

L.U.I.S.S.
–
LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI
“GUIDO CARLI”

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED ECONOMIA
XXVI CICLO

I RAPPORTI TRA REGOLAZIONE E TUTELA DELLA CONCORRENZA
NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

TUTOR:

Chiar.mo Prof. Giuliano Fonderico

COORDINATORE:

Chiar.mo Prof. Marcello Clarich

DOTTORANDO:

Marco Zotta

Anno Accademico 2014 - 2015

A Valentina e Tommaso, alla mia famiglia.

INDICE

INTRODUZIONE	1
--------------------	---

Capitolo 1

LA STRUTTURA DEL MERCATO E LE PROBLEMATICHE CONCORRENZIALI

1.	Le relazioni tra regolazione e concorrenza	12
2.	Le ragioni di un approccio strutturale	15
3.	Le caratteristiche delle reti delle telecomunicazioni.....	16
4.	Modelli di concorrenza nelle infrastrutture a rete.....	21
5.	La <i>ladder of investment</i>	25
6.	Le principali condotte illecite sotto il profilo <i>antitrust</i>	30
7.	Profili storici: le tappe della liberalizzazione.....	36
7.1.	La prima fase: il superamento del monopolio.....	38
7.2.	Il <i>framework</i> comunitario del 2002.....	41
7.3.	La novella del 2009.....	44
8.	Gli attuali obiettivi della regolamentazione.....	46

Capitolo 2

SOVRAPPOSIZIONI E CONFLITTI IN SEDE REGOLAMENTARE

1.	Le ragioni dell'interferenza.....	50
2.	Gli obblighi di natura tariffaria	52
3.	Prezzi eccessivi	54
3.1.	Approccio pro-concorrenziale e pro-industriale nella definizione delle tariffe.....	57
3.2.	Le declinazioni dell' orientamento al costo	60
3.3.	Le tariffe dei servizi di accesso all'ingrosso 2010 - 2012	67
3.4.	Considerazioni conclusive in materia tariffaria	73
4.	Prezzi troppo bassi: un caso di tendenziale convergenza	76
4.1.	Compressione dei margini e prezzi predatori	76
4.2.	I test di prezzo	78
4.3.	Progressiva convergenza tra i test di prezzo	80
4.4.	I risvolti della convergenza da un punto di vista operativo	85
5.	Asimmetrie tariffarie e servizi di terminazione	87
5.1.	La prima fase: l'imposizione di tariffe asimmetriche	90
5.2.	La seconda fase: il prolungamento del regime tariffario asimmetrico su diverse basi.....	95
5.3.	Il passaggio alla simmetria tariffaria.....	101
5.4.	Considerazioni conclusive sul tema delle asimmetrie tariffarie	102
6.	La regolamentazione pro-concorrenziale dell'accesso	104

INDICE (continua)

6.1.	I presupposti dell'intervento regolamentare	105
6.2.	La convergenza dei rimedi.....	109
6.3.	La convergenza delle finalità sanzionatorie.....	121

Capitolo 3

LE RELAZIONI TRA REGOLAZIONE E CONCORRENZA NELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO ANTITRUST

1.	Le relazioni esterne tra regolazione e diritto <i>antitrust</i>	125
2.	Modi, limiti e obblighi dell'intervento <i>antitrust</i> nei settori regolamentati: la teoria della complementarità.....	127
3.	Critica della teorica della complementarità sotto il profilo teorico.....	131
4.	Critica della teorica della complementarità sotto il profilo applicativo: la complessa individuazione di un effettivo " <i>margin di manovra</i> " nei settori regolamentati.....	134
5.	La rilevata esistenza di un <i>margin di manovra</i> nel settore delle comunicazioni elettroniche	138
6.	Critica della prassi applicativa	142
7.	Il perseguimento di interessi ulteriori nell' <i>enforcement antitrust</i> : l'impraticabilità di una prospettiva assiologica	145
8.	Il <i>principio di coerenza regolamentare</i> nell'applicazione del diritto della concorrenza	151
9.	Il principio di coerenza regolamentare: un esempio pratico in materia di <i>margin squeeze</i> e sue implicazioni di sistema	157
10.	I raccordi procedurali tra le diverse autorità chiamate ad applicare le norme di concorrenza.....	162
10.1.	Il procedimento <i>ex art. 7</i> Direttiva Quadro	164
10.2.	L' <i>European Competition Network</i>	168
10.3.	I Protocolli di intesa tra AgCom e AGCM	177
CONCLUSIONI		181
BIBLIOGRAFIA		193

INTRODUZIONE

La disciplina settoriale delle telecomunicazioni – e le comunicazioni elettroniche¹, naturale evoluzione delle prime – ha conosciuto negli *ultimi* 20 anni trasformazioni radicali. Nel giro di pochi anni, nell'ultimo decennio del secolo scorso si è passati dallo schema del monopolio legale, imperante in Italia e in Europa nei servizi di pubblica utilità², a un modello di mercato aperto e concorrenziale applicabile anche a quei servizi pubblici economici considerati per natura un monopolio³.

Alla base di tale rivoluzione, culturale prima ancora che normativa⁴, vi era la ferma convinzione che la liberalizzazione avrebbe consentito di superare i limiti intrinseci di un modello organizzativo caratterizzato da scarsa qualità dei servizi, elevati costi per i consumatori, impossibilità di ingresso per i privati in mercati caratterizzati da alta evoluzione tecnologica. La promozione di un'effettiva concorrenza avrebbe consentito invece a nuovi operatori di superare le barriere all'ingresso, garantendo così l'avvio di un processo virtuoso di maggiori

¹ La locuzione “*comunicazione elettronica*” riflette la convergenza tra telecomunicazioni e televisioni conseguente alla possibilità tecnica indotta dallo sviluppo delle tecnologie digitali di utilizzare la medesima rete per offrire servizi dell'una o dell'altra tipologia. Cfr. art. 1, comma 1, lett. gg), D.Lgs. 1.8.2003 n. 159, recante il *Codice delle comunicazioni elettroniche*, come novellato dal D. Lgs. n. 70/2012).

² Sui processi di liberalizzazione dei servizi pubblici in Italia e in Europa e sui caratteri propri della nuova disciplina la letteratura è imponente. Tra i contributi di carattere generale si segnalano: S. CASSESE, *La trasformazione dei Servizi Pubblici*, in *Economia pubblica* 1995, n. 5. 5 ss; Id., *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. en. Elettr.* 1998, 26 ss; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.* 1998, 181 ss; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur.quad.pubbl.serv.*, 1999, 7 ss; F. MERUSI, *La nuova disciplina dei Servizi pubblici*, in *Annuario Aipda 2001*, Milano 2002, 63 ss; Id, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna 2002; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.

³ Le più attente ricostruzioni sistematiche di tale passaggio hanno parlato al riguardo di “*nuova costituzione economica*”. V. per tutti S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2004, il quale fornisce un inquadramento del regime tradizionale e delle profonde trasformazioni che si sono susseguite a partire dalla fine degli anni Ottanta del XX secolo.

⁴ Sul contesto ideologico e culturale di riscoperta delle dottrine economiche neoclassiche cfr. L. CAFAGNA, *L'Ultimo-Quarto-di Secolo: l'Età della Globalizzazione*, in *Industria*, 2001, 580 ss

investimenti, sviluppo infrastrutturale e in ultima istanza migliore qualità e quantità di servizi offerti. In termini economici, la liberalizzazione avrebbe dovuto determinare un sensibile miglioramento del benessere collettivo⁵.

L'euforia del nuovo legata alla mitologia giuridica⁶ delle capacità taumaturgiche della concorrenza e indotta dalla decisiva influenza del diritto europeo, ha tuttavia presto ceduto il passo alle nuove problematiche legate all'apertura dei mercati.

Anzitutto, con gradazioni diverse da settore a settore, si è osservato che la soppressione del precedente regime di riserva non era sufficiente a determinare le condizioni necessarie per lo sviluppo competitivo tra imprese. La semplice apertura del mercato non risolve infatti il problema posto dalla presenza nel mercato di operatori, gli ex monopolisti o *incumbent*, in larga parte proprietari delle infrastrutture necessarie per l'erogazione del servizio nonché normalmente detentori di un rilevante potere di mercato⁷. La liberalizzazione del servizio ha quindi chiamato con sé il necessario intervento regolamentare finalizzato a disciplinare l'attività di impresa al fine di garantire un'effettiva concorrenza nei mercati liberalizzati⁸. Di qui l'affermarsi e il proliferare della c.d. regolazione economica dell'attività di impresa funzionale a garantire la stessa possibilità di

⁵ Il riferimento d'obbligo è a S.C. LITTLECHILD, *Privatisation, competition and regulation*, London, 2002. Per un'accurata descrizione e critica del cd. "schema Littlechild" e per la sua influenza, cfr. F. MERUSI, *Le Regole dei Servizi pubblici*, in *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, il Mulino, 2012, pp. 93 ss.

⁶ Sul significato e ruolo della mitologia giuridica v. SANTI ROMANO, *Mitologia Giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

⁷ In tal senso S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, cit, 90. Osserva L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Simmetria e asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, in *Dir. Inform.*, 1997, 493, come l'impresa titolare dei diritti speciali ed esclusivi mantenga vantaggi "che residuano dalla passata detenzione del monopolio legale, ma che non poggiano più su una previsione normativa a seguito dell'introduzione della simmetria giuridica. I vantaggi possono naturalmente essere consistenti e all'atto pratico quasi seri quanto quelli derivanti dalla vecchia e ormai vietata asimmetria giuridica".

⁸ Cfr. M. LIBERTINI, *Regolazione e Concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2005, p. 195 ss.

una concorrenza effettiva “*nel*” mercato⁹: dalla necessità di regolamentare l’accesso all’*essential facility*, le infrastrutture di rete essenziali per l’erogazione finale del servizio¹⁰, alle regole per disciplinare e in ipotesi imporre l’interconnessione delle reti¹¹, fino all’imposizioni di regole prescrittive di condotta (i cd. *remedies*) dirette a contenere, ridurre e bilanciare il potere di mercato degli *ex* monopolisti¹². In assenza di tali regole, nonostante l’abbattimento delle barriere all’ingresso, il mercato non sarebbe evoluto spontaneamente verso una situazione di concorrenza effettiva. Anzi, paradossalmente, sarebbe passato da una situazione di monopolio legale ad una di monopolio privato di fatto con inevitabile pregiudizio per le altre imprese e per gli utenti. Tanto più che, considerata la peculiare struttura del mercato in esame – caratterizzata da una strutturale asimmetria tra gli operatori, a sua volta amplificata dai c.d. *network effects* – le sole regole del diritto *antitrust* possono rilevarsi inadeguate a garantire il normale dispiegarsi del gioco competitivo tra imprese¹³. La regolazione economica o pro competitiva si è dunque fatta carico di creare le stesse condizioni necessarie per lo sviluppo della concorrenza, con

⁹ Sulle caratteristiche fondamentali della regolazione economica nella prima fase della liberalizzazione cfr. per tutti S. CASSESE, *Regolazione e Concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. TESAURO e M. D’ALBERTI, Bologna, 2000, 10.

¹⁰ Cfr. M. SIRAGUSA, *Le Essential Facilities nel diritto italiano e comunitario della concorrenza*, in *Antitrust tra diritto italiano e comunitario*, a cura di E.A. RAFAELLI, Milano, 1998, 165 ss.

¹¹ Per un approccio pubblicistico al tema, cfr. L. SALTARI, *Accesso e interconnessione*, *La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, *Quaderni*, 2008. Sull’importanza dell’accesso e dell’interconnessione nel processo regolatorio volto a favorire la transizione alla concorrenza, cfr. R. Perez, *Telecomunicazioni e Concorrenza*, Milano, 2002, p. 187 e 194; ID, *Comunicazioni Elettroniche*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, I, 783 ss.

¹² Il fenomeno è stato da ultimo oggetto di un’attenta trattazione monografica: F. MARINI BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, Roma, 2013. V. anche F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002.

¹³ Sul punto cfr. M. LIBERTINI, *Una disciplina antitrust speciale per le comunicazioni elettroniche*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2003, 910 ss.

inevitabile “*funzionalizzazione dell’attività di impresa*”¹⁴ e ingerenza nella libertà di iniziativa economica degli operatori.

Accanto alle descritte problematiche concorrenziali, l’apertura dei mercati poneva nuovi problemi anche con riguardo alla necessità di garantire e assicurare la continuità dell’erogazione del servizio, la sicurezza e la sua generale accessibilità economica e geografica (la sua universalità). Anche con riferimento a queste problematiche è evidente che le dinamiche spontanee del libero mercato non sono in grado di assicurare sempre il raggiungimento di obiettivi socialmente desiderabili quali l’erogazione del servizio nell’intero territorio a prezzi abbordabili per tutti gli utenti interessati e la previsione di prezzi speciali per soggetti deboli (le cd. categorie agevolate nel gergo di settore). L’apertura del mercato ha portato quindi con sé, in aggiunta alla regolazione pro-competitiva anche la descritta regolazione sociale¹⁵.

Si intuisce a questo punto facilmente il cd. *paradosso della regolazione* cui si assiste quantomeno nella prima fase della liberalizzazione: l’apertura del mercato ha portato al potenziamento e ad una più complessa articolazione degli interventi di regolazione dei pubblici poteri e una duplice deroga alla generale disciplina della concorrenza affidata alle sole regole di mercato e presidiata dalle autorità *antitrust*¹⁶. Accanto ai compiti specifici di servizio universale salvaguardati dalla disciplina nazionale e europea vi sono numerosi obblighi derivanti dalla stessa necessità di aprire questi settori e che gravano sulle imprese, funzionalizzandone l’attività. Come efficacemente sostenuto dalla più attenta dottrina “*se ‘il ruolo della liberalizzazione è far sì che sia la concorrenza a regolare i mercati, più che i regolatori’, qui accade il contrario: la*

¹⁴ L’espressione è di L. SALTARI. cit., p. 7.

¹⁵ Cfr. M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.* 1998, 181 ss. G.F. CARTEI, *Il Servizio Universale*, Milano 2002.

¹⁶ Cfr. ZOPPINI A., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in OLIVIERI G. – ZOPPINI A. (a cura di), *Contratto e antitrust*, 2008, p. 3 ss.

*liberalizzazione consegna alla regolazione e ai regolatori un campo vasto, che prima questi non avevano*¹⁷.

Di qui l'emersione del terzo problema, oggetto di attenzione nel presente studio, consistente nella complessa e inevitabile integrazione e sovrapposizione tra regolazione e *antitrust*¹⁸. Complessa perché la regolazione pro-concorrenziale, funzionale ad assicurare il “*livellamento del campo di gioco*” e la “*promozione della parità di armi*” tra gli operatori e quindi in ultima battuta la stessa possibilità del gioco concorrenziale¹⁹, utilizza strumenti propri della disciplina della concorrenza, ma contiene anche norme che la negano in radice²⁰. Inevitabile, perché data la naturale previsionale, condizionale e temporanea dell'intervento regolamentare²¹, esso giammai potrà sostituirsi integralmente alla disciplina *antitrust* generale, ma tende inevitabilmente ad affiancarsi ad esso, costituendone un complemento necessario. Anzi, a ben vedere è la disciplina della concorrenza che si pone non già e non più in antitesi dialettica, bensì come variante più leggera e a competenza generale, ma pur sempre di ispirazione regolatoria²².

