercato si trovino in condizione di estenderle anche ad altri – in ipotesi nuovi – mercati contigui (e, appunto, convergenti).

Là dove, invece, tra servizi e reti che si assumono convergenti permangano difficili condizioni di sostituibilità sia dal lato della domanda che da quello dell'offerta, dovrà escludersi che il potere di mercato di un operatore possa essere compresso, o comunque condizionato, da una temuta concorrenza di differenti (ma come detto convergenti) servizi o piattaforme⁽²⁷⁾.

Analogamente, inoltre, il suddetto flusso di dati ed informazioni digitalizzati e diffusi in modalità sempre più “multi-piattaforma” e “multi-canale” in virtù delle accennate innovazioni tecnologiche, può dare luogo, su un ulteriore versante, ad un possibile aumento delle minacce alla sicurezza di tali dati, e quindi, in ultima analisi, al diritto alla riservatezza (*privacy*) dell'individuo.

Ove ciò avvenga, fra l'altro, potrebbe profilarsi una riduzione della propensione soggettiva dei potenziali fruitori all'utilizzo dei nuovi mezzi di comunicazione elettronica; si pensi, ad esempio, ai fastidi derivanti dal fenomeno dello *spamming*, oppure alle difficoltà riscontratesi, ancora specie in ordine alla tutela della *privacy*, nello sviluppo dell'“*e-commerce*”⁽²⁸⁾.

Con lo sviluppo dei *media* digitali, dunque, la catena del valore evolve verso forme di articolazione – relative alla fornitura di contenuti, programmi, informazioni, alle modalità di trasmissione e diffusione degli stessi, *etc.* – più complesse, rispetto a quelle che hanno caratterizzato sinora i dati diffusi nell'“era della comunicazione monomediale”.

Ciò, evidentemente, dà luogo ad una nuova incertezza di fondo – ed unitamente a nuove ampie opportunità sia per i consumatori che per le imprese – rispetto a quali possano essere le opzioni di integrazione e, di conseguenza, gli “snodi operativi” sui quali possa svilupparsi la competizione, ovvero la cooperazione, fra i soggetti economici presenti nella “galassia” delle reti ed i *players* attivi in quella dei contenuti.

Ad ogni attività, nel “più popolato degli universi possibili”, potrebbero corrispondere operatori differenti; così come, viceversa, potrebbero affermarsi modelli di integrazione verticale assai incisiva,

⁽²⁷⁾ Al riguardo, v. ancora: F. GRAZIADEI, G. RIZZO, A. STAZI, *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, cit., in specie p. 540 s..

⁽²⁸⁾ A proposito di tali questioni, oltre a rinviarsi di nuovo a: F. GRAZIADEI, G. RIZZO, A. STAZI, *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, cit., p. 561 ss.; si vedano altresì, *ex multis*: A. STAZI, *La pubblicità commerciale on line*, Milano, 2004, in specie pp. 16, 27 ss. e 79 ss., e ID., *La disciplina delle comunicazioni elettroniche non richieste alla luce del D.Lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico e del nuovo “Codice in materia di protezione dei dati personali”*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, n. 6, p. 1101 ss.; F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, Padova, 2004, in specie p. 192 ss; E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003, in specie p. 269 ss. (G. FINOCCHIARO) e 307 ss. (E. TOSI); V. ZENO-ZENCOVICH, *Note critiche al decreto sul commercio elettronico*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, p. 507 ss.; A. SIROTTI GAUDENZI, *Il commercio elettronico nella Società dell'Informazione*, op. cit., p. 195 ss.; S. SICA, *La riforma della legge sui dati personali*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002, p. 289 ss.; A. LEVI, F. ZANICHELLI, *L'utilizzo dell'e-mail a fini pubblicitari: dallo spamming al permission marketing*, in *Rivista di diritto industriale*, 2001, p. 195 ss.; D. MEMMO, *La privacy informatica: linee di un percorso normativo*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 1213 ss.; M. ATELLI, *Privacy e telecomunicazioni*, Napoli, 1999, p. 222 ss.; G. CIACCI, *Internet e diritto alla riservatezza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999, p. 233 ss.. Per un'ampia trattazione della normativa contemplata nel Codice della *privacy* (d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, recante il “Codice in materia di protezione dei dati personali”, pubblicato in *G.U.R.I.* 29 luglio 2003, n. 174, entrato in vigore il 1° gennaio 2004), nonché delle questioni alla medesima correlate, si vedano in specie: F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali – Temi e problemi*, Milano, 2004; V. ITALIA (coordinato da), *Codice della privacy – Commento al Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 aggiornato con le più recenti modifiche legislative*, Milano, 2004; S. SICA, P. STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy – D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, op. cit.; J. MONDUCCI, G. SARTOR (a cura di), *Il Codice in materia di protezione dei dati personali – Commentario sistematico al D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196*, op. cit.; G. P. CIRILLO (a cura di), *Il Codice sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2004; R. IMPERIALI, R. IMPERIALI, *Codice della privacy – Commento alla normativa sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2004; R. ACCIAI (a cura di), *Il diritto alla protezione dei dati personali – La disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice*, Rimini, 2004.

ovvero più ridotta (riguardando, in tale ultimo caso, soltanto talune attività, con una marcata specializzazione dei diversi soggetti presenti sul mercato).

3. I rapporti con la normativa comunitaria di settore: dal *framework* del 2002 alla “Review 2006” fra criteri *antitrust* e neutralità tecnologica.

Una evoluzione “sana” del suddetto panorama tecnologico richiede evidentemente un contesto regolamentare che sia tecnologicamente neutrale, con regole di accesso al mercato più omogenee possibile per le diverse piattaforme tecnologiche digitali.

E’ questo, pertanto, l’approccio adottato a livello comunitario con il cosiddetto “pacchetto” delle direttive emanate nel 2002 – denominate, rispettivamente, direttiva “quadro”, “accesso”, autorizzazioni”, “servizio universale”, “concorrenza”, nonché “direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche” (29) – che hanno sostituito le direttive di armonizzazione adottate a partire dai primi anni novanta e delineato un nuovo quadro regolamentare per la materia delle comunicazioni elettroniche.

Nel medesimo senso, poi, nel febbraio del 2003 la Commissione ha adottato – secondo quanto previsto dalla direttiva “quadro” (30) – una Raccomandazione relativa alla definizione dei mercati rilevanti nel settore delle comunicazioni elettroniche (31).

Il *framework* del 2002, prendendo avvio dalla constatazione che la convergenza dei settori delle telecomunicazioni, dell’audiovisivo e dell’informatica implica l’esigenza di assoggettare tutte le reti di trasmissione ed i servizi correlati ad un unico quadro normativo, si è posto l’obiettivo di superare qualsiasi distinzione fra gli utilizzi ai quali sono destinate le diverse categorie di reti e servizi di trasmissione di segnali elettronici, per sottoporre tutte le reti ed i servizi stessi alla nuova disciplina liberalizzata (32).

(29) Più specificamente, si tratta delle seguenti direttive del Parlamento europeo e del Consiglio, adottate il 7 marzo 2002 e pubblicate in *G.U.C.E.* n. L 108 del 24/4/2002: “direttiva 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro)”; “direttiva 2002/19/CE, relativa all’accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate nonché all’interconnessione delle medesime (direttiva accesso)”; “direttiva 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni)”; “direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale)”. Ad esse, si aggiungono la “direttiva 2002/77/CE, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica (direttiva concorrenza)”, pubblicata in *G.U.C.E.* n. L 249 del 17/9/2002, e la “direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche)”, pubblicata in *G.U.C.E.* n. L 201, del 31/7/2002.

(30) Cfr.: direttiva 2002/21/CE, art. 15.

(31) “Raccomandazione della Commissione relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili 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”, C(2003) 497, adottata in data 11.02.2003, pubblicata in *G.U.C.E.* n. L 114 dell’8/5/2003

(32) Cfr. anche, al riguardo: “Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle regioni – i2010. Una società europea dell’informazione per la crescita e l’occupazione”, COM(2005) 229, 1.6.2005, consultabile sul sito web <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/it/com/2005/com2005_0229it01.pdf>, tramite la quale la Commissione ha inteso promuovere un approccio integrato alla società dell’informazione e ai *media* valido per tutto il territorio comunitario; ciò, attraverso tre linee d’azione fondamentali, ovvero: 1) la realizzazione di uno spazio unico europeo dell’informazione, capace di accogliere un mercato interno aperto e competitivo per la società dell’informazione e i *media*; 2) il rafforzamento degli investimenti per la innovazione e la ricerca sulle ICT, per promuovere la crescita e la creazione di posti di lavoro più numerosi e di migliore qualità; 3) il raggiungimento di una società dell’informazione accessibile, che stimoli la crescita e l’occupazione in modo coerente con lo sviluppo sostenibile e che dia priorità al miglioramento dei servizi pubblici e alla qualità della vita. Nella Comunicazione in particolare la Commissione, premesso che: “La convergenza digitale richiede la convergenza delle politiche e la volontà di adattare, ove necessario, i quadri normativi per renderli coerenti con l’economia digitale emergente”, si è impegnata espressamente ad “esaminare le norme sull’economia digitale per rendere la loro interazione più coerente e orientata alla realtà economica e tecnologica” (Comunicazione cit., pp. 3 e 5). Per commenti puntuali riguardo alle previsioni contemplate nelle suddette direttive del 2002, nonché al loro rapporto con il diritto “generale *antitrust*”, cfr. in specie: P.L. NIHOUL, P.B. RODFORD, *EU Electronic Communications Law – Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford, New York, 2004; A. DE STREEL, R. QUECK, *Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe*, in *Journal des tribunaux – droit européen*, 2003, n. 101, p. 193 ss. (consultabile altresì sul sito web <http://www.fundp.ac.be/recherche/publications/page_view/52121>); W. MAXWELL (a cura di), *Electronic*

Come noto, l'adozione del "pacchetto" delle suddette direttive comunitarie ha dato luogo, nel nostro Paese, alla emanazione del Codice delle comunicazioni elettroniche⁽³³⁾, nonché, per quanto riguarda il settore della radiotelevisione – ritenuto "speciale" per le sue peculiari caratteristiche di incidenza sul pluralismo dell'informazione e sull'opinione pubblica⁽³⁴⁾ – dopo un travagliato *iter*, della legge Gasparri⁽³⁵⁾ ed, in ultimo, del Testo unico della radiotelevisione⁽³⁶⁾.

La caratteristica principale del suddetto nuovo *framework* comunitario della materia introdotto dalle direttive del 2002, le quali estendono alle Autorità nazionali di regolazione i principi ed i concetti – ad iniziare da quelli di posizione dominante, "trasposto" integralmente dalla giurisprudenza comunitaria per modificare il concetto di significativo potere di mercato, fino a quello di mercato rilevante, *etc.* – consiste nell'adozione dell'ottica di una disciplina regolatoria che potrebbe definirsi "in movimento" verso la normativa *antitrust*; ciò, nelle intenzioni, quale primo *step* in vista del traguardo, che ad oggi appare ancora di difficile collocazione temporale, di una eliminazione della regolamentazione *ex ante* – quando si sarà realizzata una piena concorrenza fra le reti ed i servizi di comunicazione elettronica – a favore di una "presa di campo" da parte degli strumenti *ex post* propri dell'azione *antitrust*.

In linea generale, deve evidenziarsi come la direttiva "quadro"⁽³⁷⁾ preveda espressamente che le Autorità nazionali di regolazione: a) promuovano la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica, fra l'altro vigilando affinché la concorrenza non sia falsata né ostacolata; b) contribuiscano allo sviluppo del mercato interno; c) promuovano gli interessi dei cittadini dell'Unione⁽³⁸⁾.

