

Rete Telecom: quanto lieto è il lieto fine?

di Massimiliano Trovato

Sebbene, dall'estate del 2006, molte volte ci siamo illusi ciclicamente che il momento fosse propizio per la separazione, mai come ora la questione della rete d'accesso di Telecom è stata tanto prossima ad una soluzione. Il procedimento inaugurato il 29 luglio dall'AGCOM con la pubblicazione¹ della proposta di Impegni² presentata da Telecom Italia, e scandito dalle osservazioni degli operatori concorrenti e dalle controdeduzioni di TI, si avvia ora a conclusione con la richiesta di tredici modifiche conclusive che – se accettate dall'*incumbent* entro l'8 dicembre – produrranno la definizione dell'accordo con l'Autorità, da ratificarsi finalmente nella prossima seduta del Consiglio l'11 dicembre.

Tutto è bene quel che finisce bene? Non esattamente. L'ultima sortita del regolatore denuncia i soliti vizi di un'attività regolamentare approssimativa, ed il compromesso (quasi) raggiunto – pur riconoscendo a Telecom l'assoluzione per le marachelle di questi anni³ ed agli operatori alternativi la fondatezza di alcune loro significative richieste – sembra destinato a scontentare un po' tutti.

Quale regolamentazione per le TLC?

È il caso di spendere alcune parole sull'approccio più adeguato alla regolamentazione delle telecomunicazioni, per poi valutare se il finale scritto dall'AGCOM (con la collaborazione di Telecom) vi si avvicini.

- 1) La regolamentazione settoriale si deve necessariamente considerare uno strumento di natura eccezionale e transitoria. Come – del resto – ripetutamente affermato in sede comunitaria, essa dovrebbe nel medio termine lasciare posto alla generale disciplina antitrust.
- 2) Si può lecitamente sostenere che, *ceteris paribus*, meno regolamentazione è miglior regolamentazione. In altre parole, a parità di risultati attesi, una minor dose di regolamentazione è da preferire in quanto (i) meno onerosa tanto per il regolatore quanto per i soggetti regolati, e (ii) meno distorsiva delle dinamiche del mercato.

1 Delibera n. 445/08/CONS.

2 Gli impegni fanno riferimento ai procedimenti pendenti n. 4/07/DIR, n. 1/08/DIR, n. 2/08/DIR, n. 63/07/DIT, n. 2/08/DIT, n. 3/08/DIT, n. 7/08/DIT, e ai procedimenti avviati con le delibere n. 626/07/CONS, n. 133/08/CONS, n. 145/08/CONS, n. 183/08/CONS, n. 184/08/CONS.

3 È questo l'effetto dell'istituto degli Impegni, introdotto dall'art. 14-bis del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

Massimiliano Trovato si occupa di teoria del diritto e di problemi giuridici connessi ai processi di liberalizzazione. È Fellow dell'Istituto Bruno Leoni.

- 3) In applicazione del principio *sub 2)* una regolamentazione lungimirante deve mirare alla predisposizione di un assetto istituzionale favorevole alla concorrenza, piuttosto che all'imposizione di stringenti vincoli di condotta ed all'incessante vigilanza sulla loro osservanza.
- 4) In ultima analisi, possiamo rilevare che la regolamentazione dovrebbe preoccuparsi di predisporre – per così dire – una via d'uscita dalla regolamentazione – e questo è tanto più vero con riferimento ad un settore, tutto sommato, altamente dinamico, come è quello delle telecomunicazioni.

I perché della separazione

Queste considerazioni mettono in luce i gravi difetti della cornice in cui la separazione della rete fissa d'accesso è maturata. Invece di aspirare ad una da tempo desiderabile normalizzazione del settore, che passasse attraverso poche e significative misure, tutte le parti in causa – *incumbent*, operatori alternativi, consumatori, soprattutto la stessa Autorità – hanno mostrato di preferire soluzioni di corto respiro, spesso raffazzonate e difficilmente in grado di tutelare non soltanto l'interesse generale, ma persino le proprie esigenze specifiche.

La separazione della rete non può essere interpretata (i) come uno strumento di pianificazione, né (ii) come un mero rimedio all'inefficacia di altre misure.