Ne discendono vasti problemi giuridici di fondo: dal coordinamento tra le attività del regolatore e delle autorità di concorrenza ai rischi di vero e proprio

¹⁷ S. CASSESE, *Regolazione e Concorrenza*, cit., p. 16.

¹⁸ Cfr. M. CLARICH, *Regolazione e Concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, cit., 15 ss.; L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica e esperienze recenti*, in MCR, 2002, p. 2; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna 2008; ID, *Comunicazioni elettroniche e concorrenza*, in *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, cit., 39 ss.

¹⁹ Sul questi temi e sui suoi risvolti istituzionali, cfr. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000.

²⁰ Basti pensare all'obbligo incombente sull'operatore dominante di garantire ai terzi l'accesso all'infrastruttura, ovvero all'obbligo incombente su tutti gli operatori di garantire l'interconnessione delle reti.

²¹ Sui tratti differenziali della regolamentazione rispetto a diverse forme di intervento pubblico dello Stato in economia v. per tutti S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in MCR 2002, 2, 265 ss. Sul tema v. anche L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, 1992.

²² Cfr. R. PARDOLESI, A. PALMIERI, *Sull'Interfaccia (Problematica) fra Regolazione Economica e Disciplina della Concorrenza*, in “*Il Foro Italiano*”, III, 2012, pp. 493-496. In termini anche D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 1998, 228.

contrasto, acuiti dal fatto che l'assetto dei rapporti tra le due discipline e i due tipi di attività è strutturalmente fluido e determina un equilibrio incerto, con conseguenti inevitabili ripercussioni sul principio di legalità dell'azione amministrativa da un lato, e del principio del legittimo affidamento dall'altro.

Si pone quindi l'esigenza di indagare gli ambiti di rispettiva competenza esclusiva, eventualmente anche alla luce di una pretesa diversità dell'interesse giuridico tutelato e degli obiettivi posti dalle due discipline settoriali; le misure e gli strumenti di tutela e promozione della concorrenza, generalmente ma non sempre utilizzati *ex ante* dalla regolamentazione e *ex post* dalle autorità *antitrust*; i principi che regolano e dipanano i possibili conflitti, in grado di prevenirli, evitarli o quantomeno circoscriverli.

Tale questione coinvolge inevitabilmente una pluralità di profili tra loro connessi.

In primo luogo, un piano assiologico²³ – cioè il piano degli obiettivi e dei valori perseguiti – particolarmente complesso dal momento che anche a voler rimanere sul solo piano delle finalità pro-concorrenziali, inevitabili sono le tensioni tra una concezione di concorrenza come condizione di equilibrio ottimale del mercato (concorrenza statica), e quella di concorrenza come processo continuativo di innovazione (concorrenza dinamica), la quale ultima implica non tanto e non solo un'attiva politica repressiva dei comportamenti devianti, quanto una vera e propria modalità correttiva della dinamica assunta spontaneamente dai mercati²⁴.

²³ Anche con riferimento a questo profilo si intrecciano piani distinti, dovendosi indagare, da un lato, il significato giuridico della nozione di concorrenza, così come recepito nei testi normativi nazionali e europei; dall'altro il suo rapporto gerarchico e/o equi-ordinato con altri valori ugualmente presenti a livello normativo: lo sviluppo infrastrutturale del mercato, la tutela delle fasce sociali più deboli, la trasparenza nella fissazione dei prezzi in ottica pro-consumeristica.

²⁴ Sul punto, v. per tutti M. LIBERTINI, Voce “Concorrenza”, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, Milano, 2011, pag. 191-247.

In secondo luogo, un piano normativo – cioè il piano dei rapporti tra fonti del diritto²⁵ – che nel caso di specie coinvolge norme primarie europee e nazionali (dalle disposizioni di principio a tutela della concorrenza, nazionali ed europee, a quelle volte a garantire la libera circolazione dei servizi e funzionali alla costituzione del mercato comune), norme secondarie europee (principalmente le direttive del 2002²⁶ e le numerose Raccomandazioni della Commissione), disposizioni legislative nazionali anche di attuazione delle fonti legislative comunitarie (in *primis*, il D.Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, recante *Codice delle Comunicazioni Elettroniche* e la legge 14 novembre 1995, n. 481), nonché atti amministrativi generali (tra cui, in particolare, le analisi di mercato e gli atti di imposizione dei *remedies*) e i provvedimenti sanzionatori dell'*antitrust* e dell'autorità settoriale.

In terzo luogo, un piano istituzionale²⁷ – cioè il piano dei problemi di carattere organizzatorio – problema vasto perché nello specifico settore in esame ai rapporti orizzontali tra autorità equi-ordinate sul piano nazionale si innestano fondamentali rapporti verticali tra autorità nazionali e autorità europee, in *primis* la Commissione.

²⁵ Poiché le norme a tutela e promozione della concorrenza sono poste direttamente dal Trattato, mentre le Direttive di liberalizzazione del settore – che inglobano anche ulteriori obiettivi alla regolamentazione – hanno natura secondaria, si tratta di capire se queste ultime siano o meno equi-ordinate alla prima, traendone poi le dovute conseguenze in sede applicativa.

²⁶ In particolare, le direttive n. 2002/77/CE (Direttiva “*Concorrenza*”); n. 2002/21/CE (Direttiva “*Quadro*”); n. 2002/19/CE (Direttiva “*Accesso*”); n. 2002/20/CE (Direttiva “*Autorizzazioni*”); n. 2002/21/CE (Direttiva “*Servizio Universale*”); n. 2002/58/CE (Direttiva “*e-Privacy*”); nonché il Regolamento n. 2000/2887/CE (Regolamento “*ULL*”). Ai fini del presente lavoro, rilevano in particolare le Direttive Quadro e Accesso, nonché il Regolamento ULL.

²⁷ Le problematiche di carattere organizzatorio evocate nel testo sono di tre tipi. La prima riguarda i mutamenti intervenuti nel modo di concepire il ruolo dell'intervento pubblico statale rispetto al mercato per effetto delle politiche di liberalizzazione e privatizzazione. La seconda riguarda l'emersione di un nuovo modulo organizzatorio, le Autorità Amministrative Indipendenti, all'interno degli Stati nazionali e il suo impatto sui tradizionali meccanismi di esercizio del potere pubblico. La terza – cui sarà data particolare attenzione nel presente lavoro – riguarda infine i rapporti tra autorità nazionali e autorità sovranazionali, in *primis* la Commissione Europea, nell'esercizio congiunto delle funzioni regolamentari e nell'*enforcement antitrust*.

L'evocata natura instabile delle problematiche qui esposte spinge a indagare i rapporti tra regolazione e intervento *antitrust* nell'attuale fase di sviluppo del mercato delle comunicazioni elettroniche. Le novità derivanti dall'evoluzione dei mercati, dal progresso tecnologico e dalla nuova disciplina del settore di cui alla novella legislativa comunitaria del 2009, cd. "*better regulation*" (direttive 2009/136/CE e 2009/140/CE e il Regolamento CE 1211/2009), in Italia attuata dal D. Lgs. 28.5.2012 n. 70, perfezionata nel 2013 con la Raccomandazione 2013/466/UE, confermano l'opportunità di un loro riesame.

Se infatti non mancano contributi di carattere generale sulla regolazione in sé²⁸ e sul ruolo (prettamente pro-concorrenziale) della regolazione nello specifico settore in esame (sia nella primissima fase di apertura del mercato²⁹, sia nella successiva fase di consolidamento governata dalle direttive del 2002³⁰), meno indagata è invece la sua conformazione (e connessa interazione con il diritto *antitrust*) nel suo attuale stadio di sviluppo, che ingloba al suo interno oltre alle descritte finalità di promozione della concorrenza (regolazione economica)³¹ e di universale fruizione dei servizi di base (regolazione sociale), anche nuove finalità

²⁸ Tra i principali studi in materia: S. BREYER, *Regulation and its reform*, Cambridge, The MIT Press, 1982; R. BALDWIN e M. CAVE, *Understanding regulation*, Oxford, University Press, 1999 e A. OGUS, *Regulation. Legal form and economic theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

²⁹ Nella letteratura italiana: F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, cit.; R. PEREZ, *Telecomunicazioni e Concorrenza*, cit. ss.; M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2004; F. QUADRI, *Il Codice delle Comunicazioni Elettroniche*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2003, 1327 ss. Nella letteratura straniera: W. MAXWELL (a cura di), *Electronic Communications: The new EU Framework*, New York, 2002; D. GERARDIN – M. KERF, *Controlling Market Power in Telecommunications*, Oxford University Press, 2003; P. NIHOUL, P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law, Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford-NewYork, 2004.

³⁰ Cfr. F. BRUNO, G. NAVA, *Il nuovo Ordinamento delle Comunicazioni*, Milano, 2006; F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007; M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, 2008; F. BASSAN, (a cura di) *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la riforma comunitaria del 2009*, Milano 2010.

³¹ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete – Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano 2006.

di natura industriale volte a favorire l'infrastrutturazione nelle reti tradizionali e in quelle di nuova generazione (regolazione industriale)³². È inevitabile infatti che in questo nuovo contesto, si possano rinnovare su basi nuove e diverse le tradizionali tensioni (esterne) non solo tra regolatori e autorità *antitrust*, ma anche all'interno dello stesso apparato regolamentare, tanto più che esso vive una realtà multi-livello con la Commissione Europea al suo vertice. Ed è altresì inevitabile che entrino in crisi anche le tradizionali concettualizzazioni del rapporto tra regolamentazione e *antitrust* (in termini di sussidiarietà e/o complementarietà) così come le rinnovate petizioni di principio sulla natura recessiva dell'intervento regolamentare all'aumentare del grado di concorrenza sul mercato, "*per arrivare infine a un settore delle comunicazioni elettroniche disciplinato esclusivamente dal diritto della concorrenza*" (c.d. *sunset clause*)³³.

Per lo studio delle suindicate problematiche, la disciplina delle comunicazioni elettroniche ha da sempre costituito valenza paradigmatica³⁴.

Anzitutto, l'esistenza di un operatore dominante proprietario della rete capillare di accesso, per il quale gli altri operatori presenti sul mercato sono al tempo stesso clienti (nei mercati dei servizi all'ingrosso) e concorrenti (nei mercati al dettaglio), consente di indagare *funditus* tutte le problematiche concorrenziali tipiche dei servizi a rete.

Inoltre, essa rappresenta un banco di prova per le politiche regolatorie in virtù della sua continua evoluzione tecnologia che ne rende strutturalmente instabile la dinamica competitiva. Nel corso degli ultimi decenni si è assistito infatti a una vera e propria rivoluzione tecnologica, in virtù soprattutto dell'avvento della digitalizzazione. Le novità introdotte dall'*information and*

³² Osserva F.M. BALESTRA, *Manuale di diritto Europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, cit., che nell'attuale fase di sviluppo "*la regolamentazione delle comunicazioni elettroniche non è neutra (come sarebbe se fosse solo tecnica o semplicemente pro-competitiva), bensì ha precisi caratteri di politica industriale*", p. 5.

³³ Direttiva 2009/140/CE, V Considerando.

³⁴ Secondo F. BASSAN, *Dalle telecomunicazioni alle comunicazioni elettroniche: motivi e percorsi di una riforma permanente*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, cit., le comunicazioni elettroniche "*hanno rappresentato nell'Unione Europea negli ultimi venti anni un laboratorio per le riforme*", p.3.

communication technology (ICT) nel settore delle telecomunicazioni hanno, da un lato, sensibilmente modificato la conformazione dei mercati della telefonia tradizionale e, dall'altro, stravolto progressivamente i modelli di *business* degli operatori telefonici, sia fissi che mobili. Basti pensare che le nuove tecnologie hanno, da un lato, consentito di utilizzare le tradizionali reti telefoniche fisse in rame anche per la trasmissione di contenuti (si pensi alla trasmissione dati mediante la tecnologia *Internet Protocol* o IP), progressivamente più complessi. Dall'altro, hanno attenuato i vincoli funzionali delle diverse reti trasmissive, dal momento che i contenuti audiovisivi possono oggi essere fruiti anche tramite connessioni telefoniche, sia fisse che mobili (*internet protocol television*; "IPTV")³⁵. Le novità tecnologiche, in particolare lo sviluppo delle reti di nuova generazione, hanno poi aperto agli operatori la strada dei servizi telefonici convergenti e spiazzato il quadro regolamentare di settore³⁶.

Per di più, oltre al non trascurabile valore economico del settore in esame e del suo contributo allo sviluppo di altre attività economiche (c.d. economia digitale)³⁷, esso è fondamentale anche dal punto di vista democratico, culturale e

³⁵ Per IPTV si intende un sistema dedicato alla trasmissione di contenuti audiovisivi su un'infrastruttura di rete basata sui protocolli *internet* e su accessi a banda larga.

³⁶ Cfr. AA.VV. a cura di CASTALDO-DA EMPOLI-NICITA, *La tripla convergenza – Innovazione, regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, 2008;

La Commissione europea già nel 1997 anticipò l'impatto della convergenza sul piano regolamentare, v., *Green Paper on the convergence of the telecommunications, media and information technology sectors, and the implication for regulation* (COM(97)623).

³⁷ Per i dati più aggiornati, cfr. Relazione Annuale 2014, dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ("AgCom"), secondo cui "nel 2013 i diversi comparti delle comunicazioni hanno totalizzato ricavi per quasi 1.900 miliardi di euro, con la componente delle comunicazioni elettroniche (tlc e broadcasting) che assorbe circa l'80% delle risorse complessive". Inoltre, "i ricavi delle comunicazioni elettroniche sono a loro volta concentrati nel settore delle telecomunicazioni (fisse e mobili), che fattura 1.145 miliardi, ossia il 60% delle risorse dell'intero ecosistema, mentre la componente broadcasting (tv e radio) produce circa un quarto (426 miliardi di euro) dei redditi dell'industria", p. 15.

sociale (c.d. Società dell'informazione), tanto più in un'ottica di convergenza tra le diverse piattaforme trasmissive³⁸.

Il presente lavoro si occupa delle questioni ora succintamente delineate.

In particolare, il Capitolo 1 individua i problemi concorrenziali del settore in considerazione delle sue specifiche caratteristiche economiche, ingegneristiche, giuridiche e non ultimo storiche; il Capitolo 2 indaga le tensioni *interne* alla regolamentazione delle comunicazioni elettroniche tra la finalità pro – concorrenziale (che generalmente è perseguita attraverso la regolazione) e finalità diverse e ulteriori (come quella industriale di favore l'infrastrutturazione). Il Capitolo 3, affronta il problema dell'applicabilità del diritto della concorrenza nei settori regolati, in particolare in quello in esame, alla luce della prassi applicativa dell'AGCM e della Commissione Europea, valutando sia i profili di integrazione che quelli di potenziale contrasto tra azione regolatoria e azione *antitrust*.