Nell'ottica suddetta – evidentemente *multi-purpose* – il principale elemento di novità introdotto dal quadro normativo delineato dalla Commissione, in relazione al processo di definizione e valutazione del grado di concorrenzialità dei mercati e delle posizioni degli operatori sugli stessi, è costituito dall'allineamento della definizione di "Significativo Potere di Mercato" a quella fornita dalla Corte di Giustizia comunitaria per la nozione di posizione dominante di cui all'art. 82 del Trattato CE; in base alla quale si presume che una impresa si trovi in posizione dominante – ovvero, nel contesto delle comunicazioni elettroniche, disponga appunto di un significativo potere di mercato – se essa, individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante ai sensi del diritto *antitrust*, ossia di una posizione di forza economica tale da consentirle di

Communications: The New EU Framework, New York, 2002; M. SIRAGUSA, S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, n. 3, p. 511 ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, *ibidem*, p. 561 ss..

⁽³³⁾ Decreto legislativo n. 259/2003, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche" (pubblicato in *G.U.R.I.* 15 settembre 2003, n. 214).

⁽³⁴⁾ Cfr.: Codice delle comunicazioni elettroniche, art. 2, c. 3. Per considerazioni relative alla non corrispondenza di tale previsione – che peraltro oggi è espressamente richiamata all'art. 53 del Testo unico della radiotelevisione, rubricato: "Principio di specialità" – rispetto al sopra citato nuovo *framework* comunitario, si vedano: GRANDINETTI, *Profili radiotelevisivi del Codice delle comunicazioni elettroniche*, op. cit., in particolare pp. 515-516; GRAZIADEI, *Codice delle comunicazioni elettroniche: un quadro regolamentare "convergente"?*, in *Temi Romana*, 2003, gennaio-aprile, p. 51 ss. Per un approccio diverso, si veda: V. ZENO-ZENCOVICH, *Motivi ed obiettivi della disciplina della televisione digitale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2005, n. 4/5, p. 653 ss..

⁽³⁵⁾ Legge 3 maggio 2004, n. 112, recante "Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana Spa, nonché delega al Governo per l'emanazione del Testo unico della radiotelevisione", pubblicata in *G.U.R.I.* 5 maggio 2004, n. 104.

⁽³⁶⁾ Decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, pubblicato in *G.U.R.I.* 7 settembre 2005, n. 208. Riguardo alla *ratio* ed ai contenuti del Testo unico, si vedano: A. FRIGNANI, E. PODDIGHE, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La televisione digitale: temi e problemi. Commento al D.Lgs. 177/05 T.U. della Radiotelevisione*, Milano, 2006; GRANDINETTI, *Il Testo Unico sulla radiotelevisione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, n. 2, p. 121 ss..

⁽³⁷⁾ All'art. 8, commi 2-4.

⁽³⁸⁾ Con riferimento ai compiti posti in capo alle ANR dal *framework* comunitario, si rinvia, *ex multis*, a: P. VALCKE, R. QUECK, E. LIEVENS, *EU Communications Law. Significant Market Power in the Mobile Sector*, Cheltenham (U.K.), Northampton (Mass., U.S.A.), 2005; P.L. NIHOUL, P.B. RODFORD, *EU Electronic Communications Law – Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, op. cit.; M. SIRAGUSA, S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, op. cit., p. 511 ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, op. cit., p. 561 ss.; A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., in specie parr. II.2.4. e V.3.2..

comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti ed, in ultima analisi, dai consumatori.

Più specificamente, come accennato, la Commissione ha emanato una Raccomandazione avente ad oggetto i mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi nel settore delle comunicazioni elettroniche, nella quale ha individuato appunto i mercati dei prodotti e dei servizi, all'interno del medesimo, le cui caratteristiche siano tali da giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione stabiliti da direttive particolari (senza peraltro che ciò pregiudichi la individuazione di mercati ulteriori, in casi specifici).

A tale scopo, in particolare, si procede ad accertare se: a) siano presenti ostacoli non transitori all'accesso; b) non sia prevedibile in tempi adeguati una naturale evoluzione del mercato verso forme concorrenziali; c) il diritto *antitrust* non consenta di rimediare alle carenze individuate (cosiddetto "triplo test")⁽³⁹⁾.

Nella medesima ottica, quindi, la Commissione ha adottato altresì delle Linee direttrici⁽⁴⁰⁾, contenenti una sintesi dei suoi orientamenti rispetto alla interpretazione del concetto di posizione dominante nell'industria delle comunicazioni elettroniche, che le ANR debbono tenere nella massima considerazione ai fini dello svolgimento delle analisi di mercato.

A seguito dell'analisi suddetta, è previsto che l'Autorità nazionale di regolazione, qualora accerti che un mercato rilevante non sia effettivamente concorrenziale, individui le imprese che dispongano di un significativo potere di mercato, imponendo alle stesse gli appropriati obblighi regolatori specifici contemplati dal *framework* comunitario, ovvero mantenendo in vigore o modificando tali obblighi là dove già esistano.

Sulla base di tale quadro normativo, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni sta portando a termine il processo di definizione in concreto dei mercati indicati dalla Commissione in corrispondenza alla situazione nazionale, con il relativo accertamento della sussistenza di una concorrenza effettiva sui mercati stessi (in collaborazione con l'AGCM), nonché la eventuale imposizione – ove necessario – delle misure regolamentari opportune nelle diverse fattispecie.

D'altro canto, alla fine del mese di giugno 2006, la Commissione europea ha avviato una consultazione pubblica in relazione alle alternative strategiche per l'aggiornamento del *framework* normativo comunitario relativo alle comunicazioni elettroniche, introdotto con il suddetto "pacchetto" delle direttive del 2002. L'iniziativa è nota come "Review 2006"⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ Cfr.: Raccomandazione relativa ai mercati rilevanti, cit., consid. 9; in dottrina sul tema, fra gli altri, v.: P. VALCKE, R. QUECK, E. LIEVENS, *EU Communications Law. Significant Market Power in the Mobile Sector*, op. cit., p. 1 ss.; M. BAK, *European electronic communications on the road to full competition: the concept of significant market power under the new regulatory framework*, in *Journal of Network Industries*, 2003, n. 3, p. 293 ss.; A. DE STREEL, *The new concept of "significant market power" in electronic communications: the hybridisation of the sectoral regulation by competition law*, in *European Competition Law Review*, 2003, n. 10, p. 535 ss..

⁽⁴⁰⁾ "Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica", del 9 luglio 2002, pubblicate in G.U.C.E. n. C 165 dell'11/7/2002.

⁽⁴¹⁾ In particolare, i documenti presentati dalla Commissione sono i seguenti: "Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services", COM(2006) 334 {SEC(2006) 816-817}, 29 June 2006, consultabile sul sito web <http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/info_centre/public_consult/review/com334_en.pdf>;

"Commission Staff Working Document – Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services", SEC(2006) 816 {COM(2006) 334}, 28 June 2006, consultabile sul sito web

<http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/info_centre/public_consult/review/staffworkingdocument_final.pdf>; "Commission Staff Working Document – Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services – Impact Assessment", SEC(2006) 817 {COM(2006) 334}, 28 June 2006, consultabile sul sito web

<http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/info_centre/public_consult/review/impactassessment_final.pdf>; "Commission Staff Working Document – Public Consultation on a Draft Commission Recommendation On Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic

In primo luogo, nella sua relazione sul funzionamento dell'assetto normativo esistente, la Commissione ha segnalato i significativi progressi ottenuti dal 2002 ad oggi nell'apertura dei mercati nazionali delle comunicazioni alla concorrenza, ed ha proposto, quindi, di abrogare gradualmente la regolamentazione *ex ante* in almeno 6 dei 18 segmenti di mercato delineati dalla Raccomandazione sui mercati rilevanti del 2003, inclusi quelli delle chiamate nazionali e internazionali.

La proposta – che è basata sui due principi fondamentali della cosiddetta “*service neutrality*”, ovvero la libertà degli operatori di fornire qualsiasi tipologia di servizio di comunicazione elettronica, e della cosiddetta “*technological neutrality*”, ossia la libertà di poter utilizzare qualunque tecnologia o *standard* sulla base di condizioni comuni – contempla, inoltre, il passaggio ad una strategia comunitaria, maggiormente orientata al mercato, per l'assegnazione dello spettro radio.

In particolare, nel progetto di nuova Raccomandazione sui mercati rilevanti, la Commissione valuta la possibilità di ridurre l'attuale elenco di 18 specifici segmenti del mercato delle comunicazioni elettroniche per i quali si ritiene sia giustificata una regolamentazione *ex ante*.

Secondo la Commissione, in conseguenza di tale regolamentazione, negli ultimi anni si è assistito nella maggior parte degli Stati membri alla comparsa di una forte concorrenza nella fornitura dei servizi di chiamata nazionali e internazionali. In questi mercati pertanto, secondo il progetto presentato, sarebbe possibile procedere ad un'abrogazione progressiva della regolamentazione.

In aggiunta, nei documenti pubblicati dalla Commissione si richiede che i soggetti interessati esprimano il loro parere circa la possibilità di escludere due ulteriori mercati dall'elenco di quelli per i quali si ritiene giustificata la regolamentazione medesima, ovvero in particolare: a) il mercato all'ingrosso dell'accesso e della raccolta delle chiamate nelle reti telefoniche pubbliche mobili; b) il mercato dei servizi di diffusione radiotelevisiva.

La condizione complessiva della concorrenza è ancora troppo precaria, tuttavia, per giustificare l'abrogazione della regolamentazione specifica del settore in altri mercati all'ingrosso, quale ad esempio il mercato della banda larga. Gli operatori storici continuano a controllare gli elementi infrastrutturali di “strozzatura” – cosiddetti *bottlenecks* – ed i nuovi operatori dipendono ancora dall'accesso a tali infrastrutture per poter essere in grado di competere. In questi casi, pertanto, la Commissione propone di rendere la regolamentazione più snella ed efficiente, al fine di semplificare i meccanismi procedurali.

In particolare, secondo la Commissione, per molti mercati al dettaglio gli accordi all'ingrosso esistenti assicurano già una concorrenza sufficiente per garantire ai consumatori prezzi convenienti. Tale situazione è stata rilevata nelle analisi di mercato di diverse Autorità di regolazione nazionali. La concorrenza nella vendita al dettaglio, si evidenzia inoltre nei documenti pubblicati, dovrebbe aumentare ulteriormente non appena i rimedi all'ingrosso sinora adottati dai regolatori nazionali saranno interamente applicati e produrranno i loro effetti.

Più specificamente, i mercati di vendita al dettaglio che la Commissione considera maturi per la rimozione della regolamentazione *ex ante* sono quelli relativi ai servizi telefonici locali, nazionali ed internazionali forniti in postazione fissa per clienti residenziali (*ex* mercati nn. 3 e 4); ai servizi telefonici locali, nazionali ed internazionali forniti in postazione fissa per clienti non residenziali (*ex* mercati nn. 5 e 6); nonché all'insieme minimo di linee affittate (*ex* mercato n. 7).

E' prevista, inoltre, la fusione dei mercati dell'accesso alla rete telefonica pubblica in postazione fissa per clienti residenziali (*ex* mercato n. 1) e dell'accesso alla rete telefonica pubblica in postazione fissa per clienti non residenziali (*ex* mercato n. 2).

In tal modo, quindi, il numero di mercati per i quali è giustificata la regolamentazione *ex ante* sarebbe ridotto dagli attuali 18 a 12.

Nella consultazione pubblica, inoltre, la Commissione richiede se mercati ulteriori – ovvero il mercato dell'accesso e raccolta delle chiamate nelle reti telefoniche pubbliche mobili (*ex* mercato 15) ed il mercato dei servizi di diffusione radiotelevisiva (*ex* mercato n. 18) - debbano essere eliminati dal novero di quelli inclusi nella Raccomandazione ⁽⁴²⁾.

communication networks and services (Second edition)”, 28 June 2006, SEC(2006) 837, consultabile sul sito [web <http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/info_centre/public_consult/review/recommendation_final.pdf>](http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/info_centre/public_consult/review/recommendation_final.pdf).