Quanto al primo punto, la separazione funzionale risponde a logiche di efficienza ed equità in quanto (e fino al punto in cui) l'integrazione dei servizi sia conseguenza dell'imposizione legale di un monopolio pubblico. Da ciò deriva naturalmente l'esigenza di limitare il suo ambito d'applicazione alle infrastrutture esistenti. In termini più rigorosi, un problema di replicabilità – l'effettiva ragion d'essere dell'accesso degli operatori alternativi alla rete dell'*incumbent* – non può porsi in relazione ad infrastrutture che tutti possono costruire senza indebite intromissioni della politica.

Quanto al secondo punto, non dev'essere sottovalutata l'autonomia concettuale della separazione funzionale. Da più parti, la sua introduzione è stata sostenuta al fine di presidiare l'applicazione degli esistenti obblighi regolamentari. Viceversa, lo scopo essenziale della separazione è quello di creare una frattura tra divisione rete e divisione servizi commerciali che ne divarichi le catene degli incentivi, così restituendo il settore delle telecomunicazioni a logiche di mercato.

A ben guardare, ad esempio, gli stessi principi di parità di trattamento e non discriminazione non possono essere ritenuti dei fini in sé, ma trovano piuttosto la propria ragion d'essere in un tentativo di mimare per via regolamentare i meccanismi di un'economia libera. In altre parole, tra Open Access e gli operatori alternativi deve prodursi una relazione venditore-acquirenti non adulterata dalla promiscuità con Telecom, ed è qui che deve giocarsi la partita della regolamentazione: nella transizione dall'interventismo pubblico al mercato, e non tra due interventismi di marca diversa.

Gli Impegni di Telecom

Nello specifico, gli Impegni si caratterizzavano, in primo luogo, per un'estrema vaghezza – con grave pregiudizio per la loro complessiva credibilità. Ciò è particolarmente vero degli Impegni nei gruppi 3-4, che proponevano l'istituzione di un sistema di monitoraggio delle *performance*, senza fornire alcun ragguaglio sulla struttura del sistema e mantenendone in capo a Telecom stessa l'amministrazione, e nei gruppi 5-6, che promettevano una garanzia di trasparenza in merito ai piani per la manutenzione e per lo

sviluppo della rete, riservando – però – all’azienda la facoltà di modificarli *ad libitum*, di fatto svuotandone il contenuto. La stessa sopravvivenza di Open Access veniva rimessa all’arbitrio di Telecom, con ciò – crediamo – tradendo la *ratio* stessa dell’istituto degli Impegni.

Certamente lacunosa era la definizione del perimetro di Open Access. Innanzitutto, l’oggetto degli Impegni pareva limitato alle linee non attive, con esclusione della grande maggioranza delle richieste degli operatori alternativi, e non contemplava servizi di grande importanza come la co-locazione.

Più in generale, appariva incoerente con lo spirito della creazione di Open Access il mantenimento di una separata funzione *wholesale*, che fungesse da interfaccia per gli operatori alternativi, mentre si garantiva alla divisione *retail* di Telecom un canale preferenziale ed immediato di accesso alle risorse tecniche conferite in Open Access. Un’autentica separazione non può prescindere da un’autentica armonizzazione delle procedure, cosicché gli ostacoli alla concorrenza non siano semplicemente traslati di divisione in divisione, e tanto la funzione servizi quanto gli operatori alternativi possano accedere alle risorse attraverso i medesimi metodi su un piano di speculare terzietà.

Infine, la richiesta di Telecom di affiancare agli Impegni il rilassamento di alcuni vincoli regolamentari esistenti appariva certamente inammissibile in quella sede, laddove le eventuali “concessioni” ammesse dall’azienda sono invero mirate ad impedire la comminazione di sanzioni per le condotte pregresse. Questo non implica, evidentemente, che l’idea di un allentamento della regolamentazione su Telecom rappresenti un’eresia, a maggior ragione qualora si verificasse che gli impegni – ma certo non *questi* impegni – abbiano condotto ad un aumento della concorrenzialità.