Le conclusioni tenderanno di trarre alcune considerazioni di sistema sia in relazione allo specifico settore in esame, sia più in generale sui moderni meccanismi di regolamentazione dei mercati.

³⁸ Su questi profili v. in particolare M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, 2008

Capitolo 1

LA STRUTTURA DEL MERCATO E LE PROBLEMATICHE CONCORRENZIALI

SOMMARIO: 1. Le relazioni tra regolamentazione e concorrenza – 2. Le ragioni di un approccio strutturale – 3. Le caratteristiche delle reti delle telecomunicazioni – 4. Modelli di concorrenza nelle infrastrutture a rete – 5. La *ladder of investment* – 6. Le principali condotte illecite sotto il profilo *antitrust* – 7. Profili storici: le tappe della liberalizzazione – 7.1. La prima fase: il superamento del monopolio – 7.2. Il *framework* comunitario del 2002 – 7.3. La novella del 2009 – 8. Gli attuali obiettivi della regolamentazione

1. Le relazioni tra regolazione e concorrenza

Il naturale dispiegarsi del gioco concorrenziale nel settore delle comunicazioni elettroniche è reso possibile, garantito e promosso da due strumenti che tendono con il tempo a convergere. Da un lato, il diritto *antitrust*, applicato così estensivamente da divenire a sua volta uno strumento di regolamentazione del mercato³⁹. Dall'altro lato, la regolamentazione settoriale, il cui modello di intervento è sempre più allineato alle metodologie *antitrust*.

Questa convergenza rappresenta a ben vedere una tendenza di fondo del sistema⁴⁰. Tramontata ormai definitivamente l'idea di mercato come “*ordine*

³⁹ Si pensi in particolare: (i) all'istituto degli impegni, (art. 14 *ter*, l. 287/1990), dal momento che esso è utilizzabile anche a fronte di condotte che abbiamo esaurito i loro effetti con l'obiettivo di conformare il mercato secondo assetti pro-competitivi (v. Consiglio di Stato, sentenza 22 settembre 2014, n. 4773); (ii) ai rimedi strutturali che possono essere imposti in sede di approvazione delle concentrazioni, (iii) alle stesse modalità di esercizio dei poteri sanzionatori di abusi o intese (v. *infra* cap. III), peraltro spesso stigmatizzato dal giudice amministrativo proprio per tal motivo (v. per tutte TAR Lazio, Sez. I, 8 maggio 2009, n. 4994). Cfr. anche su questi temi G. COLANGELO, *I rischi della concorrenza patteggiata: note a margine del caso Aci global*, in *Diritto industriale*, 2009, vol. XVII, n. 4, pp. 353-362.

⁴⁰ Cfr. M. LIBERTINI, Voce “*Concorrenza*”, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, Milano, 2011, osserva al riguardo che “*la politica della concorrenza si sposta dall'idea dell'intervento punitivo contro comportamenti occasionali, devianti dall'ordine naturale delle cose, all'idea di un intervento amministrativo permanente di promozione della concorrenza contro le tendenze naturali dei mercati ad irrigidirsi nella difesa di posizioni*

naturale” e riconosciutane la natura di prodotto “*artificiale*” che bisogna di regole e controlli amministrativi⁴¹, è ormai constatazione di comune esperienza che il mercato, anzichè autoregolarsi perseguendo il benessere generale, tende – se lasciato a sé stesso – a una degenerazione monopolistica. Il che è tanto più vero in settori come quello in esame, per decenni considerato governato da condizioni di monopolio naturale⁴².

Sebbene la disciplina settoriale indichi come obiettivo quello di “*ridurre progressivamente le regole settoriali ex ante specifiche via via che aumenta il grado di concorrenza sul mercato, per arrivare infine a un settore delle comunicazioni elettroniche disciplinato esclusivamente dal diritto della concorrenza*”⁴³; o vi sia addirittura chi metta in discussione l’effettiva necessità o opportunità della regolamentazione⁴⁴; non sembra possibile affermare che la pura e semplice soppressione dei diritti esclusivi e/o speciali su cui si fondava il regime monopolistico preesistente sia sufficiente per dar luogo ad un assetto realmente competitivo del mercato. Così come non è possibile rappresentare la regolamentazione come un’attività transitoria, seppure di lungo periodo. Infatti, al di là delle retoriche petizioni di principio, un minimo di regolazione costituirà una presenza permanente nel settore delle comunicazioni elettroniche almeno sin quando esisterà un operatore dominante verticalmente integrato e proprietario della rete di accesso⁴⁵. La prassi applicativa ha anzi dimostrato che la

di potere, individuale e collettivo, che emergono spontaneamente dal processo concorrenziale medesimo”.

⁴¹ Cfr. N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004.

⁴² Cfr. L. PROSPERETTI – M. MERINI, *Dal vecchio al nuovo quadro regolatorio: la prospettiva economica*, in AA.VV. *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di M. CLARICH – G.F. CARTEI.

⁴³ Cfr. Considerando 5, Direttiva 2009/140/CE.

⁴⁴ Il riferimento è alla cd. Scuola di Chicago, i cui esponenti propugnano un sistema *antitrust* puro e avulso da condizionamenti esogeni, che persegua la promozione dell’efficienza economica come strumento per massimizzare la ricchezza sociale. Cfr. R.A. POSNER, *The Economics of the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1972.

⁴⁵ Sul carattere *transitorio* di ogni regime di regolazione, si veda C. GRAHAM, *Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach*, Oxford-Portland (Oregon), 2000, 24. In prospettiva critica, *ex aliis*, M. GRENFELL, *Can Competition Law Supplant Utilities*

regolamentazione settoriale rappresenta una sorta di “*pre-emptive competition law*”, sicché entrambi gli strumenti appaiono essenziali e funzionali all’obiettivo di assicurare un *level playing field* per tutti gli operatori del mercato⁴⁶.

La congenita circolarità tra i due strumenti pone la questione delle loro persistenti differenze come del loro necessario e ottimale coordinamento. Pone soprattutto il problema delle loro complesse relazioni⁴⁷.

La prima relazione riguarda l’individuazione dei problemi concorrenziali del settore in considerazione delle sue specifiche caratteristiche economiche, ingegneristiche, giuridiche e non ultimo storiche. Solo indagando la struttura del singolo mercato è possibile distinguere tra fallimenti strutturali e fallimenti indotti da comportamenti (illeciti) delle imprese.

La seconda relazione è quella tra le diverse finalità della regolazione e consiste nell’eventuale *trade – off* fra la finalità pro – concorrenziale (che generalmente è perseguita attraverso la regolazione) e finalità diverse e ulteriori (come quella industriale di favorire l’infrastrutturazione). In questo caso si tratta di una relazione per così dire *interna* al diritto regolamentare e riguarda in buona

Regulation?, in C. MCCRUDDEN, *Regulation and Deregulation. Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, Oxford, 1999, 221 ss.

⁴⁶ Cfr. con specifico riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche A. DE STREEL, *The relationship between Competition Law and sector-specific regulation: the case of electronic communications*, in *Reflète et Perspectives*, XLVII, 2008/1, pp. 53 e ss, il quale rileva come la Commissione europea si sia mossa più come un “*regolatore industriale*”, che come “*pura autorità antitrust*”.

⁴⁷ Con felice espressione, parla di “*matrimonio difficile*” M. CLARICH, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, 2004. Sui rapporti tra regolazione e concorrenza, si vedano, *ex multis*, S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. TESAURO, Bologna, 2000, 11 ss; L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, 277 ss.; J- G. SMACK-D. GERADIN, *European and American approaches to antitrust remedies and institutional design of regulation telecommunications*, 2003; P. LAROUCHE, *Legal Issues Concerning Remedies in Network Industries*, in *Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs. Sector Specific Regulation*, edito da D. GERADIU, Antwerp-Oxford, 2004, 21 ss; M. CAVE-P.CROWTHER, *Co-ordinating regulation and competition law ex ante and ex post*, in *The Pros and Cons of Antitrust in Deregulated Markets*, Stoccolma, 2004, 11 ss; S. VALENTINI, *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, 2005, 59 ss..

sostanza l'effettiva capacità della regolazione di promuovere la concorrenza, nel bilanciamento con altri obiettivi.

La terza relazione è invece di tipo *esterno* e riguarda l'applicabilità del diritto della concorrenza nei settori regolati. Qui il problema si pone a sua volta su tre piani distinti: verificare se c'è spazio per interventi *antitrust* in settori regolamentati, specie quando l'impresa si è formalmente conformata alla regolamentazione e quest'ultima persegue finalità pro-competitive; analizzare l'eventuale condizionamento che le finalità perseguite con la regolazione possono avere sul diritto *antitrust*; individuare in caso le modalità e gli strumenti di intervento *antitrust* nei settori regolamentati al fine di garantire certezza del diritto (per gli operatori di mercato) e coerenza dell'intervento repressivo e conformativo.

Verrà dedicato un capitolo della tesi a ciascuna delle evocate relazioni, iniziando dalla prima.

2. Le ragioni di un approccio strutturale

Imprescindibile è anzitutto un'analisi della peculiare struttura del settore in esame. L'approccio qui utilizzato risponde ad una triplice esigenza⁴⁸.

Anzitutto, consente di distinguere tra fallimenti di mercato strutturali, derivanti dalle condizioni di domanda e di offerta e fallimenti di mercato indotti da comportamenti di mercato tenuti dalle imprese. Sebbene sia indiscutibile l'interrelazione tra i due profili (poiché la struttura di un mercato influenza le

⁴⁸ L'orientamento strutturalista ha avuto una forte influenza sull'evoluzione dell'*antitrust* americano ed è stato elaborato dalla scuola di economia ed organizzazione industriale di Harvard sin dagli anni 30 del secolo scorso, come modello standard di analisi dei mercati, al fine di fungere da schema di riferimento per l'applicazione delle norme antitrust. Con riguardo alle sue componenti essenziali, il metodo è solitamente definito con l'acronimo SCP (*Structure, Conduct, Performance*). Alla base del modello sta l'idea secondo cui, nell'analizzare un qualunque mercato, si devono distinguere quattro momenti: le condizioni di base, la struttura, i comportamenti, i risultati economici. Si ritiene che una modifica in ciascuno di questi momenti condizioni, positivamente o negativamente, i momenti successivi. Cfr. per una descrizione del modello DEL MONTE, *Manuale di organizzazione e politica industriale*, Torino, 1994, 6. Per la sua analisi critica cfr. M. LIBERTINI, Voce "Concorrenza", in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, Milano, 2011, 225 ss.

condotte delle imprese e a loro volta le condotte di queste ultime ne influenzano la struttura), rimane possibile (e utile nel momento in cui si deve individuare il più idoneo strumento di intervento pubblico) identificare le cause di risultati di mercato non efficienti e distinguere tra fallimenti strutturali e comportamentali.

In secondo luogo, consente di indagare le stesse ragioni di fondo dell'intervento regolamentare (e le condizioni per un suo eventuale superamento), tradizionalmente giustificato in tre casi eccezionali, allorché: (i) la concorrenza non può essere raggiunta mediante le sole forze di mercato; (ii) è socialmente preferibile adottare una soluzione diversa da quella che si realizzerebbe mediante il naturale dispiegarsi delle forze di mercato; (iii) sussiste un insanabile contrasto tra interesse pubblici e interessi privati⁴⁹.

In terzo luogo, consente di individuare i più opportuni strumenti di intervento, specie sotto il profilo dell'analisi economica, dal momento che i principi della regolamentazione pro-concorrenziale e le *policy* dell'intervento *antitrust* non sono applicati ugualmente in tutti i settori industriali ma risentono delle sue peculiarità.

3. Le caratteristiche delle reti delle telecomunicazioni

Occorre quindi indagare le caratteristiche fondamentali del settore che condizionano l'intervento regolamentare e sono rilevanti nell'analisi competitiva in ottica *antitrust*⁵⁰.

La prima fondamentale caratteristica è di essere un'industria di rete, nella quale cioè la fornitura del servizio finale al cliente avviene mediante l'utilizzo di un'infrastruttura essenziale (la rete appunto). Per ragioni storiche legate al precedente regime di monopolio legale, l'unica rete diffusa a livello locale (c.d. rete di accesso) appartiene all'operatore *ex monopolista*.

⁴⁹ Cfr. J. STIGLITZ, *Economia del settore pubblico, fondamenti teorici*, II Edizione Italiana a cura di A. BALESTRINO e G. PISAURO.

⁵⁰ Sul punto cfr. M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Giuffè, 2004.

La seconda caratteristica consiste nella non duplicabilità della suddetta rete, quantomeno nella sua parte terminale, per l'eccessività dei suoi costi. Come ben evidenziato dall'AgCom nelle due analisi di mercato del servizio di accesso all'ingrosso, la non replicabilità del segmento terminale della rete ne determina il carattere di "collo di bottiglia" per i processi concorrenziali⁵¹.

La terza caratteristica consiste nei cd. "effetti di rete", espressione utilizzata per designare il fenomeno per cui l'utilità di un prodotto, per il singolo consumatore, cresce in funzione del numero totale dei consumatori che usano il prodotto stesso. Ciò diversifica sotto il profilo del godimento del servizio le telecomunicazioni da altri servizi a rete che possono essere viceversa utilizzati con soddisfazione, talvolta anche maggiore, anche da un solo utente (si pensi all'utente di un'autostrada, il cui grado di soddisfazione cresce con il decrescere dell'uso della stessa da parte di altri utenti⁵²).

⁵¹ Secondo la Delibera AgCom n. 314/09/CONS:
"181. La realizzazione di infrastrutture nel settore delle telecomunicazioni, in particolare di infrastrutture di accesso, richiede, da un lato, tempi molto lunghi e, dall'altro, investimenti ingenti e prevalentemente non recuperabili (sunk cost) in caso di uscita dal mercato.
182. L'operatore incumbent ha effettuato gli investimenti per l'intera infrastruttura di rete, di lunga distanza e di accesso, in una situazione di monopolio. Tale fattore, unitamente ai significativi costi fissi necessari per gli scavi e per l'installazione di una rete di accesso, attribuisce a Telecom Italia un notevole vantaggio competitivo scoraggiando, al contempo, l'ingresso di nuovi operatori.
183. Per queste ragioni, lo sviluppo di reti alternative sul mercato italiano negli ultimi anni è stato molto limitato. Un numero ridotto di operatori ha sviluppato reti in fibra o wireless la cui copertura non è, tuttavia, particolarmente estesa. A tal riguardo, basti osservare che poche sono le reti degli operatori alternativi con un grado di capillarità apprezzabile nelle principali città italiane.
184. Infine, si osservi che anche lo sviluppo di reti di accesso di nuova generazione è al momento ancora molto limitato e non può essere, pertanto, considerato un fattore in grado di mutare la situazione concorrenziale.
185. Alla luce delle considerazioni svolte, l'Autorità conferma quanto espresso nella precedente analisi di mercato riguardo alla difficoltà da parte degli operatori alternativi di duplicare le infrastrutture di rete dell'operatore incumbent."