⁽⁴²⁾ Si veda al riguardo, in specie: Commissione europea, “*Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services*”, cit., p. 3 ss.; “*Commission Staff Working*

A proposito di quest'ultimo mercato, in particolare, nella bozza di nuova Raccomandazione sui mercati rilevanti, innanzitutto si pone in evidenza come la trasmissione radiotelevisiva sia soggetta, negli ordinamenti nazionali, a diverse forme di regolamentazione ulteriori non strettamente collegate al potere di mercato delle imprese: appare evidente, in tal senso, il ruolo centrale della tutela del principio del pluralismo informativo. La specifica implementazione di ciascuna di esse, peraltro – rileva la Commissione – differisce in misura notevole fra i diversi Stati membri. In tale ottica, pertanto, è difficile valutare su base comunitaria le dinamiche effettive del mercato dietro quelle che si presentano come barriere all'entrata nello stesso.

In linea generale, mentre le dinamiche relative alle trasmissioni via satellite o via cavo risultano per lo più volte in direzione di una concorrenza effettiva, nella maggior parte degli Stati membri la situazione è diversa rispetto alle trasmissioni radiotelevisive terrestri. La disciplina della concorrenza, di per sé – afferma quindi la Commissione – pare suscettibile di non risultare pienamente efficace, riguardo alla fattispecie in oggetto, in quanto l'utilizzo esclusivo di tale strumento potrebbe non consentire di imporre e monitorare prontamente le misure opportune.

Pertanto, nei documenti presentati si ritiene preferibile lasciare “aperta” l'opzione se il mercato radiotelevisivo sarà incluso del tutto – ovvero se ne sarà inclusa soltanto una parte – all'interno della nuova Raccomandazione sui mercati rilevanti di prossima adozione.

La Commissione conclude, al momento, per la inclusione del mercato nella Raccomandazione; ciò, d'altronde, con la precisazione che – stanti anche il limitato numero delle notificazioni relative a tale mercato giunte sinora a Bruxelles (in quanto le analisi da parte di diverse Autorità nazionali sono ancora in corso), nonché la complessità delle questioni sollevate dallo stesso – la Commissione medesima attende di verificare le risposte che giungeranno dalla consultazione pubblica da essa avviata in merito ai documenti presentati ⁽⁴³⁾.

Ancora, aggiunge quindi la Commissione, il mercato nazionale all'ingrosso dei servizi internazionali di *roaming* per le reti telefoniche mobili (*ex* mercato n. 17) dovrebbe essere eliminato dalla Raccomandazione non appena entrerà in vigore il regolamento comunitario sul tema, in via di approvazione.

Al riguardo, difatti, nel mese di luglio 2006 la Commissione europea ha presentato al legislatore comunitario, ossia al Parlamento europeo ed al Consiglio, una proposta di regolamento finalizzata essenzialmente alla riduzione del costo dell'utilizzo dei telefoni cellulari all'estero, attraverso il quale la medesima intende garantire che i prezzi pagati dagli utenti di servizi di *roaming* all'interno dell'Unione europea non siano ingiustificatamente più alti di quelli praticati per le chiamate nel loro Paese di origine; ciò, nell'ottica della implementazione ulteriore di una effettiva “società della comunicazione” europea.

D'altro canto, a proposito dei cosiddetti “mercati emergenti”, ovvero quelli che essendo appunto *in nuce* non rispondono (almeno per il momento) ai suddetti tre requisiti generali previsti dalla Raccomandazione del 2003 sulla individuazione dei mercati rilevanti, nella bozza di nuova Raccomandazione presentata dalla Commissione viene riproposto, in sostanza, l'approccio già contemplato nel 2003 ed implementato nel documento adottato nel 2004, rivisto nel 2006, dallo *European Regulators Group* ⁽⁴⁴⁾ riguardo ai cosiddetti *remedies*, ovvero appunto i “rimedi” eventualmente imposti dalle Autorità nazionali ad esito delle analisi di mercato: un approccio, in sostanza, basato sull'assenza di interventi regolamentari, sino al momento in cui il nuovo mercato si sia

Document – Draft Commission Recommendation On Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector”, cit., in specie p. 17 ss..

⁽⁴³⁾ Cfr. ancora: Commissione europea, “*Commission Working Staff Document – Draft Commission Recommendation On Relevant Product and Service Markets*” cit., pp. 44 ss. e 53 s..

⁽⁴⁴⁾ L'ERG è un organismo composto dai rappresentanti di trentatré Autorità europee di regolazione nel settore delle comunicazioni elettroniche, istituito dalla Commissione europea nel 2002 con l'obiettivo di supportare la Commissione medesima nel perseguimento di un'applicazione conforme ed armonizzata del *framework* regolatorio europeo di settore (vi partecipa anche la Commissione). Per l'anno 2007, alla presidenza dell'ERG è stata designata l'Autorità garante per le comunicazioni italiana. Il documento al quale si fa riferimento nel testo è il seguente: ERG, “*Revised Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ENCS regulatory framework*”, Erg (06) 33, May 2006, consultabile sul sito *web* <http://erg.eu.int/doc/meeting/erg_06_33_remedies_common_position_june_06.pdf> (al riguardo, v. anche *infra*, al paragr. 4.3.).

sviluppato al punto da potere (in ipotesi) rispondere ai tre criteri generali già previsti nella Raccomandazione del 2003 ⁽⁴⁵⁾.

In ultimo, avendo constatato la necessità di una maggiore armonizzazione nell'applicazione dei *remedies* da parte delle Autorità di regolamentazione nazionali, la Commissione propone di estendere il suo "potere di veto", previsto dalla attuale direttiva "quadro" in relazione alle analisi di mercato, altresì ai rimedi che le Autorità nazionali abbiano intenzione di adottare ad esito di tali analisi ⁽⁴⁶⁾.

Le proposte di riforma presentate dalla Commissione sono state sottoposte a consultazione pubblica sino alla fine del mese di ottobre 2006. In base alle osservazioni ricevute, la Commissione intende proporre misure legislative al Parlamento europeo ed al Consiglio entro la fine del 2006. Si prevede che la nuova Raccomandazione sui mercati rilevanti sia adottata dalla Commissione ed entri in vigore nel primo trimestre del 2007. Secondo gli obiettivi fissati dalla Commissione, infine, le nuove norme dovrebbero essere recepite pienamente negli ordinamenti nazionali entro il 2010 ⁽⁴⁷⁾.

4. La nuova categoria dei "mercati emergenti" e la loro disciplina.

4.1. I mercati emergenti dai processi d'innovazione e le questioni ad essi correlate: spunti di riflessione.

Una tematica di notevole interesse, sino ad oggi piuttosto trascurata in dottrina, appare quella dell'applicazione della disciplina *antitrust* con riferimento ai mercati "emergenti" dai processi d'innovazione, ed in particolare da quello della convergenza tecnologica.

La concorrenza e l'innovazione, come noto, sono fenomeni strettamente interconnessi ⁽⁴⁸⁾. In tale ottica, la dinamica concorrenziale è stata autorevolmente definita come un processo di "distruzione creativa" ⁽⁴⁹⁾. Ciò, in quanto il processo d'innovazione può ben dare luogo alla creazione di posizioni di notevole potere di mercato, nel momento in cui un nuovo prodotto riesce ad affermarsi come innovativo, ad esempio conquistando un mercato già esistente ovvero, in ipotesi, persino creandone uno *ex novo*.

Peraltro, se la dinamica concorrenziale si svolge correttamente, ovvero viene adeguatamente tutelata, l'anzidetto *market power* sarà soltanto temporaneo: un prodotto di successo – in un ambiente competitivo basato appunto sulla innovazione – è destinato comunque a trovare, prima o dopo, un prodotto concorrente che sia preferito dai consumatori ⁽⁵⁰⁾.

D'altronde, nell'industria delle comunicazioni, oltre alle difficoltà derivanti delle economie di rete che la caratterizzano ⁽⁵¹⁾, i *new comers* possono trovarsi di fronte anche azioni – legittime o illegittime – intraprese da parte degli operatori *incumbents*, volte a ritardare o dissuadere il loro accesso al mercato. Questi ultimi, difatti, possono adottare comportamenti anticompetitivi quali, ad esempio,

⁽⁴⁵⁾ Si veda: "Commission Staff Working Document – Draft Commission Recommendation On Relevant Product and Service Markets", cit., pp. 17 e 49.

⁽⁴⁶⁾ Cfr.: "Communication on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services", cit., p. 10; "Commission Staff Working Document – Communication on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services", cit., p. 20 ss..

⁽⁴⁷⁾ Per un primo esame delle norme proposte dalla Commissione nei documenti relativi alla *Review 2006*, si vedano anche: A. RENDA, *Last call for Lisbon? Suggestions for the Future Regulation of E-Communications in Europe*, CEPS Task Force Reports, Bruxelles, 2006; A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., par. V.3.2., e ID., *Frequenze radiotelevisive: primi passi verso un "mercato unico" europeo?*, versione estesa del contributo pubblicato su *Il Sole 24 Ore* del 6 agosto 2006, consultabile sul sito *web* <<http://www.luiss.it/ricerca/centri/opicc/documenti/index.php>>.

⁽⁴⁸⁾ In argomento, si veda da ultimo, per tutti: G. GHIDINI, *Intellectual Property and Competition Law. The Innovation Nexus*, Cheltenham (U.K.), Northampton (Mass., U.S.A.), 2006.

⁽⁴⁹⁾ J. A. SCHUMPETER, *Teoria dello sviluppo economico*, Firenze, 1977 (1912), e ID., *Capitalism, Socialism, Democracy*, New York, 1975 (1942); cfr. altresì, al riguardo: J. ELLIG, *Dynamic Competition and Public Policy: Technology, Innovation and Antitrust Issues*, Cambridge, 2001; F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, op. cit., p. 96 ss.; T. M. JORDE, J. D. TEECE, *Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1990, n. 3, p. 75 ss..

⁽⁵⁰⁾ Sul tema, v. in particolare: C. SHAPIRO, H.R. VARIAN, *Information Rules. Le regole dell'economia dell'informazione*, op. cit., in specie pp. 211 ss. e 367 ss..

⁽⁵¹⁾ Al riguardo, si rinvia *supra*, al paragr. 1, nota 11.

quello di rendere incompatibili i propri prodotti con quelli dei nuovi entranti⁽⁵²⁾, ovvero di diffondere notizie false in relazione al proprio o altrui prodotto, ovvero alle aziende nuove entranti sul mercato⁽⁵³⁾.

Pertanto, in un contesto simile, è necessario vigilare con attenzione al fine di evitare che le imprese dotate di notevole potere di mercato, in specie tramite il controllo sull'accesso dei concorrenti attuali o potenziali, nonché degli utenti, alle reti, possano ostacolare l'innovazione e la concorrenza da parte di altri operatori; ossia, onde evitare che l'accennato meccanismo della "dominanza temporanea" originata dall'innovazione tecnologica dia luogo ad un fenomeno di "dominanza persistente"⁽⁵⁴⁾.

In generale, nei diversi mercati dell'odierna industria delle comunicazioni, nei casi in cui fenomeni di convergenza determinati dal progresso tecnologico hanno fatto emergere nuove opportunità economiche – riguardo sia alla introduzione di prodotti innovativi, sia alle possibili sinergie ed economie associate alla offerta congiunta di un insieme di servizi – si assiste ad una tendenza crescente degli operatori verso la espansione dei loro ambiti di operatività.

Tali fenomeni costituiscono, solitamente, il risultato di un processo naturale di adeguamento delle strategie d'impresa al nuovo contesto economico (e, ove del caso, normativo), favorendo in molti casi una evoluzione positiva dei mercati interessati verso assetti più dinamici ed efficienti.

D'altro canto, al tempo stesso, essi evidenziano la rilevanza del ruolo – e le correlate responsabilità – delle Autorità pubbliche preposte alla tutela od alla promozione della concorrenza nel garantire, da un lato, che il quadro regolamentare vigente, nonché la sua applicazione, non compromettano lo sviluppo di nuovi prodotti o servizi, ovvero in ipotesi di nuovi mercati; dall'altro, che il *market power* detenuto da talune imprese non venga sfruttato dalle stesse al fine di ostacolare o compromettere le dinamiche competitive dei mercati esistenti, ovvero per indirizzare verso assetti non concorrenziali nuovi "mercati emergenti"⁽⁵⁵⁾.