Gli emendamenti auspicabili

Per rimediare all’inadeguatezza degli Impegni, nell’ottica che abbiamo esposto, l’Autorità avrebbe dovuto trarre ispirazione da tre chiari principi – che sono, per inciso, alla base di quel modello inglese, citato in questi due anni dai più senza alcuna cognizione di causa –:

- 1) il management della funzione aziendale assegnataria della rete deve essere distinto da quello di Telecom e godere di piani di remunerazione distinti e connessi alle performance specifiche della divisione e non a quelle del gruppo nel suo complesso; le medesime condizioni vanno applicate, per quanto possibile, all’intera forza lavoro;
- 2) il flusso di informazioni tra le distinte divisioni dev’essere severamente limitato, attraverso lo strumento delle cosiddette “muraglie cinesi”: l’accesso ad informazioni sensibili – ad esempio, relative ai clienti ceduti od alle prospettive di sviluppo delle infrastrutture – garantiscono all’incumbent un enorme ed illecito vantaggio competitivo;
- 3) è indispensabile raggiungere una più completa indipendenza della divisione della rete dal punto di vista contabile ed amministrativo, a cominciare dalla predisposizione di un conto economico separato, che garantisca in modo trasparente l’inesistenza di sussidi incrociati.

Su questi fondamenti, l’Autorità avrebbe senz’altro potuto innestare, attraverso un procedimento di *fine tuning*, altre misure (ad esempio, l’imposizione di un organo di vigilanza indipendente): a condizione che tali richieste ulteriori andassero nella medesima direzione, tentando di ricondurre la gestione della rete a criteri che prescindano dagli interessi di Telecom in quanto operatore, piuttosto che di imporre nuovi obblighi di

dubbia legittimità e difficoltosa vigilanza. Quest'approccio non avrebbe perso di vista l'obiettivo della transizione da una *sector-specific regulation* al comune diritto della concorrenza.

Le richieste dell'AGCOM

Purtroppo, se certamente gli Impegni di Telecom apparivano, nella loro originale formulazione, insufficienti a garantire una maggior concorrenza nel settore delle telecomunicazioni, è – a dir poco – dubbio che le modifiche richieste dall'Autorità possano produrre un reale beneficio.

È apprezzabile che la struttura di *governance* venga rinforzata con il potenziamento dell'Organo di vigilanza e l'introduzione di un ente assimilabile all'inglese *Office of the Telecommunications Adjudicator* per dirimere le controversie tra operatori in tema di accesso. Parimenti positiva è la richiesta di trasparenza delle condizioni economiche dei contratti interni di servizio tra divisioni commerciali e divisioni *wholesale* di Telecom.

Ma, sebbene una buona parte delle misure proposte dal regolatore vadano viste con favore, nessuna di esse sembra incidere sui nodi fondamentali della vicenda.

Un discorso a parte merita l'estensione degli Impegni alla nuova rete in fibra ottica. L'Autorità qui ricorda quegli arbitri sballottati che, realizzando di aver assegnato un rigore inesistente ed espulso un innocente, si affannano per risarcire la compagine svantaggiata degli abusi subiti. Ma due torti non fanno una ragione, men che meno nel mondo della regolamentazione.

Il risultato è un enorme *qui pro quo*. Senz'altro perché l'Autorità lascia la porta aperta alla segmentazione geografica dei mercati, che gli operatori alternativi temono come la peste – nonostante le opinioni a caldo di qualche commentatore sembrino sottostimare la rilevanza di tale scelta⁴.

Ma soprattutto perché, come detto sopra, di vincoli sulla fibra ottica non si sentiva in realtà il bisogno. Regolando qualcosa che neppure esiste, in una sorta di regolamentazione *ex ante* al quadrato, l'AGCOM non si limita a confermare il proprio scarso tempismo, ma compie una scelta gravida di conseguenze per lo sviluppo della banda larga nel nostro Paese.

Conclusioni

Le possibilità per una normalizzazione del settore e per una collaborazione fruttuosa di tutte le parti in causa – la cui plausibilità risulta, per esempio, dal recente accordo con cui Fastweb ha concesso a Telecom l'accesso alla propria rete in fibra – sarebbero state senza dubbio amplificate da una risoluzione rapida ed efficace dell'annosa questione della rete in rame.