⁵² In generale, sugli "effetti di rete", si vedano M. KATZ, C. SHAPIRO, *Systems competition and network effects*, in *The Journal of Economic Perspectives*, 1994, 93-115; A. D. MELAMED, *Network industries and antitrust*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 23/1999, 147; J. FARRELL E P. KLEMPERER, *Coordination and lock-in: Competition with switching costs and network effects*, in *Handbook of industrial organization* 3/2007, 1967-2072.

Come insegna la letteratura economica, le industrie caratterizzate da effetti di rete hanno una strutturale tendenza monopolistica, che entro certi limiti può considerarsi fisiologica e perfino benefica per i consumatori (perché riduce i costi di informazione a loro carico) e per lo stesso mercato (perché più dinamico sotto il profilo dell'innovazione), essendo il monopolista incentivato a difendere la propria posizione di privilegio e in grado di investire maggiormente nella ricerca⁵³. Di conseguenza, in tali industrie l'ineguaglianza tra i concorrenti non è frutto di condotte abusive, bensì delle loro stesse caratteristiche e la regolazione è lo strumento generalmente utilizzato per sopperire all'impossibilità di raggiungere una concorrenza perfetta.

La quarta caratteristica, consiste nel fatto che le telecomunicazioni sono in grado di utilizzare più reti (interconnesse), a differenza di altri servizi di rete (ferrovie, energia elettrica) in cui la rete è unica. Questo produce conseguenze sulla ripartizione dei costi (ad esempio, quelli derivanti dal servizio universale) e spiega la centralità degli istituti dell'accesso e dell'interconnessione.

Basti al riguardo considerare che la struttura delle reti attuali è sostanzialmente costituita da tre livelli, via via più periferici e quindi più capillari e da un sistema centralizzato. In particolare, è possibile distinguere:

- La rete di trasporto (*backbone*) per le comunicazioni a grande distanza con informazioni "affasciate" che viaggiano su un unico supporto pregiato (fibra ottica);
- La rete di giunzione (*backhaul*) che collega le centrali alla rete di trasporto e su cui viaggiano moltiplicati i segnali della rete di accesso.
- La rete di accesso (*local loop*) che collega i singoli utenti finali alla centrale, con infrastrutture dedicate (il cd. doppino);
- Il sistema (*hardware e software*) di supervisione e controllo generale di tutta la rete.

In Italia, ad esempio, mentre la rete di accesso è la struttura di telecomunicazione di proprietà di Telecom, costituita da collegamenti fisici in

⁵³ Cfr. N. ECONOMIDES, *Competition policy in network industries: An introduction*, 2003, www.stern.nyu.edu/networks/Economides_Competition_Policy.pdf.

rame (i cd “*doppini*” o coppie di rame, che consente la connessione tra le sedi dei clienti e le centrali locali tradizionalmente denominate Stadi di Linea (SL)⁵⁴, esistono una molteplicità di reti di trasporto e di giunzione. La rete presenta una crescente capillarità andando verso l’utente, cioè dal trasporto verso l’accesso, ed è questa caratteristica che rende onerosa, per gli operatori alternativi la duplicazione della rete di accesso.

Pertanto, mentre esistono reti in concorrenza nelle tratte di trasporto e di giunzione, nella rete di accesso, a parte alcune tratte realizzate da alcuni operatori in fibra ottica, gli operatori alternativi fanno attualmente essenzialmente ricorso alla rete *dell’incumbent* attraverso l’affitto dell’ultimo miglio (*unbundling* del *local loop* o ULL) o altri servizi acquistati all’ingrosso da Telecom⁵⁵.

La quinta caratteristica, che differenzia ancora una volta la rete di telecomunicazioni da altre reti (autostradali, ferroviarie, ecc.), consiste nel fatto che essa è una rete a maglie, sulla quale numerose sono le percorrenze possibili e modificabili in ogni momento e numerosi sono i punti di accesso e interconnessione. Ciò significa che, rispetto alle altre reti, che sono rigide e che hanno limitate varianti di uso, la rete delle telecomunicazioni è elastica, consentendo il massimo decentramento e deviamiento del traffico.

La sesta caratteristica è la forte tendenza all’innovazione tecnologia che si riscontra nel settore in esame e rende particolarmente complesso l’intervento prospettico regolamentare in quanto incerto negli esiti. Ad esempio, per le reti di telecomunicazioni (fisse e mobili) la fondamentale evoluzione, dopo la

⁵⁴ Le centrali locali fanno capo a monte a qualche centinaio di centrali “Stadio di Gruppo Urbano” (SGU) e di centrali “Stadio di Gruppo di Transito” (SGT), collegate tramite la rete trasmissiva di trasporto. La rete di accesso è utilizzata per la fornitura dei servizi di accesso telefonici; è infatti questa infrastruttura che consente ad un utente di poter effettuare e ricevere chiamate telefoniche; la rete di trasporto, invece, è deputata a trasportare le chiamate alla linea di accesso dell’utente chiamato.

⁵⁵ Questa scelta strategica degli operatori alternativi dà luogo talvolta a degli inconvenienti da essi lamentati, derivanti dalla gestione congiunta (ad esempio in termini di manutenzione) di tratti di rete da parte loro e di Telecom, dalla necessità di coordinarsi per l’attivazione o rescissione dei clienti, dalla minor visibilità che essi hanno sui dati del proprio traffico. Tuttavia tale scelta è certamente razionale da un punto di vista degli investimenti, che evita loro di supportare costi non recuperabili e viene scelta proprio per questo motivo.

digitalizzazione di tutte le fonti di informazione, è la tecnologia a commutazione di pacchetto (a “*pacchetti di bit*” accompagnati, per il loro trasporto sulla rete, dall’impiego generalizzato del protocollo di comunicazione Ip). Le reti di telecomunicazioni stanno pertanto evolvendo da una struttura verticale (ossia specializzata per tipi di servizi) ad una rete orizzontale multiservizio (ossia con diverse informazioni, voce-video-dati, trasportate con le stesse tecniche su un medesimo mezzo trasmissivo) in modalità trasparente per il cliente.

Queste sei caratteristiche si traducono nella prassi industriale in una struttura di mercato oggi caratterizzata dalla presenza di almeno un operatore verticalmente integrato presente su tutta la filiera produttiva, proprietario dell’infrastruttura di rete essenziale, e caratterizzato da un notevole potere di mercato, nonché da una pluralità di operatori alternativi, che generalmente si avvalgono della rete di accesso dell’*ex incumbent* per offrire i servizi telefonici agli utenti finali - in maniera più o meno intensa a seconda del livello di infrastrutturazione raggiunto – i quali sono al tempo stesso clienti dell’*incumbent* (nei mercati all’ingrosso) e suoi concorrenti (nel mercato al dettaglio). E in prospettiva, come conseguenza dell’evoluzione tecnologica sopra accennata – che si identifica nella futura rete NGN (*Next Generation Network*) – tende ad evolvere verso un nuovo modello strutturale caratterizzato dalla cd. “*rottura della catena del valore*” che definiva il modello classico di un operatore di telecomunicazioni, con conseguente maggiore disponibilità ad affrontare la problematica della separazione della rete di accesso. Infatti, poiché in futuro lo strato di connettività sarà sempre più disaccoppiato da quello del servizio, dovrebbe risultare più semplice che in passato, almeno in principio e superato lo scoglio iniziale della stessa costruzione della rete, spostare la pressione competitiva sui servizi anziché sulla proprietà delle infrastrutture⁵⁶.

Inoltre, queste caratteristiche spiegano la centralità degli istituti dell’interconnessione e dell’accesso alla base della disciplina della

⁵⁶ Cfr. sul punto *Le telecomunicazioni: concorrenza, sviluppo reti di nuova generazione*, di F. D. BRADANT, P. M. MANACORDA, G. VANNUCCHI, in *I nodi delle reti, Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, a cura di P.M. Manacorda, 2010, pp. 325 ss.

regolamentazione settoriale⁵⁷, così come la necessaria complementarità tra intervento regolamentare e disciplina generale *antitrust*⁵⁸. Torneremo sul punto in dettaglio nei prossimi capitoli.

4. Modelli di concorrenza nelle infrastrutture a rete

La natura di industria di rete rende ulteriormente problematica l'individuazione del modello di concorrenza ideale cui orientare le politiche regolamentari e lo stesso *enforcement antitrust*.

La letteratura economica evidenzia che in astratto esistono 4 tipi di concorrenza possibili nelle industrie di rete⁵⁹.

La prima e più rilevante forma di concorrenza è la cd. *facility-based competition*, ovvero la competizione infrastrutturale, in cui ciascun operatore è verticalmente integrato e presente sull'intera filiera tecnico-produttiva (in sostanza, si tratta della concorrenza tra gestori titolari di proprie reti, come ad

⁵⁷ Per accesso in termini giuridici generali si intende la possibilità concessa ad un operatore privo di una rete propria, o dotata di risorse incomplete, di utilizzare, a determinate condizioni, risorse o servizi di rete altrui; mentre l'interconnessione, che è una forma particolare di accesso, consente il collegamento delle diverse reti al fine di consentire agli utenti dell'una di comunicare con gli utenti dell'altra o di fruire dei servizi offerti su questa.

⁵⁸ I rimedi apprestati dal diritto *antitrust* generale si rivelano in questa materia scarsamente efficaci sia perché intervengono *ex post*, quando già l'iniziativa economica del nuovo entrante può risultare definitivamente compromessa a causa degli abusi commessi dall'incumbent, sia per le difficoltà relative all'accertamento dell'abuso, dipendenti soprattutto dalle asimmetrie informative. D'altro canto, anche gli interventi regolamentari possono risultare inappropriati e scarsamente efficaci, specie se il regolatore non tiene nel dovuto conto il fatto che ciascun operatore, è dominante sulla propria rete e conseguentemente dotato di significativo potere di mercato e dovrebbe essere quindi destinatario di *remedies* strutturali simmetrici (anzitutto sotto il profilo tariffario) pena una ingiustificata distorsione concorrenziale.

⁵⁹ E. GALLO, E. PONTAROLLO, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni: l'approccio italiano*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, pp. 521-546. Per un approccio giuridico al problema: F. DONATI, *L'accesso alle reti e ai contenuti*, G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli (2005); M. CAPATINI, *La disciplina dell'accesso e dell'interconnessione*, M. CLARICH e G.F. CARTEI (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano (2004); E. GALLO, E. PONTAROLLO, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni: l'approccio italiano*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, pp. 521-546.

esempio quelli mobili). Si tratta del modello di concorrenza ideale nel lungo periodo poiché rende ciascun operatore indipendente dall'altro per la fornitura del servizio⁶⁰.

La seconda forma di concorrenza è la cd *access-based competition*, in cui la rete rimane del gestore storico, però ai nuovi entranti viene accordato un diritto di utilizzo (o accesso, nel gergo del settore). Si tratta del modello di concorrenza più facilmente ottenibile nel lungo periodo ma che porta con sé inevitabili problemi di coordinamento tra i gestori. In particolare, dal punto di vista competitivo, la maggiore problematicità consiste nell'assicurare effettiva parità di trattamento tra le divisioni commerciali dell'operatore dominante e gli operatori alternativi.

Il terzo modello di concorrenza è la cd *service-based competition*, in cui i nuovi entranti, utilizzando la rete del gestore storico, erogano alla clientela finale servizi a valore aggiunto. Si tratta del modello di concorrenza funzionale ad assicurare agli operatori alternativi una massa critica di clienti tale da assicurare le economie di scala necessarie per poter affrontare gli investimenti infrastrutturali funzionali al consolidamento della propria posizione sul mercato. È generalmente il modello concorrenziale utilizzato dalle ANR nelle fasi subito successive all'apertura del mercato⁶¹.

L'ultimo modello è infine il cd *resale-based competition*, in cui i nuovi entranti svolgono una mera attività di rivendita⁶². Ad esempio, in una prima fase di sviluppo del mercato italiano della telefonia in postazione fissa, gli operatori telefonici compravano spesso dall'operatore storico servizi di originazione delle chiamate e li usavano per fornire servizi di telefonia ai propri abbonati, con le

⁶⁰ T. KIESSLING, Y. BLONDEEL, *The impact of regulation on facility-based competition in telecommunications*, in *Communications & Strategies*, 34/1999.

⁶¹ Per un'interessante analisi comparata dei modelli *facility-based* e *service-based*, si veda M. BOURREAU, D. PINAR, *Service-based vs. facility-based competition in local access networks*, in *Information Economics and Policy* 16.2 (2004): 287-306.

⁶² P.W.J. DE BIJL, M. PEITZ; *Dynamic regulation and entry in telecommunications markets: a policy framework*, in *Information Economics and Policy*, Elsevier, vol. 16(3), 2004, 411-437.

formule della *carrier selection* o della *carrier preselection*⁶³. In questi casi, l'utente continua ad acquistare il servizio di accesso dall'operatore storico (ossia, è quest'ultimo a fornire il collegamento alla rete telefonica fissa), ma può sviluppare traffico telefonico con un altro operatore, che lo fattura in una bolletta separata e alle proprie tariffe.

Il modello *facility-based* è quello che garantisce la maggiore autonomia tecnica e commerciale agli operatori del mercato, i quali non dipendono in alcun modo dalle infrastrutture e servizi di rete del gestore storico. Esso pertanto garantisce maggior benessere collettivo, assicurando scelta di servizi, varietà, prezzi efficienti e innovazione. Per tale ragione esso è caldeggiato dalla normativa europea⁶⁴. Tuttavia, esso è particolarmente complesso da realizzare perché comporta altissimi investimenti, talvolta non sostenibili dal punto di vista economico, specie in assenza di una cospicua base di clienti. Si tratta pertanto di un obiettivo di lungo periodo.

Invece nel breve-medio periodo, fondamentale è l'acquisizione della massa critica di clientela che consente di aumentare le economie di scala. In assenza di autonomia infrastrutturale, l'obiettivo principale è quello di tutelare gli utenti e di riflettere gli operatori alternativi, da possibili condotte di sfruttamento dell'impresa dominante, la quale – in quanto proprietaria dell'infrastruttura necessaria – in assenza di regolamentazione si porrebbe come contraente inevitabile. A tal fine, opportuna è la promozione della concorrenza *service based*, che si accontenta della possibilità che i concorrenti possano entrare nel mercato utilizzando le reti del gestore storico e competere con esso nella fornitura dei servizi al dettaglio.