In particolare, le barriere all'entrata nel mercato della offerta e della fruizione di servizi, nel contesto dei mercati emergenti dal processo di convergenza tecnologica, possono essere fondamentalmente di due tipi, ovvero: a) le barriere nei mercati a monte, riguardo alla disponibilità della rete di accesso o piattaforma trasmissiva necessarie per l'erogazione del servizio; b) le barriere relative alla disponibilità dei contenuti (o, *lato sensu*, dati) da diffondersi tramite il servizio stesso⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵²⁾ Azione che peraltro *ex se*, ove lo standard sia brevettato, risulterebbe legittima. Al riguardo, è stato evidenziato che le Autorità poste a promozione ed a tutela della concorrenza potrebbero, in ipotesi, rendere obbligatoria la compatibilità degli *standards* nell'industria; ma se *ex post* – ossia dopo che uno standard si sia affermato sul mercato – ciò può dare luogo ad effetti benefici e pro-concorrenziali, viceversa, ove tale imposizione avvenga *ex ante* – ossia prima che un dato prodotto appaia o si diffonda sul mercato – essa potrebbe comportare effetti negativi sugli incentivi ad innovare e ad introdurre nuovi prodotti sul mercato da parte delle imprese; al riguardo, cfr.: M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, op. cit., p. 83. In generale, con riferimento alla tematica del rapporto fra azioni regolamentari pubbliche ed investimenti privati nell'industria delle comunicazioni, si vedano altresì in specie: J. FARRELL, M.L. KATZ, *Public Policy and Private Investment in Advanced Telecommunications Infrastructure*, in *IEEE Communications Magazine*, July 1998, p. 87 ss., consultabile altresì sul sito *web* <<http://groups.haas.berkeley.edu/imio/crtp/publications/workingpapers/wp52.PDF>>, e IID., *The Effects of Antitrust and Intellectual Property Law on Compatibility and Innovation*, in *Antitrust Bulletin*, Fall/Winter 1998, p. 609 ss..

⁽⁵³⁾ A proposito delle diverse possibili pratiche anticompetitive nelle industrie a rete, ed al ruolo della normativa *antitrust* rispetto alle medesime, oltre alle opere cit. *supra* al paragr. 1, nota 11, v. in specie: D. L. RUBINFELD, *Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries*, in *Antitrust Bulletin*, Fall/Winter 1998, p. 859 ss..

⁽⁵⁴⁾ Cfr.: M. MONTI, *Antitrust e regolamentazione nell'industria delle comunicazioni elettroniche – principi e prospettive*, intervento al Seminario "La costruzione del mercato delle telecomunicazioni fisse e mobili: il bilancio dell'era ONP e le prospettive del nuovo quadro regolamentare della UE", organizzato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni presso Napoli (Castel dell'Ovo), 22 marzo 2004, *Speech/04/144*, consultabile sul sito *web*: <http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html>, p. 3. In argomento, evidentemente, risulta di notevole interesse – sebbene le questioni rilevanti nella(-e) fattispecie non appaiano direttamente riconducibili alla categoria dei "mercati emergenti" quale individuata nell'ambito del presente contributo – la lunga diatriba processuale (*lato sensu*) che negli ultimi anni, sia negli Stati Uniti che in Europa, ha visto protagonista la Microsoft. In proposito, *ex multis*, si rinvia da ultimo a: F. LÉVÊQUE, *Innovation Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*, in *World Competition*, 2005, n. 1, p. 71 ss.; R. PARDOLESI, A. RENDA, *The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?*, in *World Competition*, 2004, n. 4, p. 513 ss..

⁽⁵⁵⁾ Per una definizione dei quali, si veda *infra*, al paragr. 4.4. (oltre che, *amplius*: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit.).

⁽⁵⁶⁾ Queste ultime esulano dall'ambito della presente ricerca. Al riguardo, si rileva soltanto come, posto che la scelta del consumatore fra i diversi servizi – e fornitori – è influenzata prevalentemente, a parità di costo, dalla quantità, varietà ed innovatività dei contenuti (o dati) offerti, l'accesso a tali contenuti rappresenta un elemento di fondamentale rilevanza nel

Le barriere che si sono denominate “nei mercati a monte” sono costituite, in sostanza, dalla esistenza di ostacoli all’accesso ad una delle piattaforme trasmissive necessarie alla erogazione dei nuovi servizi. In tale ambito, evidentemente, la esistenza di soggetti “*gate-keepers*” nel mercato dell’accesso influenza e condiziona lo sviluppo stesso, nonché le dinamiche future, dei mercati nascenti.

Di conseguenza, le Autorità *antitrust* prendono in esame con particolare attenzione gli effetti preclusivi determinati dalla presenza di posizioni dominanti, o comunque di *market power*, nel mercato dell’accesso.

Nella prospettiva sinora proposta, un ruolo di rilievo è occupato, quindi, dalla questione delle concentrazioni, di natura orizzontale o verticale, realizzate da soggetti i quali detengano già un consistente potere nel mercato a monte della filiera relativa alla offerta dei nuovi servizi e/o prodotti⁽⁵⁷⁾.

Al riguardo, in particolare, si è rilevato come: “*in new economy sectors, where access to networks is essential to be able to provide a wide range of services, “gate-keeper” effects can become a major concern ... control over important communication infrastructures ... could be used to leverage the parties’ positions into related markets*”⁽⁵⁸⁾.

Con riferimento al tema del *leveraging* del potere di mercato detenuto da una impresa su un altro ad esso collegato, ovvero dallo stesso *lato sensu* derivato (ad esempio in quanto si avvale delle stesse reti e/o infrastrutture), la direttiva “quadro”, all’art. 14, comma 3, ha previsto esplicitamente che: “*Se un’impresa dispone di un significativo potere su un mercato specifico, può parimenti presumersi che essa abbia un significativo potere in un mercato strettamente connesso qualora le connessioni tra i due mercati siano tali da consentire al potere detenuto in un mercato di esser fatto valere nell’altro, rafforzando in tal modo il potere complessivo dell’impresa interessata*”⁽⁵⁹⁾.

D’altronde, nelle “*Linee direttrici della Commissione per l’analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*”⁽⁶⁰⁾, al paragrafo 84, si è specificato come: “*Nella prassi tuttavia, qualora si individui un’impresa che gode di un significativo potere di mercato a monte, nel mercato all’ingrosso o dell’accesso, le ANR saranno di norma in grado di impedire ogni probabile effetto di riversamento o di leva a valle, nei mercati al dettaglio o dei servizi, imponendo a detta impresa obblighi a norma della direttiva accesso atti a evitare tali effetti. Pertanto le ANR dovranno esaminare l’applicabilità dell’articolo 14, paragrafo 3, soltanto laddove l’imposizione degli obblighi ex ante a*

determinare il grado di concorrenzialità del mercato. In conseguenza di quanto sopra, difatti, il processo di convergenza fra i mezzi di comunicazione può produrre lo “slittamento” di eventuali effetti di strozzatura dalla rete al contenuto, e la creazione, nel medio/lungo periodo, di una carenza di contenuti adeguati, quanto meno per alcuni operatori, presenti sul mercato o potenziali nuovi entranti. Inoltre, la impossibilità di accedere ai contenuti principali può rappresentare un disincentivo ulteriore a realizzare investimenti in infrastrutture. Pertanto il principio, valido in linea generale, in base al quale gli accordi fra titolari dei diritti, fornitori di contenuti e gestori degli stessi possono essere sottoposti al vaglio della disciplina *antitrust*, ove sia prevista la concessione dell’esclusiva, dovrà valere in misura ancora maggiore, in virtù di quanto si è accennato, con riferimento al settore in oggetto, ed in specie avendo riguardo ai mercati emergenti nell’ambito dello stesso. A proposito del tema dell’accesso ai contenuti, si rinvia, *amplius*, a: D. GERADIN, *Access to content by new media platforms: a review of the competition law problems*, in *European Law Review*, 2005, p. 68 ss.; L. DI FELICIANONIO, *Competizione tra piattaforme nel mercato televisivo digitale*, op. cit., p. 560 ss.; F. GRAZIADEI, G. RIZZO, A. STAZI, *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, cit., p. 551 s.; V. ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti fra gestori di reti e fornitori di contenuti nel contesto europeo*, op. cit., p. 45 ss.; F. GHEZZI, *La valutazione delle concentrazioni verticali nei “mercati della convergenza” tra i settori delle telecomunicazioni e dell’emittenza televisiva*, op. cit., pp. 574 ss. e 596 ss..

⁽⁵⁷⁾ Per una panoramica generale dei temi sollevati dalle operazioni di concentrazione in relazione ai profili dell’innovazione e del progresso tecnologico, si rinvia in specie a: M.L. KATZ, H.A. SHELANSKI, *Merger Policy and Innovation: Must Enforcement Change to Account for Technological Change?*, in A.B. JAFFE, J. LERNER, S. STERN (a cura di), *Innovation Policy and the Economy*, Vol. 5, Cambridge (Mass., U.S.A.), Londra, 2005, p. 109 ss..

⁽⁵⁸⁾ M. MONTI, *European Competition Policy for the 21st Century*, intervento alla “XXVIII Annual Conference on International Antitrust Law and Policy”, New York, 20 ottobre 2000, *Speech/00/389*, consultabile sul sito web <http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_2000.html>. Cfr. altresì: S.C. SALOP, D. SCHEFFMAN, *Raising rival’s costs*, in *American Economic Review*, 1983, p. 267 ss.; N. ECONOMIDES, *Raising Rivals’ Costs in Complementary Good Markets: LECs Entering into Long Distance and Microsoft Bundling Internet Explorer*, New York University, Center for Law and Business, Working Paper n. 98-004, March 1998.

⁽⁵⁹⁾ L’origine del principio si è avuta nel *leading case*: Corte di Giustizia CE, sentenza 14 novembre 1996, Tetra Pak International SA / Commissione (Tetra Pak II), causa C-333/94, in *Racc. CGCE-TPG* 1996, p. I-5951 ss..

⁽⁶⁰⁾ Adottate in data 9 luglio 2002, pubblicate in *G.U.C.E.* n. C 165 dell’11/7/2002.

un'impresa in posizione dominante nel mercato a monte (accesso) non risulti in una concorrenza effettiva nel mercato a valle (dettaglio)” ⁽⁶¹⁾.

In sostanza, gli effetti di “*pre-emption*” derivanti dai processi suddetti impediscono agli eventuali concorrenti il conseguimento delle economie di scala minime necessarie per la implementazione di una offerta di servizi competitiva. Tali conseguenze possono risultare, poi, amplificate là dove – e nella misura in cui – agli effetti verticali vadano ad affiancarsi eventuali effetti conglomerati derivanti dalle operazioni stesse ⁽⁶²⁾.

I soggetti in posizione dominante nei mercati a monte, ancora, potrebbero mettere in atto pratiche di *defensive leveraging* ⁽⁶³⁾, consistenti nella monopolizzazione di mercati collegati, ovvero in particolare, nel caso, di mercati emergenti, al fine di neutralizzare gli effetti pro-concorrenziali che potrebbero conseguire ad una piena apertura del mercato dell'accesso, ovvero, in generale, allo sviluppo del mercato collegato o della nuova piattaforma.

Avendo evidentemente ben chiaro quanto sin qui evidenziato, la Commissione europea pare aver adottato, in tema di mercati emergenti, un approccio improntato ad una “vigilanza cauta”, che potrebbe definirsi “*innovation-oriented*”.

Il modello indicato dalla Commissione, in sostanza, è volto ad evitare il rischio di una disciplina – nonché di una sua applicazione – intrusiva, la quale, nell'ottica della tutela o promozione della concorrenza, giunga piuttosto ad impedire lo sviluppo di servizi o prodotti ad elevato carattere d'innovazione, ovvero di nuovi mercati ⁽⁶⁴⁾.