Le responsabilità dell'AGCOM in tal senso sono chiare. In primo luogo, per le lungaggini inammissibili, che hanno congelato direttamente per un anno l'attività regolamentare ed indirettamente per due anni la maturazione del mercato, ed hanno provocato l'infelice commistione di due questioni (rete in rame ed NGN) naturalmente connesse ma altrettanto naturalmente distinte, che avrebbero dovuto essere affrontate separata-

4 Alessandro Longo, "Agcom, ultimatum a Telecom. «Super banda larga per tutti»", *Repubblica.it*, 27 novembre 2008, http://www.repubblica.it/2008/10/sezioni/scienza_e_tecnologia/banda-larga-2/internet-futuro/internet-futuro.html.

mente. In secondo luogo, per gli ondeggiamenti pilateschi dell'Autorità, che (insieme al protagonismo dei governi che si sono succeduti) hanno certamente contribuito a cristallizzare le posizioni e diffondere l'equivoco secondo cui la partita della concorrenza vada giocata nelle stanze della politica prima e più che nel mercato.

La scelta che si sta compiendo in questo frangente ci accompagnerà per i prossimi anni cinque o dieci anni ed il rischio tangibile è quello di vincolarci ad un modello che abbiamo finora definito di mercato più per *wishful thinking* che per realismo. Un modello, cioè, in cui il regolatore determina quali offerte si possano commercializzare ed a che prezzo, l'incumbent guida il mercato e compie tutte le essenziali scelte strategiche e d'investimento, ed un numero di operatori alternativi lo inseguono come possono.

Questo non significa misconoscere l'innovatività che alcuni degli operatori alternativi hanno, senza dubbio, messo in luce. Significa, però, non trascurare che, salvo poco probabili colpi di scena, tutte le criticità emerse nell'attuale cornice regolatoria si riproporranno – *a fortiori* – con riferimento alla rete in fibra.

Siamo davvero di fronte ad un panorama tanto cupo? Certo, esistono delle alternative. In questo senso, alcune delle opzioni che vengono filtrate dalla stampa (dallo scorporo della rete in rame⁵ alla societarizzazione della fibra⁶...) appaiono come prodigiosi rimedi omeopatici. Ma rimangono dominio esclusivo del management di Telecom e non possono essere agevolate dal regolatore, se non attraverso un'assai discreta opera di moral suasion che probabilmente già eccede i vincoli del proprio mandato. Allo stesso modo, sono ipotizzabili scenari di condivisione delle infrastrutture degli operatori alternativi, che (non eliminerebbero ma) mitigherebbero lo squilibrio con l'*incumbent*. Ma anche questi sono oggetto dei piani industriali e non delle delibere AGCOM.

Non va, inoltre, dimenticata l'evoluzione tecnologica (banda larga mobile, Wi-Max, satellitare...), che spesso e volentieri ha superato la regolamentazione nella corsa all'apertura dei mercati.

Non è facile prevedere l'interazione di questi elementi con un ambiente regolamentare la cui cornice sembra ormai tracciata. L'AGCOM ha, però, un ruolo essenziale da svolgere: quello di limitare i danni cominciando immediatamente a lavorare per il mercato piuttosto che per la propria conservazione.

Ciò permetterebbe anche alle imprese di concentrarsi sulla competizione e l'innovazione. Per gli operatori alternativi si tratta di continuare sulla strada intrapresa, rinunciando alla tentazione di una regolamentazione tiepida ed ovattata. Per Telecom, si tratta di scendere sul terreno della concorrenza. Non è mai troppo tardi per imparare. Anche se questo treno potrebbe essere già passato.

5 Cfr. Antonella Olivieri, "Telecom: scorporo rete o cessione di Tim Brasile", *Il Sole-24 Ore*, 26 novembre 2008, p. 41; ed Antonella Olivieri, "Telecom. I piccoli soci Asati: «Bene lo scorporo della rete»", *Il Sole-24 Ore*, 28 novembre 2008, p. 45.

6 Andrea Bassi, "Telecom, ecco l'ipotesi B di Bernabè", *MF*, 28 novembre 2008, p. 9.

IBL Focus

CHI SIAMO

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

COSA VOGLIAMO

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.