⁶³ Con la *carrier selection*, per ciascuna telefonata l'utente può selezionare un fornitore diverso dall'operatore storico, digitando un determinato prefisso prima di comporre la numerazione da chiamare; con la *carrier preselection*, l'utente effettua le telefonate direttamente con il diverso fornitore prescelto e deve digitare un prefisso soltanto qualora voglia utilizzare l'operatore storico per la telefonata in questione. J. GUAL, F. TRILLAS, *Telecommunications policies: measurement and determinants*, in *Review of Network Economics* 5.2 (2006).

⁶⁴ V. art. 8, comma 2, Direttiva 2002/21/CE, cd. Direttiva Quadro, così come modificato dalla Direttiva 2009/140/CE.

Rimane tuttavia che tale modello di competizione è un *second best* giacché la dipendenza degli operatori dalla rete dell'impresa dominante si presta a facili abusi, rende necessaria una pervasiva regolamentazione, e non consente piena autonomia produttiva e commerciale agli operatori: in sostanza, gli OLO⁶⁵ non possono lanciare servizi completamente nuovi e diversi da quelli erogati dal gestore storico giacché il sottostante *input* di rete è il medesimo⁶⁶.

Inoltre, la frammentazione delle prerogative proprietarie del titolare della rete attraverso il riconoscimento di poteri di condizionamento in capo alle autorità pubbliche e l'attribuzione di diritti di accesso agli altri operatori rischia di determinare un classico caso di inefficiente gestione delle risorse (cfr. Conclusioni).

Questo sistema, infatti, rischia di disincentivare gli investimenti dell'innovazione tecnologica e nello sviluppo della rete sia degli operatori alternativi sia dell'operatore storico. I primi, invece di completare la propria rete, tenderanno al più a ricorrere all'*unbundling*, acquistando, senza rischio di mercato e a prezzi nominali, il diritti di passaggio sulle infrastrutture esistenti dell'operatore storico e dovendo al più sopportare i costi della co-locazione nella centrale locale. L'operatore storico, a sua volta, sarà disincentivato a investire ulteriormente nella rete dal momento che i benefici da ciò derivanti sono sostanzialmente espropriati dal regolatore, quando ne impone la condivisione con le imprese concorrenti. Inoltre, l'operatore dominante subirà i costi amministrativi derivanti dall'osservanza del pesante regime regolatorio (si pensi alla predisposizione dei complessi accordi di interconnessione e più in generale agli oneri contabili che ne conseguono) e dai rischi derivanti dal conseguente inevitabile altissimo livello di contenzioso tra gli operatori.

⁶⁵ "OLO" è acronimo di *other licensed operators* (altri operatori autorizzati).

⁶⁶ Secondo alcuni studi economici, la concorrenza *facility based* è stata la principale artefice della diffusione dei servizi a banda larga (v. GRUBER-PANTELIS, *Procompetitive infrastructure sector regulation and diffusion of innovation: The case of broadband networks*, 22nd European Regional Conference of the International Telecommunications Society, Budapest 18-21.9.2011).

I diversi modelli di concorrenza non sono pertanto alternativi, ma possono e debbono essere coordinati tra loro sulla base del fattore temporale e alla luce del grado di sviluppo osservato nel mercato

Di qui il delicato compito delle ANR e delle ANC.

Le prime sono chiamate a garantire che i concorrenti abbiano adeguato accesso alla rete del gestore storico ma allo stesso tempo che questi ultimi siano incentivati a perseguire l'obiettivo di lungo periodo dell'infrastrutturazione, e che *l'incumbent* riceva a sua volta un compenso adeguato a remunerare il mantenimento e gli investimenti di rete. Le seconde, sono chiamate a temperare l'obiettivo dell'efficientamento massimo e a guardare anche a finalità ulteriori rispetto alle finalità di ordine economico nell'applicazione del diritto della concorrenza anche al fine di assicurare stabilità e certezza del diritto agli operatori di mercato allineando la prassi applicativa a quella delle ANR ⁶⁷.

5. *La ladder of investment*

Il tradizionale *trade-off* tra concorrenza statica e concorrenza dinamica esemplificato dai modelli di concorrenza sopra analizzati, trova nel settore in esame un peculiare strumento di lettura e di riconciliazione nel cd. principio della scala degli investimenti (*ladder of investment* o "LoI"), teorizzata dal prof. Martin Cave nel 2001⁶⁸ e assurta a indiscusso modello operativo a livello nazionale e europeo⁶⁹.

⁶⁷ Condivisibili appaiono quindi le critiche all'approccio meramente economico che guarda al solo problema del massimo efficientamento nelle applicazioni delle regole di concorrenza seguito dall'orientamento maggioritario della dottrina giuridica e economica. V. F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'approccio economico nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole* 2006, 563.

⁶⁸ L'originario studio del prof Cave del 2001 destinato alla Commissione europea è stato successivamente rivisto e pubblicato nel 2004 con il titolo "*Remedies for Broadband Services*", in *Journal of Network Industries*, 23 (2004) e ulteriormente dettagliato nel 2006 con l'articolo *Encouraging infrastructure competition via ladder of investment*, in *Telecommunications Policy*, 30, 2006, pp. 223 – 237. Si vedano inoltre in contributi: M. CAVE, L. PROSPERETTI, C. DOYLE, *Where are we going? Technologies, markets and long-range public policy issues in European communications*, in *Information Economics and Policy* 18.3 (2006): 242-255; M. CAVE, *Snakes and ladders: Unbundling in a next generation world*, in *Telecommunications Policy* 34.1 (2010): 80-85; *Idem*, *The ladder of*

Pochi modelli economici e strumenti di *policy* vantano un tale grado di forza pervasiva e capacità di orientamento pratico. Le evidenze empiriche hanno inoltre dimostrato la correttezza del modello e la sua capacità a incentivare l'infrastrutturazione⁷⁰. Persino i giudici nazionali, anche quelli più restii generalmente ad applicare modelli economici, hanno utilizzato questo modello per spiegare e giustificare le scelte regolamentari delle ANR⁷¹. Infine, esso ha l'indiscutibile merito di circoscrivere la discrezionalità delle ANR nel perseguimento degli obiettivi regolamentari e di orientarne coerentemente l'operato. Appare pertanto essenziale la sua comprensione, soprattutto nella forma conosciuta nella prassi applicativa.

In sintesi, l'approccio LoI consiste nell'offrire gradualmente ai potenziali entranti nel mercato differenti livelli di accesso alla rete dell'*incumbent*. Esso si compone di un elemento descrittivo ed uno normativo.

Sotto il primo profilo esso offre una descrizione di come evolve nei mercati delle telecomunicazioni un'*access-based competition*, con gli operatori concorrenti che passano a forme più infrastrutturate di offerta man mano che acquisiscono maggiori clienti⁷². Di qui l'inevitabile questione di *se e come* le

investment in Europe, in retrospect and prospect, in *Telecommunications Policy* 38.8 (2014): 674-683.

⁶⁹ Cfr. E. GALLO - E. PONTAROLLO, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni: l'approccio italiano*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2006, p. 521. V. per una critica al modello OLDALE A.-PADILLA A.J., *From State Monopoly to the "Investment ladder: Competition Policy and the NFR*, in "Swedish Competition Authority, The Pros and Cons of Antitrust in Deregulated Markets, pp. 51 – 77.

⁷⁰ Ad esempio, già nel 2005 l'ERG ha utilizzato l'approccio LoI per indagare lo sviluppo del mercato di accesso *broadband* in 13 Paesi europei. Cfr. ERG, 2005. *Broadband market competition report*, in cui si legge che "[the ladder of investment] explains recent developments in European broadband markets quite well and can serve as a good regulatory model", p. 1. Secondo l'ERG, il modello LoI è stato implementato nei maggiori Paesi europei, e esiste una certa relazione tra la sua applicazione e lo sviluppo del relativo mercato. V. anche per le evidenze empiriche M. CAVE, "Broadband regulation in Europe. Present and future", in *Competition and regulation in Network Industries*, vol. 8, n. 4, 2007.

⁷¹ Essa ad esempio è alla base della sentenza del Consiglio di Stato n. 8478/2013, relativa alle tariffe dei servizi di accesso all'ingresso 2010-2012.

⁷² Cfr. M. CAVE & I. VOGLESANG, *How access pricing and entry interact*, in *Telecommunications Policy*, 27, 2003, pp. 717 – 727.

ANR (che tendono a favorire la competizione infrastrutturale rispetto a quella dei servizi) possano incoraggiare questo processo⁷³.

Sotto il secondo profilo, esso indica gli strumenti di *policy* che consentono alle ANR di realizzare il suddetto obiettivo. Esso si basa in sostanza su tre postulati fondamentali:

(i) gli interessi di lungo periodo dei consumatori finali sono meglio serviti dal più alto grado di competizione infrastrutturale, purché essa sia efficientemente sostenibile;

(ii) nella maggior parte dei casi, i regolatori possono più efficacemente realizzare la competizione infrastrutturale (che impone ai concorrenti di supportare significati investimenti infrastrutturali) attraverso una prima fase di *service based competition*, durante la quale i concorrenti semplicemente rivendono i servizi *dell'incumbent* senza investire loro stessi in infrastrutture;

(iii) i nuovi entranti sono assistiti da un regime regolamentare di tipo assistenziale e transitorio e successivamente incentivati mediante la progressiva riduzione dei *remedies* a costruire proprie reti nel medio o lungo periodo⁷⁴. Lo strumento tipico utilizzato è ad esempio il progressivo allentamento degli obblighi tariffari, che rende con il tempo sempre meno conveniente per i correnti la scelta di rinviare gli investimenti in infrastrutture continuando ad avvalersi di quelle delle *incumbent*.

Per effetto di questi incentivi, i nuovi entranti sarebbero inizialmente portati ad occupare il livello più basso della scala, attraverso la rivendita dei servizi dell'operatore *incumbent* (competizione basata sui servizi) per poi passare, una volta consolidata la propria posizione nel mercato, a livelli sempre più alti della scala, acquisendo servizi che fanno sempre meno uso delle infrastrutture dell'*incumbent* e sempre più di infrastrutture proprie. In questo modo, l'operatore

⁷³ V. M. CAVE, *Encouraging infrastructure competition via ladder of investment*, in *Telecommunications Policy*, 30, 2006, pp. 223 – 237.

⁷⁴ Secondo l'ERG: “*the framework's concept of the ladder of investment links a pro-competitive regulation with investment which in turn is pushing broadband penetration, in other words, a virtuous circle is created*”, ERG, 2006, in “*Revised ERG common position on remedies – Explanatory memorandum*”, p. 19.

che ha acquisito una sufficiente forza economica e di mercato può risalire la scala allo scopo di godere di margini più elevati, determinati dalla differenza tra i prezzi *wholesale* e *retail* – che risulta più alta per i servizi che si posizionano ad un livello più alto nella scala degli investimenti – e dalle maggiori economie di scala raggiungibili a quel livello.

Tuttavia, i servizi di accesso che occupano i livelli più alti nella scala, richiedono maggiori investimenti iniziali e sono caratterizzati da una maggior proporzione di costi fissi, spesso non recuperabili⁷⁵.

Nel documento pubblicato dalla Commissione europea “*Commission Staff Working Document accompanying the Commission Recommendation on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA)*”, la scala degli investimenti prevede, in ordine crescente di livello di infrastrutturazione, i servizi di i) rivendita, ii) *bitstream*, iii) *shared access*, iv) *unbundling*, v) accesso ai cavidotti e infrastrutture di proprietà.

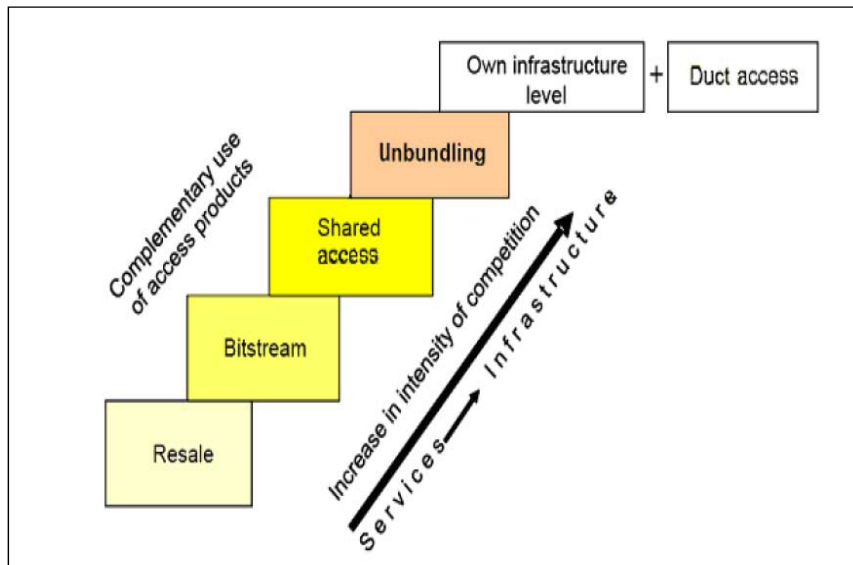
Ne deriva che, da un punto di vista meramente economico, un operatore alternativo investirà in ULL, replicando parzialmente la rete dell’*incumbent*, solo quando esso sarà in grado di produrre per la propria divisione commerciale il servizio all’ingrosso (il *bitstream*, o *Wholesale Broadband Access*) ad un costo uguale, o inferiore, al prezzo regolamentato del servizio stesso⁷⁶.

Per tale ragione, si parla di “*scala degli investimenti*” ove ogni singolo gradino corrisponde a un servizio regolamentato.

La seguente figura associa a ciascun gradino della scala i rilevanti servizi di accesso.

⁷⁵ Ad esempio, il servizio ULL richiede investimenti per interconnettersi alla centrale locale, co-locarsi presso di essa e attrezzare propri spazi con gli apparati necessari alla fornitura dei servizi al dettaglio. Di converso, il servizio *bitstream* implica maggiori costi *wholesale* di tipo variabile – il canone *bitstream naked* è superiore al canone ULL – ma richiede minori investimenti iniziali in quanto i costi fissi sono sostanzialmente trascurabili

⁷⁶ L’investimento in ULL fornisce anche il vantaggio di permettere all’operatore di competere offrendo servizi differenziati al cliente finale, in termini di qualità e caratteristiche tecniche, rispetto a quelli offerti dall’*incumbent*.



Fonte: Commissione europea

Ed è sulla base di questo tipo di considerazioni che l'*European Regulatory Group* (ERG, oggi BEREC), in un proprio rapporto del 2009 sulla coerenza dei prezzi nei mercati all'ingrosso dei servizi a banda larga, suggerisce alle ANR, al fine di incentivare i nuovi entranti a risalire la scala degli investimenti e promuovere la competizione basata sulle infrastrutture, di fissare un congruo spazio economico tra i servizi ULL e *bitstream* (v. *infra* Cap. 2, par. 3.2).