4.2. La prassi delle Autorità antitrust riguardo ai mercati nascenti dal processo di convergenza tecnologica.

Nella prassi, negli ultimi anni si sono registrate talune decisioni delle Autorità poste a tutela della concorrenza a livello comunitario e nazionale, in relazione ad operazioni di concentrazione, le quali hanno preso in considerazione proprio i mercati emergenti nell'industria delle comunicazioni ed, in particolare, l'ingresso di imprese dominanti nei settori tradizionali delle telecomunicazioni in mercati nascenti contigui o correlati.

La tendenza di fondo che pare emergere dai più rilevanti fra tali casi potrebbe essere individuata nel tentativo, da parte degli operatori *incumbents*, di monopolizzare il mercato a valle della offerta di nuovi servizi tramite il controllo di infrastrutture a monte. La valutazione concorrenziale di fattispecie

⁽⁶¹⁾ Si vedano anche, in proposito: M. SIRAGUSA, S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, op. cit., p. 552 s.; A. VALLI, A. COSTA, *La convergenza nelle telecomunicazioni e con la televisione: aspetti legali e regolamentari*, op. cit., p. 149 s..

⁽⁶²⁾ Al riguardo, è stato evidenziato come: “*the more important the network becomes, the greater the risk that competition problems will emerge*” (M. MONTI, *Competition and Information technologies*, intervento al Convegno “*Barriers in Cyberspace*”, Bruxelles, Kangaroo Group, 18 settembre 2000, *Speech/00/315*, consultabile sul sito web <http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_2000.html>). Sul tema, cfr. in specie: F. GHEZZI, *La valutazione delle concentrazioni verticali nei “mercati della convergenza” tra i settori delle telecomunicazioni e dell'emittenza televisiva*, op. cit., p. 574.

⁽⁶³⁾ Sul tema, si vedano, fra gli altri: R. COOPER FELDMAN, *Defensive Leveraging in Antitrust*, in *Georgetown Law Journal*, 1999, n. 6, p. 79 ss.; M. MONTI, *Access to content and the development of competition in the New Media market – the Commission's approach*, intervento al “*Workshop on access to quality audiovisual contents and development of New Media*”, Bruxelles, 8 luglio 2004, *Speech/04/353*, consultabile sul sito web <http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/index_2004.html>, p. 7.

⁽⁶⁴⁾ In proposito, la Commissione richiama espressamente il criterio della “concorrenza dinamica”, in base al quale è possibile che all'innovatore sia consentito, per un limitato periodo di tempo, il godimento di una protezione della sua innovazione, tale da permettergli la piena appropriazione dei benefici che ne derivano (affinché non venga disincentivata la sua propensione all'innovazione). Si veda: Commissione europea, “*Raccomandazione della Commissione relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili 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*”, cit., consid. 13°, e Id., “*Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*”, cit., par. 35 (il modello richiamato dalla Commissione è riconducibile al contributo di J. A. SCHUMPETER, cit. *supra*); sul tema, v. anche, fra gli altri: T.M. JORDE, D.J. TEECE, *Innovation, Market Structure and Antitrust, harmonizing competition policy in regimes of rapid technological change*, in L. WAVERMAN, W.S. COMANOR, A. GOTO (a cura di), *Competition Policy in the Global Economy*, Londra-New York, 1997, p. 289 ss..

simili richiede, quindi, una complessa analisi relativa all'impatto concorrenziale dell'operazione rispetto alla piattaforma trasmissiva utilizzata, nonché ai mercati correlati dei nuovi servizi.

Procedendo brevemente ad una rassegna sommaria delle decisioni suddette ⁽⁶⁵⁾, ad esempio, nel provvedimento Vodafone Airtouch/Mannesmann ⁽⁶⁶⁾, la Commissione europea ha ritenuto che l'operazione avrebbe potuto produrre effetti anticoncorrenziali nel nascente mercato comunitario dei servizi di telefonia mobile alle imprese multinazionali, in quanto il soggetto risultante dall'operazione, già presente con una quota di mercato significativa a livello mondiale, avrebbe acquisito una posizione dominante nel mercato europeo.

A seguito dell'istruttoria, pertanto, al fine di porre rimedio agli effetti restrittivi individuati dalla Commissione, la Vodafone si è impegnata a fornire accesso alla propria rete integrata in modo non discriminatorio, onde consentire ai concorrenti, al momento impegnati nella costruzione dei propri *networks*, di poter accedere agli utenti finali, per un periodo di tre anni.

Nel caso della decisione Vivendi/Canal+/Seagram ⁽⁶⁷⁾, concernente l'acquisizione di quest'ultima da parte del gruppo Vivendi/Canal+, analogamente, la Commissione ha individuato i mercati emergenti dei portali Internet e della diffusione della musica *on line*.

Quindi, essendosi ritenuto che l'operazione di concentrazione dava luogo a rischi per la concorrenza, sono stati imposti alle parti gli obblighi di: a) consentire a tutti i concorrenti l'accesso ai contenuti musicali della Universal a condizioni tecniche ed economiche non discriminatorie, predisponendo procedure arbitrali adeguate per la soluzione delle relative controversie; b) limitare l'accesso ai contenuti cinematografici della Universal, mediante impegni contrattuali; c) vendere la partecipazione di Vivendi in BSkyB.

A livello nazionale, di notevole rilievo sono state diverse decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che hanno interessato tutte, direttamente o indirettamente, il gruppo Telecom Italia ⁽⁶⁸⁾.

Con riferimento, in primo luogo, ad una operazione di concentrazione fra Telecom Italia e Seat Pagine Gialle ⁽⁶⁹⁾, l'Autorità *antitrust* ha ritenuto che il rafforzamento della posizione dominante di Telecom in una pluralità di mercati contigui rispetto a quelli della telefonia fissa – in cui come è noto T.I. è l'operatore *incumbent* – destasse particolari preoccupazioni, considerate la struttura verticalmente integrata della società e la possibilità che, in seguito all'operazione, la stessa potesse in essere comportamenti abusivi, volti alla esclusione dei concorrenti dal mercato.

Nel corso del procedimento, peraltro, Telecom Italia e Seat hanno presentato degli impegni, i quali sono stati ritenuti dall'Autorità, in gran parte, sufficienti a rimuovere i potenziali effetti anticoncorrenziali dell'operazione. Gli impegni proposti hanno riguardato sia cessioni delle attività dalle quali sarebbe derivato il rafforzamento della posizione dominante di T.I., sia la cessione gratuita *on line* della intera banca dati degli abbonati al servizio telefonico, senza vincoli di utilizzo, agevolando così l'attività dei nuovi operatori e consentendo la realizzazione di servizi innovativi a beneficio dei consumatori/utenti.

Ancora, con riferimento alla operazione diretta all'acquisto del controllo esclusivo della Cecchi Gori Communications da parte della Seat Pagine Gialle ⁽⁷⁰⁾ (e quindi, indirettamente, del gruppo Telecom Italia ⁽⁷¹⁾), l'AGCM ha ritenuto che l'operazione rischiava di rafforzare la posizione dominante del gruppo Telecom nei mercati "più tradizionali" della raccolta pubblicitaria, sia pure differenziati in relazione al mezzo utilizzato per veicolare il messaggio.

⁽⁶⁵⁾ Rinviano, per un esame più ampio della casistica, a: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., par. IV.1.4., IV.2, IV.3.

⁽⁶⁶⁾ Commissione europea, decisione 12 aprile 2000, Vodafone Airtouch/Mannesmann, caso COMP/M.1795, in *G.U.C.E.* n. C 141 del 19/5/2000.

⁽⁶⁷⁾ Commissione europea, decisione 13 ottobre 2000, Vivendi/Seagram/Canal+, caso COMP/M.2050, in *G.U.C.E.* n. C 311, 31/10/2000.

⁽⁶⁸⁾ Di seguito, anche "T.I."

⁽⁶⁹⁾ AGCM, provvedimento 27 luglio 2000, n. 8545, Telecom Italia/Seat Pagine Gialle, caso C3932, in *Boll. AGCM* n. 30/2000.

⁽⁷⁰⁾ AGCM, provvedimento 23 gennaio 2001, n. 9142, Seat Pagine Gialle/Cecchi Gori Communications, caso C4158, in *Boll. AGCM* n. 3/2001.

⁽⁷¹⁾ Il quale, mediante la concentrazione, intendeva procedere alla integrazione della propria offerta di prodotti e servizi di telecomunicazioni con l'esercizio di due emittenti televisive in chiaro (TMC e TMC2).

Inoltre, la impossibilità per i concorrenti di accedere alle infrastrutture civili realizzate da T.I., e predisporre così una propria rete alternativa in tempi sufficientemente brevi, avrebbe rappresentato un ostacolo significativo alla concorrenza nei nuovi mercati della fornitura di servizi interattivi e multimediali.

Di conseguenza, l'Autorità ha autorizzato la concentrazione sottoponendola a talune misure volte ad impedire che le restrizioni concorrenziali suddette potessero realizzarsi: ciò, in particolare, fissando il diritto degli operatori concorrenti di T.I. di accedere all'infrastruttura civile per la posa di cavi in fibra ottica, al fine di favorire lo sviluppo di una concorrenza fra reti di telecomunicazione diverse ⁽⁷²⁾.

Ancora, nel 2003, l'Autorità Garante ha autorizzato, subordinatamente al rispetto di alcune condizioni, l'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione da parte del gruppo Telecom Italia della Megabeam Italia ⁽⁷³⁾, società attiva nella fornitura delle infrastrutture R-LAN e dei relativi servizi *wi-fi* ⁽⁷⁴⁾.

In particolare, l'AGCM ha rilevato come la concentrazione notificata potesse dare luogo alla costituzione di una posizione dominante in capo a Telecom nel mercato dei servizi di accesso *wi-fi* ad uso pubblico, data la disponibilità di importanti siti commerciali (aeroporti ed alberghi) sia in capo alla Megabeam che alla stessa T.I.

L'operazione, inoltre, avrebbe consentito a Telecom di rafforzare la propria posizione dominante nel mercato a monte della fornitura di servizi di accesso e connettività a larga banda, ed in quello a valle della fornitura all'utenza finale di servizi di accesso ad Internet a banda larga.

Di conseguenza, al fine di eliminare le possibili distorsioni della concorrenza derivanti dall'operazione, l'Autorità ⁽⁷⁵⁾ ha deciso di subordinare l'autorizzazione della concentrazione a talune condizioni, ovvero: a) obbligo di rinunciare, entro venti giorni dalla data di perfezionamento dell'acquisizione di Megabeam da parte di Telecom, a tutte le esclusive in vigore a favore di T.I. e Megabeam, con estensione di tale obbligo anche ai nuovi accordi relativi alle attività stesse, stipulati dal gruppo Telecom in seguito alla realizzazione dell'operazione; b) obbligo di separazione societaria di tutte le attività inerenti la fornitura di servizi *wi-fi* del gruppo T.I., incluse quelle al momento in capo a Megabeam, entro sei mesi dalla decisione; c) obbligo in capo al gruppo Telecom ed a Megabeam di stipulare contratti di *roaming* a condizioni tecnico-economiche eque e non discriminatorie, in base al principio di parità di trattamento fra le controllate e collegate del gruppo T.I. e gli altri *players* sul mercato.

Considerati i citati rimedi imposti dall'Autorità, peraltro, il gruppo Telecom Italia ha preferito non portare a termine l'operazione di concentrazione.

Da ultimo, nel recente caso R.T.I.-Reti Televisive Italiane ⁽⁷⁶⁾/Ramo di azienda di Europa TV ⁽⁷⁷⁾, l'operazione riguardava l'acquisizione, da parte della R.T.I., di un ramo di azienda di proprietà

⁽⁷²⁾ Per considerazioni più ampie in merito al caso, si rinvia a: F. GHEZZI, *La valutazione delle concentrazioni verticali nei "mercati della convergenza" tra i settori delle telecomunicazioni e dell'emittenza televisiva*, op. cit., p. 583 ss.; M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, op. cit., p. 323 ss.; B. MALAISI, *La convergenza tra televisione e telecomunicazioni nel caso Seat-Tmc* (nota a T.A.R. Lazio, II Sez., 7 marzo 2001, n. 1852, e Cons. Stato, VI Sez., 26 giugno 2001, n. 282), in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002, n. 1, p. 57 ss..

⁽⁷³⁾ AGCM, provvedimento 7 agosto 2003, n. 12319, Telecom Italia/Megabeam Italia, caso C5838, cit.; la decisione può leggersi anche in *Il diritto industriale*, 2004, n. 1, p. 69 ss., con nota di G. COLANGELO (*Telecom, Megabeam e la corsa al Wi-Fi*).

⁽⁷⁴⁾ Le infrastrutture R-LAN (*Radio Local Area Network*) consentono all'utente, mediante PC portatile o palmare dotato di apposita scheda *wireless* o altro strumento equivalente, di collegarsi alla rete fissa di comunicazione in qualunque punto dell'area di copertura delle antenne, senza bisogno di cavi di collegamento fra il terminale ed il punto di accesso della rete, tramite l'impiego, condiviso e non protetto da interferenze, di frequenze radio (cosiddetta modalità *wireless fidelity*, o *wi-fi*). Attraverso i sistemi *wi-fi*, è possibile offrire: a) servizi di accesso a Internet/Intranet e trasmissione dati *wireless*, a larga banda, all'utenza finale; b) servizi di accesso *wholesale* dedicati agli operatori, i quali forniranno a loro volta i servizi citati *sub* a) alla propria utenza finale, utilizzando gli apparati *wi-fi* degli operatori che li hanno installati tramite accordi (di *roaming*) per l'accesso speciale alla rete.

⁽⁷⁵⁾ Dopo aver esaminato gli impegni proposti dalle parti, avendoli ritenuti non sufficienti a risolvere le questioni concorrenziali sollevate dall'operazione.

⁽⁷⁶⁾ Gruppo Mediaset.

⁽⁷⁷⁾ AGCM, provvedimento 10 aprile 2006, n. 15333, caso C7493, cit..

dell'emittente Europa TV ⁽⁷⁸⁾, al fine dello sviluppo di una rete di trasmissione per la televisione in mobilità in tecnologia DVB-H ⁽⁷⁹⁾.

Ad esito dell'istruttoria, l'Autorità ha ritenuto che la concentrazione dovesse connotarsi per i seguenti elementi essenziali: a) destinazione esclusiva della rete alla fornitura di contenuti televisivi su terminali mobili in tecnica DVB-H; b) apertura della rete stessa agli operatori di telecomunicazioni che ne facciano richiesta, a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie; c) possibilità di trasporto sulla rete anche di contenuti di fornitori terzi, oltre a quelli di RTI; d) modello di *business* implicante la piena responsabilità degli operatori telefonici in relazione all'offerta e alla gestione dei contenuti, con conseguente astensione del gruppo Mediaset dall'offerta di servizi televisivi in mobilità direttamente al consumatore finale; e) raccolta pubblicitaria di esclusiva competenza e profitto degli operatori mobili ⁽⁸⁰⁾.

Pertanto, considerata altresì la destinazione della capacità trasmissiva oggetto dell'operazione, da parte del gruppo Mediaset, esclusivamente allo sviluppo di una rete trasmissiva in tecnologia DVB-H per la fornitura di contenuti televisivi su terminali mobili, “*in un mercato in via di formazione, senza risvolti di rilievo concorrenziale nel mercato delle reti digitali*”, previa riserva di una nuova valutazione nell'ipotesi della messa in atto di una operazione diversa da quella descritta, l'AGCM ha deciso di autorizzare – stanti gli impegni assunti da RTI e le condizioni vincolanti suddette – l'operazione di concentrazione medesima.

Dunque, nei diversi casi brevemente passati in rassegna, le Autorità *antitrust* sia comunitaria che nazionale hanno ritenuto che le concentrazioni notificate potessero essere realizzate soltanto a seguito dell'assunzione da parte degli operatori di impegni specifici, volti ad impedire il rafforzamento o la creazione di posizioni dominanti nei mercati emergenti di volta in volta interessati, nonché nei mercati a monte o a valle dei medesimi.

4.3. I limiti dell'antitrust di fronte ai mercati emergenti e le “aree di confusione” con la regolazione (impegni, essential facilities).

Peraltro, di fronte alle complesse questioni poste dai mercati emergenti ⁽⁸¹⁾, l'applicazione esclusiva della disciplina *antitrust* sembra potere a volte, in concreto, non risultare efficace.

In primo luogo, difatti, in generale, il diritto della concorrenza si applica soltanto dopo che vi sia stata una “rottura” della situazione competitiva del mercato; pertanto esso è in grado di rimuovere, eventualmente, gli effetti anticoncorrenziali di tale violazione, ma non sempre altresì la causa della situazione anticoncorrenziale alla base della stessa ⁽⁸²⁾.

Più specificamente, per quanto concerne i rimedi che possono essere imposti ai sensi della disciplina *antitrust*, l'ambito di applicazione degli stessi comprende essenzialmente, come noto, le categorie delle sanzioni pecuniarie e degli “impegni”, di natura comportamentale ovvero strutturale.

⁽⁷⁸⁾ Controllata dalla società Holland Coordinator & Service Company Italia (guidata dall'imprenditore franco-tunisino Tarak Ben Ammar) e dall'emittente televisiva francese TF1.

⁽⁷⁹⁾ Il DVB-H (*Digital Video Broadcasting – Handheld*) è stato adottato nel novembre del 2004 dall'ETSI (*European Telecommunications Standards Institute*), con il documento “*Digital Video Broadcasting: Transmission System for Handheld Terminals* (DVB-H; ETSI EN 302 304 V1.1.1 (2004-11), consultabile sul sito *web* <<http://www.etsi.org>>), quale standard europeo per la fornitura di servizi televisivi *broadcast* in mobilità. Per un'analisi più ampia delle caratteristiche tecniche ed economiche, nonché in particolare dei profili giuridici, correlati all'avvento della televisione in mobilità, si rinvia di nuovo a: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit..

⁽⁸⁰⁾ Cfr.: AGCM, provvedimento 10 aprile 2006, n. 15333, cit., paragr. 109 ss..

⁽⁸¹⁾ Alle quali si è fatto cenno *supra*, al paragr. 4.1. (al riguardo, inoltre, si rinvia ancora a: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., par. IV.1 ss.).

⁽⁸²⁾ Cfr.: M. FILIPPONI, F. LIBERATORE, *Antitrust e regole ex ante come strumenti complementari per la regolamentazione del settore delle comunicazioni nell'Unione europea*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2004, n. 2, p. 1267, i quali evidenziano altresì come, peraltro, le decisioni adottate ai sensi del diritto della concorrenza siano rivolte soltanto alle parti interessate, e non ai terzi (salva la possibilità di un'azione per il risarcimento dei danni).

Con riferimento agli impegni, deve porsi in evidenza come la loro precisa definizione, applicazione e monitoraggio, nell'industria delle comunicazioni, possa rivelarsi problematica, richiedendo competenze assai specialistiche⁽⁸³⁾.

Di conseguenza, fra l'altro, se si richiamano alla mente anche soltanto gli impegni che sono stati imposti nelle decisioni delle Autorità *antitrust* comunitaria e nazionale passate in rassegna nel paragrafo precedente, appare evidente come essi risultino ampiamente sovrapponibili a quelli previsti quali possibili obblighi imponibili, ai sensi del *framework* regolatorio comunitario del settore, alle imprese individuate come aventi significativo potere di mercato⁽⁸⁴⁾.

Problematiche piuttosto simili, d'altro canto, si pongono rispetto all'applicazione nella materia della dottrina delle *essential facilities*⁽⁸⁵⁾. Come noto, in base ad essa, nella interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia comunitaria⁽⁸⁶⁾, il rifiuto di contrattare unilateralmente opposto da una impresa

⁽⁸³⁾ In tal senso, v. ancora: M. FILIPPONI, F. LIBERATORE, *Antitrust e regole ex ante come strumenti complementari per la regolamentazione del settore delle comunicazioni nell'Unione europea*, op. cit., p. 1269, ove si cita ad esempio un obbligo di orientamento ai costi, il quale richiede come presupposto indispensabile la definizione di un modello economico per la ripartizione dei costi ed un sistema di contabilità e monitoraggio continuo, da parte di Autorità che spesso dispongono di risorse interne limitate. Ciò fatta salva, peraltro, l'ipotesi in cui le Autorità *antitrust* fondino i rimedi imposti su modelli di contabilità già predisposti o in via di predisposizione in base ad indicazioni o da parte delle Autorità di settore (come può avvenire, nel nuovo quadro regolatorio, riguardo agli operatori individuati quali detentori di significativo potere di mercato): in tal caso, però, i rimedi ai sensi del diritto *antitrust* parrebbero "oltrepassare il confine" con l'azione regolatoria, divenendo una sorta di strumenti di un'atipica "co-regolazione", dettata dall'Autorità di settore ed il cui rispetto sarebbe monitorato – anche – dall'Autorità garante della concorrenza. In proposito, deve rilevarsi come gli impegni rappresentino probabilmente l'esempio più evidente della correttezza del rilievo secondo cui "la convergenza dei principi non opera a senso unico (dall'*antitrust* verso la regolazione...), ma opera in entrambi i sensi, immettendo nel diritto *antitrust* problemi e mezzi di soluzione sinora considerati propri della regolazione" (così: F. DENOZZA, *L'impresa con significativo potere di mercato e i suoi obblighi*, op. cit., p. 55, e ID., *L'applicazione delle regole di concorrenza nel campo delle telecomunicazioni*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, op. cit., p. 97 ss.).

⁽⁸⁴⁾ Per trattazioni specifiche in merito a tali ultimi obblighi, si rinvia a: ERG, "Revised Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ENCS regulatory framework", *Erg* (06) 33, *May* 2006, cit.; in dottrina, v. in specie: P. VALCKE, R. QUECK, E. LIEVENS, *EU Communications Law. Significant Market Power in the Mobile Sector*, op. cit., p. 42 ss.; D. GERADIN (a cura di), *Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs Sector-Specific Regulation*, Antwerp (Belgio), Oxford, New York, 2004; F. DENOZZA, *L'impresa con significativo potere di mercato e i suoi obblighi*, op. cit., p. 55 ss.; I. CHIEFFI, *Competenze dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e della Commissione nel nuovo quadro normativo comunitario e italiano per le comunicazioni elettroniche*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 457 ss.; I. DOBBS, P. RICHARDS, *Innovation and the New Regulatory Framework for Electronic Communications in the E.U.*, in *European Competition Law Review*, 2004, p. 716 ss.; M. LIBERTINI, *Una disciplina antitrust speciale per le comunicazioni elettroniche*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2002, p. 910 ss.. Con riguardo ai rimedi adottabili ai sensi del diritto *antitrust*, si vedano in particolare: Commissione europea, "Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 447/98 della Commissione", cit.; nonché in dottrina, *ex multis*: L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 2004 (3a ediz.), in specie pp. 2109 ss. e 2359 ss.; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, op. cit., p. 286 ss. e 327 s.; L. PIGNATARO, *La Comunicazione della Commissione in materia di impegni nel quadro del regolamento 4064/89 sul controllo delle concentrazioni*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2002, n. 1, p. 585 ss.; M. BOCCACCIO, A. SAIJA, *La modernizzazione dell'antitrust. La decisione con impegni*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, n. 2, p. 285 ss..