Il tutto peraltro complicato dal fatto che non necessariamente tutti i concorrenti entrano nel mercato nello stesso momento. Per cui l'approccio LoI, quantomeno nella sua versione originaria proposta dal prof Cave, appare criticabile allorché suggerisce di fissare un unico livello di accesso alle infrastrutture di rete dell'*incumbent* per volta, mentre appare preferibile l'approccio propugnato dall'ERG, e seguito da molti regolatori nazionali, inclusa l'AgCom, di assicurare contemporaneamente ai concorrenti molteplici livelli di accesso, facendo leva sul ricordato criterio dello spazio economico fra servizi⁷⁷.

Di qui le ricorrenti difficoltà applicative del modello: dalla necessità di individuare il giusto momento per imporre rimedi pervasivi e successivamente

⁷⁷ Al riguardo l'ERG ha sostenuto che “*the more complete the chain of available access product is, the higher the competitive dynamic is e.g., UK, France, Spain*”, in ERG, 2005, *Broadband market competition report*, 23, p. 1.

ridurne la portata; alla complessa individuazione del corretto spazio economico tra i diversi servizi di accesso all'ingrosso per dare i giusti segnali di *make or buy* (v. *infra*, cap. 2, par. 3.2); fino alla pratica difficoltà di imporre impopolari incrementi tariffari sulle infrastrutture di cui non si vuole più favorire l'utilizzo da parte degli operatori alternativi⁷⁸. Tutti profili che presentano un largo margine di opinabilità e per questo motivo difficilmente giustiziabili innanzi all'organo giudiziario.

6. Le principali condotte illecite sotto il profilo *antitrust*

Accanto ai profili strutturali fin qui analizzati, vanno poi considerate le possibili condotte illecite degli operatori dotati di significativo potere di mercato (SMP), aventi come obiettivo finalità escludenti (a danno dei concorrenti) ovvero di sfruttamento della propria capacità di mercato (a danno dei consumatori)⁷⁹.

Come noto, in astratto l'operatore dotato di significativo potere di mercato può abusare del proprio potere in tre modi differenti. In primo luogo, l'operatore SMP può tentare di trasferire il potere che detiene nel mercato dominato in un correlato mercato concorrenziale, ad esso adiacente da un punto di vista verticale o orizzontale, mediante il cd. effetto leva. Inoltre, l'operatore SMP può adottare pratiche difensive costruendo barriere all'ingresso in modo tale da prevenire e/o impedire la competizione nel mercato dominato. Infine, l'operatore può sfruttare e

⁷⁸ M. BOURREAU, D. PINAR, M. MANANT, *A critical review of the "ladder of investment" approach*, in *Telecommunications Policy* 34.11 (2010): 683-696, secondo i quali, uno dei principali problemi attuativi della *ladder of investment* è la propensione delle ANR a mantenere effettivamente l'impegno a rimuovere gli obblighi regolamentari vigenti sui gradini inferiori della scala. Esperienze concrete nei Paesi Bassi e in Canada dimostrano che, quando giungono al momento della decisione, le ANR possono prorogare la *sunset clause* e la validità dei *remedies* per non scontentare gli OLO (specie quelli che sono entrati nel mercato più recentemente e non hanno beneficiato a lungo dei *remedies* agli *step* iniziali della scala).

⁷⁹ In generale, sul punto, si vedano L. PROSPERETTI, *Dispensa Politica Economica*, 2014. Sul punto, con riferimento alla nozione di abuso di cui all'art. 102 TFEU, si vedano R. WHISH, *Competition law*, 7th ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pag. 192; B. VESTERDORF, *Article 102 TFEU and sanctions: Appropriate When?*, in *European Competition Law Review*, 2011, pag. 573. A. FRIGNANI-M. WAELEBROECK, *Disciplina della concorrenza*, UTET, 1996, pag. 254. Nello stesso senso si vedano L. RITTER-W. D. BRAUN, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2004, e F. ETRO-KOKKORIS (a cura di), *Competition law and the enforcement of article 102*, Oxford University Press 2010.

abusare il proprio potere nel mercato che domina, ad esempio imponendo prezzi eccessivi ovvero l'erogazione di servizi scadenti.

Poiché, l'attuale quadro regolamentare richiede – ai fini delle imposizione degli obblighi regolamentari – la sola presenza di significativo potere di mercato su uno o più mercati delle comunicazioni elettroniche, ma non il concreto abuso di tale potere, i problemi competitivi qui individuati dovrebbero essere considerati anche se rimangono meramente potenziali. In altre parole, si tratta di problemi che possono emergere in presenza di particolari circostanze e che debbono essere ben tenuti in considerazione dai regolatori nel momento dell'individuazione del più appropriato strumento per prevenirli. Il nocciolo della questione sta comunque nel fatto che l'impresa dominante agisce sia come fornitore dei concorrenti sui mercati all'ingrosso, che come loro concorrente in quelli al dettaglio.

Passando dalla teoria alla pratica, l'ERG *Common Position on Remedies*⁸⁰ classifica le potenziali condotte illecite dal punto di vista concorrenziale in quattro casistiche principali, individuando ben 27 possibili comportamenti problematici all'interno delle suddette casistiche:

(i) *Sfruttamento verticale del potere di mercato (cd. vertical leveraging)*.

La serie di comportamenti qui riuniti presuppone che l'impresa SPM sia attiva contemporaneamente sia nei mercati *wholesale* a monte della catena produttiva – fornendo ad esempio ai concorrenti un *input* essenziale – sia nei mercati *retail* a valle, dove è in concorrenza con altri operatori per la fornitura dei servizi. Tale situazione è ricorrente nella pratica, poiché come visto l'*incumbent* proprietario della rete fornisce ai concorrenti gli essenziali servizi di accesso all'ingrosso alla rete telefonica e allo stesso tempo compete nei servizi al dettaglio per la fornitura del servizio di traffico telefonico e/o dati.

In tali circostanze, l'operatore SMP può fare leva sulla posizione dominante nel mercato a monte (ove è contraente necessario dei concorrenti), per

⁸⁰ ERG, *Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework*, adottata nella seduta dell'8 aprile 2004" (Delibera n. 14/06/CIR, par. V).

tentare di estendere la dominanza in quelli a valle (ad esempio, dai mercati *wholesale* a quelli *retail*).

In particolare, l'*incumbent* potrebbe, ostacolare o impedire l'ingresso di imprese concorrenti mediante, ad esempio, la definizione di condizioni contrattuali o tecniche che vincolano la libertà di scelta del cliente finale, determinando l'aumento dei costi di passaggio di quest'ultimo ad un altro operatore (*switching costs*), oppure fissando prezzi predatori. Inoltre, potrebbe essere indotto ad adottare politiche di sfruttamento dei consumatori definendo condizioni economiche e di fornitura dei servizi eccessivamente onerose (prezzi eccessivi) e discriminatorie. In aggiunta, un basso livello di concorrenzialità nei mercati in esame potrebbe ridurre l'efficienza produttiva e la propensione dell'operatore notificato ad effettuare investimenti, a scapito della qualità dei servizi finali.

Sotto altro profilo, l'integrazione verticale dell'*incumbent* e la sua posizione dominante nei mercati dell'accesso sia all'ingrosso, sia al dettaglio, consente a quest'ultima di adottare comportamenti anti-competitivi volti ad escludere i concorrenti agendo sulla disponibilità e sulle condizioni di fornitura – tecniche ed economiche – dei fattori produttivi indispensabili agli operatori alternativi per competere nei mercati dell'accesso al dettaglio. Un'ulteriore azione anticompetitiva dell'operatore integrato potrebbe essere quella di fornire *l'input* intermedio congiuntamente ad altri input non necessari e non richiesti dall'impresa concorrente (*bundling/tying*), al fine di accrescere significativamente i costi di quest'ultima (strategia cosiddetta di *raising rivals' costs*) e di precludere il mercato finale.

Secondo l'ERG, si tratta della casistica più comune del settore, la quale è evidentemente imputabile alla mancata separazione della rete. L'effetto leva verticale può essere a sua volta realizzato mediante: (1) rifiuti di fornitura (anche di tipo costruttivo)⁸¹; (2) pratiche tariffarie escludenti (prezzi predatori, sussidi

⁸¹ Un'impresa dominante pone in essere una condotta abusiva allorquando si rifiuti, senza una giustificazione obiettiva, di fornire un proprio prodotto ad un concorrente, se tale prodotto è necessario per competere in un mercato a valle. Il "rifiuto costruttivo", pur

incrociati e soprattutto discriminazioni di prezzo finalizzate ad indurre una compressione dei margini)⁸²; (3) pratiche discriminatorie mediante variabili non tariffarie (tipico è il caso di rifiuto di fornitura di informazioni essenziali ai concorrenti, ad esempio, le località ove è possibile fruire dei servizi di ULL) ovvero la loro fornitura alle sole divisioni dell'impresa dominante che erogano i servizi a valle⁸³.

(ii) Sfruttamento orizzontale del potere di mercato (cd. *horizontal leveraging*). La serie di comportamenti qui raggruppati presuppone che l'impresa dominante sia attiva in due mercati contigui, di cui uno dominato. In presenza di determinate circostanze (ad esempio, presenza di elevate barriere all'ingresso in

non integrando un rifiuto di fornitura *tout court* da parte dell'impresa dominante, si sostanzia in una serie di pratiche abusive, quali ritardi indebiti o altre forme di danneggiamento della fornitura del prodotto o nell'imposizione di condizioni irragionevoli in cambio della fornitura. Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in GUUE n. C 45 24 febbraio 2009, pp. 7–20. Cfr. p.to 79. Questo tipo di abuso è stato contestato a Telecom dall'AGCM nel provvedimento 9 maggio 2013, caso A428 – *comportamenti abusivi di Telecom*.

⁸² Il *margin squeeze* è una pratica tariffaria abusiva che si configura qualora, in assenza di una giustificazione obiettiva, il divario tra il prezzo del bene intermedio fornito da un'impresa dominante verticalmente integrata sul mercato all'ingrosso alle imprese rivali ed il prezzo del bene finale offerto da tale operatore sul mercato al dettaglio sia negativo oppure insufficiente a coprire i costi specifici che l'impresa dominante deve sostenere per fornire le proprie prestazioni ai clienti finali. Questo divario, infatti, non consente ai concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa dominante di competere con la stessa sul mercato al dettaglio, giacché essi sono costretti ad operare in perdita. Di conseguenza, il *margin squeeze* induce le imprese rivali ad abbandonare il mercato e, al contempo, ostacola l'accesso di nuovi entranti. Tale pratica tariffaria è un abuso tipico delle comunicazioni elettroniche ove, di fatto, esso ha assunto autonoma configurazione (v. casi *Deutsche Telekom*, *Telefonica*, e *Telia Sonera* in ambito comunitario e citato caso A428 in ambito nazionale). Sul tema della compressione dei margini, si vedano i numerosi contributi sul punto, *ex multis*, D. GERADIN, R. O'DONOGHUE, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector* in *Journal of Competition Law and Economics* 1(2), 2005, pp. 355–425; G. FAELLA, R. PARDOLESI, "Squeezing price squeeze": la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario, in *Mercato concorrenza regole* Vol. 12, 2010, p. 29-62; C. BELLAMY, G. D. CHILD, *European Union Law of Competition*, Oxford University Press, 2013, pp.821-826; R. O'DONOGHUE, J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, pp. 364-422.

⁸³ Cfr., ad esempio, le istruttorie dell'AGCM nn. A375, A426 e A428.

uno dei due mercati ove è attiva), l'*incumbent* può estendere il proprio potere dal quello dominato a quello contiguo.

In particolare, l'*incumbent* potrebbe essere indotto ad estendere la propria dominanza nei mercati dell'accesso al dettaglio sui mercati orizzontalmente collegati, attraverso, *inter alia*, la pratica dei sussidi incrociati, fissando prezzi ingiustificatamente elevati per i servizi di accesso per sovvenzionare il prezzo di altri servizi offerti in concorrenza con altre imprese al fine di conquistare (o difendere) quote di mercato nel settore collegato. L'operatore potrebbe altresì far leva sul potere detenuto nella vendita dei servizi di accesso per imporre condizioni eccessivamente onerose anche nella vendita di altri beni attraverso la vendita congiunta di più prodotti (c.d. *bundling* dei servizi).

Il descritto fenomeno di *horizontal leveraging* si può verificare tra mercati *retail*, così come tra mercati *wholesale* o ancora tra un mercato *wholesale* e un collegato (ma non verticalmente contiguo mercato *retail*).

L'ERG individua due comportamenti tipici: (i) *bundling* e *tying*⁸⁴ e (ii) sussidi incrociati⁸⁵.

⁸⁴ Le pratiche leganti, definite anche *tie-in* o *tying contracts*, rientrano nella fattispecie di cui all'art. 101, lett. d) TFUE, secondo cui costituisce una pratica abusiva vietata “*subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi*”. Il *bundling* consiste invece in una politica di prezzo da parte di un'impresa in posizione dominante su uno o più prodotti di una stessa gamma “*che implica l'offerta congiunta di più beni di più unità dello stesso bene ad un prezzo che è inferiore alla somma dei singoli prezzi*”. In questi termini, MANGINI V.; OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, Giappichelli, 2012, pag. 71. In specie, “[S]i ha *bundling* puro quando l'impresa decide di vendere esclusivamente la combinazione congiunta di beni, escludendo la vendita separata dei singoli componenti, e *bundling* misto quando si offrono sul mercato sia i beni in confezione congiunta sia separatamente”. Così BENTIVOGLI C., TRENTO S., *Economia e Politica della Concorrenza*, Carocci, 1998, pag. 180. Per maggiori approfondimenti sul tema delle pratiche leganti cfr. B. NALEBUFF, *Bundling, tying and Portfolio Effects*, DTI Economics Paper No. 1, London, 2003; N. ECONOMIDES, I. LIANOS, *The Elusive Antitrust Standard on Bundling in Europe and in the United States in the Aftermath of the Microsoft Cases*, in *Antitrust Law Journal*, 76, 2009.

⁸⁵ La pratica abusiva dei “*sussidi incrociati*” ricorre allorché un'impresa dominante utilizza gli eventuali extra-guadagni ottenuti nel mercato dominato per praticare condizioni economiche particolarmente vantaggiose nel mercato non ancora dominato (in altri termini, finanzia le attività in quest'ultimo con i proventi ricavati nel

(iii) Pratiche di monopolizzazione del mercato (cd. single market dominance). Problemi competitivi possono poi interessare un singolo mercato, sebbene l'operatore possa essere operativo in due o più mercati. L'ipotesi in esame ricorre quando l'impresa tenta di proteggere o sfruttare la dominanza all'interno dello stesso mercato che domina (ad esempio, quando erige barriere all'ingresso dei nuovi entranti ovvero tenta di imporre prezzi eccessivi).

Appartengono a questa casistica tre principali gruppi di condotte, precisamente: (i) ostacolare l'ingresso di concorrenti mediante strumenti diversi dal rifiuto di fornitura; (ii) sfruttare i clienti tramite condizioni economiche eccessive o discriminatorie; ed (iii) essere inefficienti.