⁽⁸⁵⁾ Riguardo all'applicazione dell'*essential facility doctrine* – come noto di derivazione statunitense – nell'ordinamento comunitario ed in quello italiano, nei quali il concetto si sovrappone fortemente a quello del rifiuto di contrarre, si vedano, *ex multis*: V. MELI, *L'essential facilities doctrine nel diritto antitrust comunitario e i suoi problemi operativi*, in AA.VV., *Studi in onore di Gerhard Scriver* (serie *Quaderni di AIDA*, a cura di L.C. UBERTAZZI, Vol. n. 14), Milano, 2005, p. 395 ss., e ID., *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, op. cit., p. 155 ss.; R. WHISH, *Competition Law*, Londra, 2003 (5a ediz.), p. 204 ss. e 676 ss.; A. JONES, B. SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford, New York, 2001, p. 386 ss.; F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, op. cit., p. 259 ss.; C. CAZZOLA, *La dottrina dell'essential facilities e la politica antitrust*, in F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, op. cit., p. 219 ss.; M. SIRAGUSA, M. BERETTA, *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario e italiano della concorrenza*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1999, n. 1, p. 260 ss.; G. GUGLIEMMETTI, *Essential facilities nelle decisioni dell'Autorità garante*, in *Concorrenza e mercato*, 1998 (vol. 6), p. 389 ss.; A. FURSE, *The "essential facilities" doctrine in Community Law*, in *European Competition Law Review*, 1995, p. 469 ss.; J. LANG, *Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors and access to essential facilities*, in *Fordham International Law Journal*, 1994, p. 437 ss..

⁽⁸⁶⁾ Come noto, il *leading case* comunitario sul tema è la sentenza della Corte di Giustizia CE del 26 novembre 1998, Oscar Bronner c. Mediaprint, caso C-7/97, in *Racc. CGCE-TPG* 1998, p. I-7791 ss..

in posizione dominante è da considerarsi abusivo se: a) il rifiuto non è giustificato; b) la risorsa della quale si nega l'utilizzazione è indispensabile per svolgere un'attività economica; c) la risorsa non è duplicabile da un'impresa efficiente; d) il rifiuto elimina la concorrenza sul mercato per accedere al quale la risorsa rappresenta un *input* essenziale.

Le possibilità di applicazione della dottrina dell'*essential facility* riguardo all'industria delle comunicazioni, in cui alla normativa generale *antitrust* si aggiunge una disciplina settoriale specifica, appaiono ancora più limitate di quanto non avvenga in generale.

In tal senso, depongono esplicitamente le stesse anzidette “*Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*”, nelle quali *in primis*, con riguardo alla pertinenza del concetto di “infrastruttura essenziale” ai fini dell'applicazione della nuova definizione di SPM, si rileva l'assenza, sino ad oggi, di una giurisprudenza sul tema nell'ambito del settore.

Quindi, si specifica come tale concetto sia rilevante essenzialmente ai fini dell'accertamento di un eventuale abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 del trattato CE⁽⁸⁷⁾, essendo stata peraltro applicata ai casi che ricadono nell'ambito del medesimo in circostanze eccezionali, come ad esempio quelli in cui il rifiuto di fornire o accordare l'accesso a terzi avrebbe limitato o impedito lo sviluppo di nuovi mercati o di nuovi prodotti⁽⁸⁸⁾; in particolare, comunque, essa è stata associata principalmente alle questioni relative all'accesso, o ai casi di rifiuto di procedere alla fornitura, o di allacciare rapporti commerciali, appunto ai sensi dell'articolo 82 del trattato.

Tale inquadramento, peraltro, presuppone evidentemente, innanzitutto, che una posizione dominante ai sensi del diritto *antitrust* sia inequivocabilmente accertata; fattore che già *ex se*, in una industria come quella delle comunicazioni, che presenta le caratteristiche tecniche ed economiche che si sono evidenziate in precedenza, risulta spesso di assai complessa individuazione⁽⁸⁹⁾.

Ancora, al riguardo, la Commissione ha precisato come, se è vero che una impresa la quale detenga una “infrastruttura essenziale” si trova per definizione in una posizione dominante in qualsiasi mercato per detta infrastruttura, non sia necessariamente vero il contrario⁽⁹⁰⁾. In sostanza, pertanto, “*ciò che conta è stabilire se una determinata infrastruttura conferisca a chi la possiede un notevole potere sul mercato, senza che sia perciò necessario stabilire anche se detta infrastruttura possa essere ritenuta 'essenziale' o 'indispensabile' ai sensi della giurisprudenza esistente*”⁽⁹¹⁾.

Dunque, la verifica degli effetti del rifiuto di contrattare da parte dell'impresa in posizione dominante pare doversi svolgere essenzialmente in base ai canoni “classici” del diritto *antitrust* comunitario in materia di abuso di posizione dominante, ed in particolare del rifiuto di contrarre⁽⁹²⁾,

⁽⁸⁷⁾ Ponendosi, in tal senso, quale strumento complementare rispetto agli obblighi generali esistenti imposti all'impresa dominante (come, ad esempio, l'obbligo di non operare discriminazioni tra i clienti).

⁽⁸⁸⁾ In contrasto con l'art. 82, lett. b), del trattato.

⁽⁸⁹⁾ Si pensi soltanto, in tal senso, a mero titolo di esempio, al lungo *iter* richiesto dall'analisi del mercato n. 18 da parte dell'AGCom, posto in relazione da un lato con i risultati dell'Indagine conoscitiva dell'AGCM del 2004, cit., dall'altro, con i provvedimenti di quest'ultima Autorità medesima i quali hanno autorizzato l'acquisto di ulteriori risorse frequenziali per la costruzione di reti digitali da parte degli stessi operatori dei quali si era prefigurata la posizione dominante nel mercato analogico nella suddetta Indagine conoscitiva; ovvero, per quanto riguarda il settore della telefonia, si consideri la tempistica che sta richiedendo l'istruttoria da parte dell'Autorità *antitrust* in merito alla eventuale esistenza di un abuso di posizione dominante, o di un'intesa anticoncorrenziale, da parte delle società TIM, Vodafone e Wind (avviata con provvedimento 23 febbraio 2005, n. 14045, Tele2/TIM-Vodafone-Wind, caso A357, in *Boll. AGCM* n. 8/2005).

⁽⁹⁰⁾ Più specificamente, la Commissione ha ribadito come, in base alla giurisprudenza esistente, il fatto che una determinata infrastruttura non sia “essenziale” per lo svolgimento di una determinata attività economica in un mercato distinto non escluda la possibilità che chi ne è in possesso goda di una posizione dominante; ad esempio, quindi, un operatore di rete potrà godere di una posizione dominante malgrado la esistenza di reti alternative concorrenti, se le dimensioni o l'importanza della sua rete gli consentono di comportarsi in modo indipendente rispetto agli altri operatori.

⁽⁹¹⁾ Linee direttrici, cit., par. 81.

⁽⁹²⁾ Con riferimento al rifiuto di contrarre, ed al suo attuale rapporto con la dottrina dell'*essential facility* nel diritto comunitario – a dir poco di “influenza”, se non da ultimo sempre più di vera e propria “sovrapposizione” (opzione quest'ultima che, in base a quanto si è accennato, anche sul piano generale, non appare condivisibile) – si veda per tutti: V. MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, op. cit.

nonché del divieto di “leverage” del potere di mercato ⁽⁹³⁾, opportunamente adattati alle caratteristiche tecnologico/economiche peculiari dell’industria in esame ⁽⁹⁴⁾.

4.4. La definizione dei “mercati emergenti”, la loro individuazione in concreto e la via “complementare” della regolazione.

Evidenziati i caratteri specifici, nonché quelli che appaiono come possibili limiti, della disciplina *antitrust* nell’ambito dell’industria delle comunicazioni, ed in particolare con riferimento ai mercati emergenti, uno strumento alternativo, ovvero di ausilio, rispetto alla medesima potrebbe essere rappresentato dalla normativa di settore, ossia dal cosiddetto intervento regolatorio ⁽⁹⁵⁾.

In proposito, d’altronde, appare essenziale rilevare come, evidentemente nell’ottica di favorire gli investimenti nell’innovazione, il *framework* regolatorio comunitario del 2002 abbia previsto, in linea di principio, che debbano evitarsi interventi regolamentari *ex ante* rispetto ai mercati nascenti ⁽⁹⁶⁾.

Peraltro tale principio, *ex se* palesemente condivisibile, appare tuttavia dare luogo a profili di complessità rilevanti, dal punto di vista della sua attuazione nella prassi.

Esso si riferisce, difatti, non a nuovi servizi i quali, in quanto fortemente sostituibili con servizi appartenenti a mercati esistenti, devono essere inclusi in tali mercati, bensì a servizi radicalmente innovativi, con tutte le correlate difficoltà di individuazione e di inquadramento economico/giuridico degli stessi ⁽⁹⁷⁾.

D’altronde, la Commissione, in sede di approvazione del nuovo quadro, non ha fornito indicazioni precise per la individuazione di tali mercati, ragione in virtù della quale gli operatori *incumbents* hanno a lungo fornito una interpretazione estensiva di tale concetto ⁽⁹⁸⁾.

In argomento, un contributo di rilievo è giunto dalla “*Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ENCS regulatory framework*” adottata dall’ERG nel 2004 e rivista nel maggio 2006 ⁽⁹⁹⁾, nell’ambito della quale, fra l’altro, si è proceduto ad un approfondimento in merito al concetto di mercato emergente, nonché all’approccio regolatorio da adottarsi rispetto a tale fattispecie.

Nel documento, innanzitutto, si è evidenziato come il concetto di “mercato emergente” sia stato introdotto dalla direttiva quadro, al considerando 27°, nel quale si è previsto, in specie, che gli orientamenti attraverso i quali la Commissione, in seguito, avrebbe provveduto a definire a livello comunitario i criteri che le Autorità nazionali di regolamentazione sono tenute a seguire, nel valutare se in un determinato mercato esista una concorrenza effettiva e se certe imprese esercitino una influenza significativa, dovessero affrontare anche “*la questione dei nuovi mercati emergenti, nei quali l’impresa leader verosimilmente detiene un significativo potere di mercato ma non per questo dovrà essere assoggettata ad obblighi ingiustificati*”.

Tali orientamenti, contemplati nelle citate Linee direttrici della Commissione per l’analisi del mercato nel settore delle comunicazioni elettroniche, hanno innanzitutto accolto tale indicazione, specificando come la previsione sopra riportata sia stata dettata poiché la imposizione precoce di una

⁽⁹³⁾ Al riguardo, si veda anche *supra*, al paragr. 4.1..

⁽⁹⁴⁾ Cfr., in senso analogo: F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, op. cit., p. 271 ss..

⁽⁹⁵⁾ Per una breve ricostruzione dei profili del *framework* regolatorio vigente in materia, che risultano di maggiore rilievo ai fini della interazione con la disciplina *antitrust*, si veda *supra*, al paragr. 3, ove si è evidenziato, in particolare, come la normativa di settore si avvalga oramai da alcuni anni di diversi strumenti ripresi proprio dal diritto *antitrust*.

⁽⁹⁶⁾ In fattispecie simili, difatti: “*The high degree of uncertainty, and consequent value of flexibility, argue for an approach in which regulation seeks to ‘do no (unnecessary) harm’ to investment incentives*” (J. FARRELL, M.L. KATZ, *Public Policy and Private Investment in Advanced Telecommunications Infrastructure*, op. cit., p. 21).

⁽⁹⁷⁾ In proposito, ed in particolare riguardo alla difficoltà di operazioni quali la individuazione del mercato rilevante, l’analisi della sostituibilità fra prodotti, *etc.*, si rinvia a: T. MADIÉGA, *Innovation and Market Definition under the EU Regulatory Framework for Electronic Communications*, in *World Competition*, 2006, n. 1, p. 55 ss.; A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., par. IV.4.1..

⁽⁹⁸⁾ Cfr.: C. LEPORELLI, *Il nuovo assetto dei mercati delle comunicazioni elettroniche: un contributo al dibattito sul ruolo della regolamentazione*, in *Economia e politica industriale*, 2004, n. 122, p. 204.

⁽⁹⁹⁾ ERG, “*Revised Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ENCS regulatory framework*”, Erg (06) 33, cit..

regolamentazione potrebbe influire indebitamente su condizioni concorrenziali ancora in fase di formazione ⁽¹⁰⁰⁾.

Allo stesso tempo, però, la Commissione ha altresì esplicitato la propria convinzione secondo cui è necessario impedire che l'impresa *leader* precluda tali mercati. In tal senso, nel documento si aggiunge come, ferma restando la opportunità di un intervento delle Autorità garanti della concorrenza nei singoli casi, le Autorità nazionali di regolazione dovranno potere giustificare pienamente qualsiasi forma d'intervento precoce *ex ante* in un mercato emergente, poiché esse, avrebbero comunque la facoltà di intervenire in un secondo momento, nell'ambito del riesame periodico dei mercati rilevanti ⁽¹⁰¹⁾.

Peraltro, qualora sussista una reale minaccia che il potere di mercato sia riprodotto nel nuovo mercato, le Linee direttrici prevedono che la *foreclosure* di quest'ultimo dovrà essere prevenuta, ove possibile, attraverso un'apposita regolamentazione del mercato a monte, "fonte" del *market power* ⁽¹⁰²⁾.

Ancora, la Commissione ha aggiunto come la citata previsione di cui all'art. 14, comma 3, direttiva quadro – secondo cui, ove una impresa disponga di un significativo potere su un mercato specifico, può presumersi che essa lo detenga altresì in un mercato strettamente connesso – non si applichi in rapporto al *leverage power* esercitato a partire da un mercato "regolamentato" verso un mercato emergente "non regolamentato". In ipotesi simili, quindi, eventuali condotte lesive nel mercato emergente saranno riconducibili all'ambito di applicazione dell'art. 82 del trattato CE ⁽¹⁰³⁾.

In generale, per quanto concerne la possibilità di regolare *ex ante* i mercati emergenti, il suddetto documento dell'ERG ha chiarito come anche tali mercati dovranno essere sottoposti al vaglio del cosiddetto triplo test previsto dalla Raccomandazione relativa ai mercati rilevanti ⁽¹⁰⁴⁾.

Più specificamente, l'ERG ha individuato la caratteristica distintiva di tali mercati nel fatto di essere "immaturi", ossia connotati da un elevato grado d'incertezza della domanda, con la conseguenza che le imprese intenzionate ad entrarvi dovranno affrontare rischi maggiori.

In tali ipotesi, nel documento si afferma che non risulta possibile individuare con certezza se il mercato soddisfi o no i suddetti tre criteri, e quindi se sia suscettibile di regolazione *ex ante* nel quadro della procedura richiamata ⁽¹⁰⁵⁾.

D'altronde, preso atto di quanto sinora evidenziato, con riguardo al breve/medio termine, essenziale per lo sviluppo del mercato, l'ERG ha aggiunto come risulti opportuno un monitoraggio vigile della situazione da parte delle Autorità nazionali di regolazione.

In specie, si precisa nel documento, ciò è essenziale nelle ipotesi in cui i mercati emergenti siano in qualche modo collegati a mercati già sviluppati nei quali vi sia una o più imprese detentrici/i di SPM, citandosi ad esempio il caso in cui l'entrata in un mercato emergente dipenda da *inputs* detenuti dalle

⁽¹⁰⁰⁾ In generale, si veda altresì, in tal senso: Commissione europea, "Raccomandazione della Commissione relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili 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", cit., consid. 15°, in base al quale: "La decisione di identificare un mercato quale possibile destinatario di una regolamentazione *ex ante* deve dipendere anche da una valutazione dell'adeguatezza del diritto della concorrenza a ridurre o rimuovere gli ostacoli esistenti o ripristinare una concorrenza effettiva. Inoltre, i mercati nuovi ed emergenti, in cui il potere di mercato di un'impresa può essere dovuto al fatto che questa abbia fatto 'la prima mossa', non dovrebbero essere soggetti, in linea di principio, ad una regolamentazione *ex ante*".

⁽¹⁰¹⁾ Cfr.: Linee direttrici cit., par. 32; nonché parr. 83-85.

⁽¹⁰²⁾ Ciò fatta salva, altrimenti, l'opzione di uno spostamento della prospettiva dell'analisi verso il criterio di cui all'art. 14, c. 3, della direttiva quadro (cfr.: Linee direttrici cit., par. 84); riguardo al quale, v. anche subito *infra*.

⁽¹⁰³⁾ Linee direttrici cit., nota 92.

⁽¹⁰⁴⁾ In base al quale, come detto, dovrà essere accertato se: a) siano presenti ostacoli non transitori all'accesso; b) non sia prevedibile in tempi adeguati una naturale evoluzione del mercato verso forme concorrenziali; c) il diritto *antitrust* non consenta di rimediare alle carenze individuate (cfr.: Raccomandazione relativa ai mercati rilevanti, cit., consid. 9); al riguardo, v. anche *supra*, al paragr. 3.

⁽¹⁰⁵⁾ In particolare, come si evidenzia nel documento: "Even if a firm makes non-trivial investments to be able to provide a new service, there is no guarantee that, in an innovative and fast moving sector, a cheaper alternative mechanism for delivering the service will not be found. It is also difficult to assess the dynamic of competition behind any entry barrier, as many potential entrants will not make firm plans to enter a new service area until the market is seen to be a commercial proposition ... It is only with the elapse of a sufficient amount of time that these questions can be answered" (ERG, "Revised Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ENCS regulatory framework", cit., p. 20).

imprese in posizione dominante che non possano essere replicati o sostituiti in un periodo di tempo ragionevole.

Nel caso in cui sia necessario intervenire al fine di evitare possibili effetti di precoce *foreclosure* di tali mercati, dunque, l'ERG ha affermato espressamente come “*there may be grounds for early regulatory intervention in the market from which the market power could be leveraged to guarantee access to this input in the normal manner, in order to allow competition to develop in the emerging market*”; ciò, chiarendo quindi che, in questo modo, “*the distinct nature of the emerging market is maintained whilst at the same time preventing foreclosure by applying regulation only on the necessary input market and not on the emerging market itself*”⁽¹⁰⁶⁾.

In tali circostanze, peraltro, secondo il documento medesimo, l'Autorità nazionale di regolazione dovrà impegnarsi al massimo per lasciare l'*incumbent* ed il nuovo entrante “*in an equivalent position in terms of investment incentives*”. In questo modo, entrambi i soggetti potranno sfruttare le nuove opportunità di mercato su base paritaria, in termini di accesso alle infrastrutture di rete non replicabili.

Comunque, precisa ancora il documento, qualora il nuovo investimento provenga dal *new entrant*, il quale abbia necessariamente bisogno di un input detenuto da un operatore in posizione dominante, l'Autorità avrà il ruolo “*to ensure that access to this input is not denied, delayed or otherwise obstructed*”⁽¹⁰⁷⁾.

5. Conclusione.

Sulla base delle considerazioni sin qui svolte, pertanto, sembra potersi ritenere che soltanto un approccio *case by case*, il quale consideri la natura e la portata della singola innovazione tecnologica, il grado di sostituzione con infrastrutture o servizi già esistenti, nonché le opzioni di replicabilità da parte degli altri operatori attuali o potenziali, possa consentire una conclusione sulla opportunità di intervenire o no con una regolamentazione, che consista nell'applicazione della normativa *antitrust* vigente ovvero, eventualmente, in un'azione regolatoria *ad hoc*, riguardo ad un nuovo mercato emergente⁽¹⁰⁸⁾.

In una tale prospettiva, allora, la questione da affrontare riguarderà in specie l'intensità dell'intervento regolamentare, che dovrà essere sempre basato sul principio della proporzionalità,

⁽¹⁰⁶⁾ ERG, “*Revised Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ENCS regulatory framework*”, May 2006, cit., p. 84.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr.: ERG, “*Revised Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ENCS regulatory framework*”, cit., p. 85. A livello nazionale, di recente si è registrato un esempio di particolare interesse in relazione alle problematiche sin qui affrontate, ovvero quello fornito dall'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, avvenuto con delibera n. 266/06/CONS del maggio 2006 (“*Modifiche al regolamento relativo alla radiodiffusione terrestre in tecnica digitale di cui alla delibera n. 435/01/CONS. Disciplina della fase di avvio delle trasmissioni digitali terrestri verso terminali mobili*”, emanata in data 16/5/2006, pubblicata in *G.U.R.I.* 24/5/2006, n. 119), a seguito di una consultazione pubblica indetta nel novembre del 2005, al fine di dettare una disciplina volta a consentire l'avvio, da parte degli operatori, delle trasmissioni radiotelevisive in tecnica digitale terrestre verso terminali mobili. In questa sede, non risulta possibile dilungarsi in un commento al provvedimento (per il quale si rinvia di nuovo a: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., in specie parr. V.2. e V.3.1.), ma pare comunque opportuno rilevare – appunto in relazione alle tematiche ed ai criteri operativi evidenziati nel corso del presente contributo – come attraverso il provvedimento medesimo l'AGCom, in attesa che si definisca ulteriormente il quadro normativo comunitario in materia e che venga fornita attuazione al Piano delle frequenze digitali, sia intervenuta a dettare le regole per la fase di “*start-up*” della programmazione televisiva destinata ad apparecchi mobili, al fine di consentire agli operatori di avviare i nuovi servizi nell'ambito di un quadro di certezza giuridica.

⁽¹⁰⁸⁾ Una diversa proposta di suddivisione delle sfere di intervento fra regolazione ed *antitrust*, con riguardo specificamente ai mercati emergenti, che appare altresì interessante – sebbene forse eccessivamente categorica, in virtù di quanto si è detto sinora – è contenuta nella Nota dell'OPTA (l'Autorità olandese di regolazione del settore) “*Regulating Emerging Markets?*”, *Economic Policy Note* n. 5, April 2005, consultabile sul sito *web* <<http://www.opta.nl/download/epn05%5fuk%2epdf>>, ove in particolare si propone che: “*- emerging services running on legacy infrastructure are subject to competition law constraints but not to ex ante regulation. It is important to prevent leverage of market power from an established market into an emerging market. But this is best prevented by regulating the established market; - neither emerging services nor established services running on new infrastructure are subject to ex ante regulation*” (Nota cit., p. 35 s.).

ovvero risultare proporzionato rispetto al problema affrontato, nonché tenere conto degli investimenti e dei rischi assunti dall'operatore al quale siano imposti rimedi regolamentari o impegni ⁽¹⁰⁹⁾.

In conclusione, dunque, sembra potersi affermare, con riferimento alla fattispecie dei mercati emergenti, che in relazione a simili ipotesi le Autorità pubbliche, *antitrust* ovvero, qualora occorra, di regolazione, dovranno orientare la loro azione al fine di garantire un equilibrio fra i diritti dei diversi soggetti interessati, attraverso un bilanciamento che sia volto a conservare l'assetto competitivo dei mercati esistenti, ed al contempo a preservare gli incentivi all'investimento e all'innovazione sia degli *incumbents* che dei nuovi entranti, poichè tali incentivi assicureranno maggiore concorrenza nel lungo periodo ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Nel medesimo senso, cfr. di nuovo: M. MONTI, *Antitrust e regolamentazione nell'industria delle comunicazioni elettroniche – principi e prospettive*, intervento cit., p. 4; A. PERRUCCI, *Le analisi di mercato previste dal Nuovo Quadro Regolamentare: prime considerazioni di carattere economico e regolamentare*, intervento cit., p. 20.

⁽¹¹⁰⁾ Si vedano, in tal senso: direttiva n. 2002/19/CE, consid. 19° – ove in particolare si afferma che: “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. Qualora venga rifiutato l'accesso, la parte lesa può sottoporre il caso alla procedura per la risoluzione di controversie di cui agli articoli 20 e 21 della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro). Un operatore cui sia stato imposto l'obbligo di concedere l'accesso non può essere tenuto a fornire tipi di accesso che non è in grado di fornire. 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” – ed art. 12, c. 2; direttiva 2002/21/CE, consid. 27°.