L'ERG individua 10 ipotesi tipiche: (i) configurazione dei servizi in modo da rendere difficile il passaggio verso altri gestori; (ii) imposizione di condizioni contrattuali tese a ostacolare il recesso; (iii) imposizione di esclusive di fornitura; (iv) sovra-capacità produttiva; (v) prezzi predatori; (vi) prezzi eccessivi; (vii) prezzi discriminatori; (viii) investimenti insufficienti; (ix) costi eccessivi e/o inefficienti; (x) scarsa qualità.

(iv) Problematiche legate all'interconnessione cd. termination. Si tratta di una variante del primo caso (*vertical leveraging*) che ricorre allorché due imprese, di cui una o entrambe dominanti, devono negoziare tra loro rapporti di interconnessione all'ingrosso (ad esempio, in tema di servizi di terminazione).

In tale situazione, l'impresa SMP può erigere barriere all'ingresso per difendere la propria posizione di dominanza⁸⁶ ovvero, se la propria posizione è

primo). Le condizioni economiche nel mercato non dominato possono diventare così vantaggiose da non essere eguagliabili da nuovi entranti i quali, non dominando alcun mercato, non dispongono di "riserve" di extra-guadagni. Si rileva inoltre che i sussidi incrociati rappresentano una "*distribuzione inadeguata dei costi comuni tra mercati del prodotto e mercati geografici differenti*". In questi termini HANCHER L., BUENDIA SERRA J.L., *Cross-Subsidization and EC Law*, in *Common Market Law Review*, 1998, pagg. 901-941.

⁸⁶ È quanto ad esempio accertato dall'AGCM nel provvedimento n. 14045 del 23 febbraio 2005, caso A357 – Tele 2/TIM, Vodafone e Wind. In questo caso infatti i tre operatori di rete infrastrutturati sono stati accusati di non aver dato seguito alla richiesta dell'operatore Tele2 relativa all'accesso alla rete mobile per la prestazione di servizi quale operatore di rete mobile virtuale.

sufficientemente sicura, può sfruttare il proprio potere mediante classici comportamenti di illecito sfruttamento monopolistico, imponendo condizioni tariffarie o tecniche penalizzanti, anche al fine di limitare la competitività dei concorrenti nei mercati al dettaglio.

L'ERG individua 4 ipotesi tipiche: collusione tacita tra i gestori; prezzi eccessivi; prezzi discriminatori; rifiuto di negoziare e/o di fornitura.

La semplice descrizione dei possibili comportamenti devianti palesa che per quanto possano essere pervasivi i *remedies* delle ANR rimangono comunque – almeno in astratto – ampissimi margini di manovra dell'*incumbent*.

7. Profili storici: le tappe della liberalizzazione

Di sicuro rilievo ai fini della presente indagine sono inoltre i fattori storici che hanno guidato il processo di liberalizzazione determinando l'attuale conformazione e le intrinseche peculiarità del settore in esame⁸⁷.

A ben vedere si possono rintracciare tre coordinate fondamentali di questo processo.

Anzitutto è un processo eterodiretto perché imposto e guidato dalle istituzioni dell'Unione europea, che di fatto hanno utilizzato le telecomunicazioni come vero e proprio “laboratorio” delle riforme, utilizzandone successivamente i risultati anche in altri settori. Al di fuori di tale matrice europea, non si comprende

⁸⁷ In generale, sul processo di liberalizzazione delle telecomunicazioni dal punto di vista comparato, M. THATCHER, *Regulatory Reform and Internationalization in Telecommunications*, in J. HAYWARD (a cura di) *Industrial Enterprise and European Integration*, 1995, Oxford University Press, p. 239 ss.; S. CASSESE, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), Milano, 1998; G. MARCOU, *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, in *II Filangieri*, n. 1, 2004. Si veda inoltre E. CHELI, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni. La convergenza multimediale tra telecomunicazioni e televisione*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1999, n. 4, dicembre, pp. 77-80. In ottica comparata; Si v. C. CAMBINI, P. RAVAZZI - T. VALLETTI, *Il mercato delle telecomunicazioni. Dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*, Il Mulino, Bologna, 2003. Si veda, infine, C. CAMBINI, A. GIANNACCARI, *Le telecomunicazioni nell'era della convergenza tra nuove regole e apertura al mercato*, in F. PAMMOLLI, C. CAMBINI, A. GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia. Proposte di riforma e linee di intervento settoriali*, Bologna, Il Mulino, 2007, 108.

l'attuale assetto normativo e organizzativo e rimane offuscata la vera finalità ultima dell'intero processo, da rintracciarsi nella creazione di un mercato comune⁸⁸.

In secondo luogo, è un processo a “*struttura evolutiva*”, nel senso che nasce con finalità schiettamente pro-concorrenziali e approda nel suo ultimo stadio di sviluppo a finalità diverse e ulteriori di vera e propria politica industriale, come dimostra inequivocabilmente anche la cd. Agenda digitale⁸⁹. Come vedremo, il cambio di paradigma funzionale determina un diverso approccio di *policy* e un diverso modo di tutelare e promuovere la concorrenza nel settore in esame.

In terzo luogo, è un processo ancora “*instabile e incompiuto*” perché non ha risolto il dilemma di fondo che affligge il sistema: la possibilità o meno che si possano realizzare condizioni di concorrenza dinamica effettiva in presenza di operatori dominanti verticalmente integrati, *ex monopolisti*, proprietari

⁸⁸ La Corte di Giustizia, sentenza in data 31.1.2008, causa C-380/05 *Centro Europe 7*, ha significativamente evidenziato che le direttive del *framework europeo* delle comunicazioni elettroniche attuano i superiori principi di libera circolazione dei servizi ex art. 56 ss. TFUE. Per un commento alla sentenza *Centro Europe 7*, si veda L. F. PACE, “*Il caso ‘Centro Europa 7’ dinanzi alla Corte di giustizia: ampliamento del campo di applicazione dell’art. 49 TCE (Osservazione a] Corte di giustizia delle Comunità Europee, 31 gennaio 2008, causa C-380/05)*”, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 53(5) 2008, p. 4000 ss.

⁸⁹ Si v. Agenda digitale per l’Europa, <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en>. Commissione europea. L’Agenda digitale europea (AGE) è una delle sette iniziative della strategia Europa 2020 (Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva COM(2010)2020), lanciata a marzo 2010 dalla Commissione europea. La strategia mira a stabilire il ruolo chiave delle TIC per raggiungere gli obiettivi che l’Europa si è prefissata per il 2020 e prevede alcune grandi linee d’azione: (i) realizzare il mercato unico del digitale favorendo l’accesso a servizi e contenuti online; (ii) migliorare l’interoperabilità delle TIC attraverso la promozione di standard tecnici; (iii) rafforzare la sicurezza e la privacy dei cittadini europei nell’utilizzazione delle TIC, (iii) assicurare la diffusione capillare e l’accesso dei cittadini a Internet ad altissima velocità (iv) aumentare gli stanziamenti su ricerca e innovazione nel settore delle TIC; (v) promuovere la conoscenza delle TIC per favorirne l’uso da parte di tutti i cittadini migliorando l’alfabetizzazione e l’inclusione nel mondo digitale (vi) accelerare l’adozione di soluzioni intelligenti basate sulle TIC per affrontare le grandi sfide del futuro come la riduzione dei consumi energetici, il miglioramento delle condizioni di vita dei pazienti e dei disabili (e-health), i servizi digitali pubblici (*e-government*).). Cfr. G. DE MICHELIS, *Agenda Digitale: di che cosa si sta parlando*, in *Amministrare*, 43.1, 2013, 69-83. Si v. Agenda digitale per l’Europa, <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en>. Commissione europea.

dell'infrastrutture di rete essenziali. Il che chiama con sé, oltre all'eterna questione della separazione della rete, la connessa problematica dell'incentivazione all'infrastrutturazione nelle reti di nuova generazione.

Vediamo allora quali sono state le principali tappe di questo processo.

7.1. La prima fase: il superamento del monopolio

La primissima fase, che potremmo definire di apertura del mercato e superamento del monopolio, origina con le direttive comunitarie che a partire dal 1990 hanno interessato prima i terminali, poi i servizi, infine le reti⁹⁰. La Commissione era spinta a ciò dal triplice obiettivo, indicato nel *Green Paper on the development of a common market for telecommunications services and equipments* (COM(87)290 final⁹¹), di: (i) liberalizzare le ormai obsolete e inadeguate strutture monopolistiche nazionali; (ii) armonizzare la disciplina al fine di creare un mercato interno dei servizi di comunicazione elettronica⁹²; (iii) introdurre l'applicazione delle regole concorrenziali anche per i servizi di interesse economico generale.

⁹⁰ Cfr. Direttive nn. 88/301/CCE (*“Terminali”*); 90/388/CEE (*“Servizi”*); 94/46/CE (*“Servizi satellitari”*); 95/51/CE (*“Servizi Via Cavo”*); 96/2/CE (*“Servizi Mobili”*); e 96/19/CE (*“Full competition”*). Con riferimento ai terminali, l'omonima Direttiva aveva abolito i monopoli nazionali relativi all'importazione, commercializzazione, connessione e mantenimento di apparati e terminali telefonici. Con riferimento ai servizi, la Direttiva Servizi aveva liberalizzato tutti i servizi, ad esclusione di quelli di fonia per cui bisognerà attendere il 1998, con il recepimento della Direttiva *Full competition*. La Direttiva Servizi Mobili, recependo le indicazioni del conferente Libro Verde, aveva abolito tutte le limitazioni esistenti nella fonia mobile dal mese di febbraio 1996.

⁹¹ Il *Green Paper* è stato sostenuto dal Consiglio, con risoluzione in data 30.6.1988 (88/C257/01).

⁹² L'armonizzazione è stata perseguita con una serie di strumenti, tra cui *in primis* la Direttiva n. 90/387/CEE (*“Open Network Provision”*; *“ONP”*) che recava una serie di regole comuni per le interfaccia tecniche, i principi tariffari e le condizioni di uso. V., inoltre le Direttive nn. 92/44/CEE (*“Linee affittate”*); 95/62/CE (*“Servizi telefonici”*); 97/13/CE (*“Autorizzazioni”*); 97/33/CE (*“Interconnessione”*); e 98/13/CE che, in materia di terminali, ha armonizzato le normative tecniche per agevolare il mutuo riconoscimento di conformità.

La Commissione riteneva in sostanza di poter realizzare questi obiettivi applicando due principi sicuramente innovativi e adottando strumenti di azione nuovi.

Il primo principio è la separazione della rete (lasciata in regime di monopolio, di fatto o di diritto) dai servizi (progressivamente e completamente liberalizzati). Tale idea, che trovava un proprio antecedente storico nella riforma attuata negli Stati Uniti definita ONP (*Open Network Provision*) e verrà successivamente concettualizzata e estesa a tutti i SIEG, era basata sulla convinzione che per aprire il settore alla concorrenza sarebbero stato necessario imporre a carico dell'operatore dominante una serie di vincoli conformativi atti a garantire l'accesso alle infrastrutture di rete essenziali, ponendo così le condizioni affinché tutti gli altri operatori siano posti in condizione di potere offrire servizi finali al pubblico⁹³.

Il secondo principio era costituito dalla fornitura del servizio universale⁹⁴. Veniva in questo modo superata la principale obiezione all'introduzione dei principi concorrenziali nel settore in esame, costituita dalla pretesa impossibilità

⁹³ Per favorire l'apertura della rete, è stata successivamente adottato il Regolamento n. 2887/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'accesso disaggregato alla rete locale (o *unbundling del local loop*; "ULL"). Tale regolamento ha costituito la base giuridica per imporre agli operatori storici di "affittare" agli OLO le parti terminali in rame della rete fissa (c.d. doppini), che collegano le postazioni degli utenti. In pratica, si allaccia il doppino agli apparati di rete dell'OLO, che può così gestirlo in autonomia per offrire al pubblico servizi telefonici o accesso a banda larga e paga a Telecom per ciascuna linea un contributo *una tantum* di attivazione e un canone mensile.

⁹⁴ Il "servizio universale" consiste nell'obbligo posto in capo all'attuale *incumbent* Telecom di garantire a tutti gli utenti del territorio nazionale, a prescindere dalla loro ubicazione geografica specifica, l'accesso ai servizi di comunicazioni elettroniche di base ad un livello qualitativo prestabilito. Conformemente, l'art. 53 CCE, in recepimento della Direttiva n. 2002/22/EC, stabilisce che sul territorio nazionale tutti gli utenti, a prescindere dalla loro ubicazione geografica, debbano poter fruire di determinati servizi di comunicazioni elettroniche ad un livello qualitativo prestabilito. In generale, sul concetto di "servizio universale" nel settore in esame, si vedano i seguenti contributi: F. LATTANZI e F. CARDARELLI, *Il Servizio Universale*, pp. 109 ss, in AA.VV., *Diritto delle Comunicazioni elettroniche - Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, a cura di F. BASSAN; C. MILNE, *Stages of universal service*, in *Telecommunications Policy*, 22(9), 1998: 775-780; A. PILATI, *A chi piace il servizio universale?*, *Beltel*, IV(6), 1999: 7-8; P.P. BARROS, M. CARMO SEABRA, *Universal service: does competition help or hurt?*, in *Information Economics and Policy*, 11(1), 1999: 45-60.

di garantire nel nuovo contesto la generale accessibilità ai servizi e la tutela della fasce più deboli, assicurata viceversa nel precedente regime di monopolio dagli extraprofiti generati dall'assenza di pressione concorrenziale e dai sussidi incrociati fra servizi⁹⁵.

Quanto allo strumento giuridico utilizzato, la Commissione, prima sotto la spinta ⁹⁶, poi con l'avallo della Corte di Giustizia ⁹⁷, si è avvalsa di un'interpretazione innovativa dell'art. 90.2 (successivamente 86.2) del Trattato CE, oggi art. 106.2 TFUE, utilizzato fino a quel momento come fondamento giuridico del monopolio e divenuto successivamente vero e proprio grimaldello per l'introduzione della concorrenza in tutti i settori di interesse economico generale, anche contro la volontà degli stati nazionali⁹⁸. E infatti, introdotti i due

⁹⁵ Identica questione si è posta per tutti i SIEG nel corso della liberalizzazione. Per i problemi di carattere generale, cfr. di recente CINTIOLI F, *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, 2010, 775 ss. Per un quadro generale, cfr. G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino 2008. Sulla nozione di servizi d'interesse generale, cfr. A. FRIGNANI, D. WAELBROECK (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, Utet, 1996, p. 263 ss.; P. Sottili, *La Liberalizzazione dei servizi pubblici: disciplina comunitaria e stato di attuazione in Italia*, A. ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 243 ss. Per un esame specifico dell'attuale disciplina di settore cfr. F. LATTANZI e F. CARDARELLI, *Il Servizio Universale*, pp. 109 ss, in AA.VV., *Diritto delle Comunicazioni elettroniche - Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, a cura di F. BASSAN.

⁹⁶ Con la sentenza in data 20.3.1985, caso C41/83, *British Telecommunications* la Corte di Giustizia ha per la prima volta postulato l'applicabilità della normativa di concorrenza agli organismi pubblici incaricati di gestire i servizi di comunicazione.

⁹⁷ Alcuni Stati Membri hanno impugnato le citate Direttive “Terminali” e “Servizi”, sostenendo che l'intervento della Commissione non avesse base giuridica. La Corte di Giustizia nelle note sentenze “Terminali” e “Servizi” (rispettivamente, in data 19.3.1991, causa C-202/80; e in data 17.11.1992, cause riunite C-271/90, C-281/90, e C-289/90) ha parzialmente respinto i loro ricorsi, ritenendo l'art. 90, c. 2 TCE, oggi art. 106.2 TFUE attribuisse alla Commissione europea la competenza di precisare i pre-esistenti obblighi in capo agli Stati Membri (tra cui quello di abrogare i previgenti diritti speciali ed esclusivi), aprendo di fatto la strada all'utilizzo estensivo dell'art. 106.3 TFUE, come base giuridica per la liberalizzazione.

⁹⁸ Di fronte alle resistenze manifestate da alcuni stati nazionali in sede al Consiglio, la Commissione ha aggirato il problema utilizzando l'art. 90.2 TCE che le attribuisce il potere di adottare direttive di armonizzazione e raccomandazioni.

principi sostanziali poc'anzi descritti, cadevano i limiti individuati dalla menzionata disposizione per l'applicazione delle regole di concorrenza anche alle imprese pubbliche operanti nei settori di pubblica utilità.

Sulla scia delle riforme europee, nascevano nel frattempo a livello nazionale nuove forme di organizzazione amministrativa, le autorità nazionali di regolamentazione (ANR) funzionali ad assecondare il processo di liberalizzazione⁹⁹. Di matrice europea, l'AgCom costituisce in Italia la prima autorità di settore indipendente dal governo e collegata alla Commissione e alle autorità di settore di altri Paesi.

7.2. Il framework comunitario del 2002

All'armonizzazione sul piano normativo, seguiva nel 2002, quantomeno nelle intenzioni delle istituzioni europee, l'armonizzazione sul piano applicativo, finalizzato a rendere più spiccatamente pro-concorrenziale l'intervento regolamentare. Il pacchetto di direttive del 2002 – n. 2002/77/CE (Direttiva “Concorrenza”); n. 2002/21/CE (Direttiva “Quadro”); n. 2002/19/CE (Direttiva “Accesso”); n. 2002/20/CE (Direttiva “Autorizzazioni”); n. 2002/21/CE (Direttiva “Servizio Universale”); n. 2002/58/CE (Direttiva “e-Privacy”) – nonché il Regolamento n. 2000/2887/CE (Regolamento “ULL”), dettano il nuovo *framework* normativo e riorganizzano l'assetto istituzionale del settore¹⁰⁰.

⁹⁹ Sul tema delle autorità amministrative indipendenti si è sviluppata una copiosa produzione di contributi dottrinali, si vedano, *ex pluribus*, F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 287/90*, Roma, 1993; M. CLARICH, I. MARRONE, *Concorrenza (Autorità garante della concorrenza e del mercato)*, in *Enc. giur.*, vol. VII, 1995; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1997; G. VESPERINI, G. NAPOLITANO (a cura di), *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, Viterbo, 1998; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; G. TESAURO, M. TODINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. dir.*, 2002, 112 ss.

¹⁰⁰ I contributi sugli aspetti giuridico-economici concernenti il richiamato nuovo quadro regolamentare sono numerosi. Si richiama la letteratura principale sul punto: L. RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche, Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, n. 3, 2002, pag. 575; M. SIRAGUSA, S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, *ibidem*, pag. 511 ss.; F. Bassan, *Concorrenza e*

Come chiarito dalla stessa Commissione¹⁰¹, gli obiettivi principali perseguiti dalla riforma erano di (i) dotare i regolatori nazionali di uno strumentario applicativo quanto più compatibile possibile con i più avanzati strumenti tipici del diritto della concorrenza e in prospettiva, ridurre progressivamente i vincoli regolamentari in funzione dell'apertura alla concorrenza dei diversi mercati; (ii) adeguare l'ordinamento alle evoluzioni tecnologiche indotte dalla convergenza tra servizi (*in primis*, tra reti di telecomunicazione e televisioni)¹⁰²; (iii) superare le divergenze interpretative esistenti a livello nazionale, in particolare le disarmonie dei regimi autorizzatori e le forme di controllo delle tariffe degli operatori storici, rendendo più omogenea, anche a livello istituzionale, la ripartizione delle competenze tra le varie istituzioni nazionali coinvolte nella regolazione.

Netta è anzitutto l'osmosi tra concorrenza e regolazione, con riferimento non solo alle finalità, ma soprattutto agli strumenti. Ecco allora la definizione a priori dei mercati rilevanti¹⁰³ su cui l'autorità di settore avrebbe dovuto accertare

regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche, Torino, 2002; G. MORBIDELLI – F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?* Torino, 2003; E. PONTAROLLO, A. OGLIETTI, *Regole e regolatori nelle telecomunicazioni europee*, Bologna, 2003; M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004; R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004; G. DELLA CANANEA, *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2005; G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2005; F. BRUNO, G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano, 2006; F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007.

¹⁰¹ Cfr. Comunicazione della Commissione europea, *Towards a new framework for electronic communications infrastructure and associated services. The 1999 Communications Review*, 10.11.1999 (COM(1999)539 final). Si tratta del documento che ha gettato le basi per la II fase del diritto delle comunicazioni elettroniche.

¹⁰² Sulla tendenza verso una crescente convergenza tecnologica degli apparati, delle reti e dei servizi di comunicazione, P. CASSETTE rileva che “l'innovazione e il conseguente fenomeno della c.d. «convergenza tecnologica» (che consente l'utilizzazione di uno stesso «mezzo» per diffondere una pluralità di servizi) ha rotto la corrispondenza tra mezzi e servizi che ha fino a pochi anni or sono rappresentato l'asse portante dell'impianto normativo della materia”. P. CASSETTE, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 308.

¹⁰³ Cfr. Raccomandazione n. 7174 del 9 ottobre 2014, relativa “relativa ai mercati rilevanti dei prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono

l'esistenza di una concorrenza sufficiente e idonea e, in caso negativo, adottare misure – anch'esse predefinite – per imporla. L'utilizzo a tal fine dell'armamentario proprio del diritto della concorrenza, con una sostanziale coincidenza della nozione di significativo potere di mercato, presupposto per l'adozione dei rimedi regolamentari, con quella *antitrust* di dominanza¹⁰⁴.

Chiara anche la tendenza all'armonizzazione istituzionale e al superamento (almeno programmatico) delle differenze nazionali, con l'accentuamento dei poteri di controllo e condizionamento della Commissione in sede di definizione dei mercati rilevanti e di applicazione dei *remedies* regolamentari (ai sensi dell'art. 7 Direttiva Quadro) e la creazione di nuovi strumenti partecipativi per assicurare alla più ampia trasparenza possibile e il superamento delle congenite asimmetrie informative del settore.

Da ultimo, non meno rilevante è l'attenzione a nuovi temi che lo sviluppo del mercato e la concorrenza avevano introdotto, dalla necessità di tutelare il cliente dalle pratiche commerciali scorrette degli operatori, a quella di superare l'ormai obsoleta distinzione tra telefonia, audiovisivo e *internet* e tra le diverse piattaforme trasmissive (reti fisse, mobili, via cavo, satellitari, ecc.), con la conseguente emersione del diritto delle comunicazioni elettroniche. Si è data così alle ANR la possibilità di disporre di un quadro normativo applicabile in modo orizzontale all'intero settore in una logica di neutralità tecnologica secondo cui gli stessi principi generali sarebbero stati applicati alle reti e ai servizi a prescindere dalle sottostanti tecnologie (e la cui violazione avrebbe comportato violazione del diritto comunitario da parte dei regolatori nazionali).¹⁰⁵

essere oggetto di regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE" e le due precedenti del 2007 e 2003: (a) Raccomandazione n. 879 del 17 dicembre 2007 (b) Raccomandazione della Commissione europea n. 311 dell'11 febbraio 2003.

¹⁰⁴ Su questi profili cfr. M. SIRAGUSA, M. D'OSTUNI, F. MARINI BALESTRA, *I mercati rilevanti dei prodotti e servizi e la regolamentazione ex ante*, in AA. VV., a cura di BASSAN, *op. cit.*

¹⁰⁵ Si veda KAMECKE-KORBER, *Technological neutrality in the EC regulatory framework for electronic communications: A good principle widely misunderstood*, in *European Competition Law Review*, 2008, 5, pp. 330 ss.

7.3. La novella del 2009

Nonostante gli sforzi di armonizzazione perseguiti attraverso la riforma del 2002, la prassi applicativa non è riuscita a garantire quei livelli di omogeneità di intervento tra le ANR necessari per il completamento dello spazio europeo unico dell'informazione.

Lo sviluppo ondivago della regolazione ha prodotto incertezze sul mercato che ne hanno pregiudicato un'evoluzione omogenea. Di qui la necessità di un nuovo intervento europeo con un ruolo più significativo della Commissione e un accentramento dei poteri nelle mani di un'autorità di settore europea.

Senonché la novella del 2009, nata con l'obiettivo di accentrare ulteriormente le competenze, finisce per adottare un *approccio gradualista* senza modificare l'impalcatura istituzionale e senza stravolgere il precedente impianto normativo. Sotto la pressione degli interessi nazionali, cade l'obiettivo della creazione dell'organismo dei regolatori europei e si finisce per intervenire sull'esistente, modificando tuttavia l'orizzonte ideale di approdo della regolamentazione: dagli obiettivi "*neutrali*" di difesa e promozione della concorrenza nel settore, ai più spiccati obiettivi "*industriali*" di incentivazione all'infrastrutturazione, soprattutto nelle reti di nuova generazione (v. *infra* par. 8).

La riforma del 2009 è contenuta nelle direttive n. 2009/136/CE e 2009/140/CE, nel regolamento CE n. 1211/2009, nonché nella Raccomandazione 2010/572/UE del 20 settembre 2010, relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA).

Ai presenti fini rilevano anzitutto le nuove norme in materia di analisi dei mercati e di *remedies*, le quali seguono due linee direttive tra loro non coerenti.

Da un lato, vi sono interventi che spingono nella direzione di un più invasivo intervento regolamentare. L'aspetto più saliente e discusso della riforma è senz'altro la previsione della separazione funzionale come rimedio regolamentare, che può essere imposto dalle ANR ovvero frutto della libera

decisione dell'operatore¹⁰⁶. Nella stessa direzione si può leggere anche l'introduzione della possibilità di misure correttive per prevenire il trasferimento di un significativo potere di mercato detenuto da un'impresa da un mercato a un altro strettamente correlato¹⁰⁷. Infine, di sicuro rilievo sono le disposizioni che introducono nuovi e più incisivi strumenti sanzionatori in caso di inottemperanza agli obblighi regolamentari¹⁰⁸, con la previsione di un procedimento sanzionatorio presso le ANR che può concludersi eventuale, oltre che con sanzioni pecuniarie anche lo stesso divieto di continuare a fornire reti e servizi e la possibilità che vengano adottate misure provvisorie urgenti per porre rimedio alla situazione prima di assumere una decisione definitiva¹⁰⁹.

Dall'altro vi sono interventi che spingono nella direzione opposta della maggiore flessibilità e dell'attenuamento dell'intervento regolamentare: si prevedono così revisioni periodiche certe in modo tale da assecondare la tendenza alla de-regolamentazione dei mercati in sede di revisione dei mercati rilevanti¹¹⁰, nonché la possibilità per le ANR di qualificare mercati anche su base sub-nazionale, e di revocare gli obblighi nelle singole aree geografiche in cui vi sia concorrenza effettiva (tipico il caso delle aree urbane maggiormente sviluppate

¹⁰⁶ Si v. gli artt. 13-bis e 13 ter della direttiva 2009/12/CE, come modificati dalla direttiva 2009/140/CE, nonché i considerando 61 e 64 di quest'ultima.

¹⁰⁷ Si v. il considerando 47 della direttiva 2009/140/CE, nonché l' art. 16 della direttiva 2002/21/CE, come modificato dalla direttiva di cui sopra.

¹⁰⁸ Cfr., a livello nazionale, la recente Delibera n. 410/14/CONS, recante *“Regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni e Consultazione pubblica sul documento recante «Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni»*

¹⁰⁹ Si vedano il considerando 51 e 72 della direttiva 2009/140/CE, nonché l' art. 10 della direttiva 2002/20/CE, come modificato dalla direttiva di cui sopra.

¹¹⁰ La Raccomandazione sui mercati rilevanti del 2014 ha sensibilmente ridotto il numero di mercati rilevanti suscettibili di regolamentazione *ex ante*. Rispetto all'originaria Raccomandazione del 2003, si passa da 18 a 4 mercati. In particolare, la nuova Raccomandazione prevede: fornitura all'ingrosso del servizio di terminazione delle chiamate su singole reti telefoniche pubbliche in postazione fissa (mercato 1); fornitura all'ingrosso del servizio di terminazione delle chiamate vocali su singole reti mobili (fornitura 2); accesso locale all'ingrosso in postazione fissa (mercato 3a), accesso centrale all'ingrosso in postazione fissa per i prodotti di largo consumo (mercato 3b); accesso all'ingrosso di alta qualità in postazione fissa (mercato 4).

aperte all'ULL, nelle quali gli operatori alternativi hanno con il tempo avviato un processo di infrastrutturazione anche a livello locale)¹¹¹. Viene infine ribadita la necessità di applicare i principi del diritto della concorrenza nella definizione dei mercati¹¹².

Quanto al piano istituzionale, tramontata l'ipotesi dell'Autorità di regolazione europea, vengono comunque rafforzati i poteri di co-decisione e di veto della Commissione ai sensi dell'art. 7 Direttiva Quadro e si istituzionalizza il ruolo dell'ERG, divenuto nel frattempo BEREC.

8. Gli attuali obiettivi della regolamentazione

Il più rivelante aspetto della riforma del 2009 è tuttavia rappresentato ai nostri fini dalle modifiche apportate agli obiettivi della regolamentazione. È qui che si assiste ad un vero e proprio cambio di rotta che a nostro giudizio modifica completamente il rapporto tra regolazione concorrenza nell'attuale fase di sviluppo del settore già sul piano normativo.

Dall'obiettivo unico e primario di *promozione della concorrenza*, si passa all'espressa previsione *dell'incentivazione all'infrastrutturazione* come obiettivo paritario.

Così, se da un lato si ribadisce la riduzione progressiva delle regole settoriali "*per arrivare infine a un settore delle comunicazioni elettroniche disciplinato esclusivamente dal diritto della concorrenza*" (Direttiva 140/2009/CE, considerando 5) e si stabilisce che l'imposizione degli obblighi regolamentari è giustificata "*unicamente dove non opera una concorrenza effettiva e sostenibile, attenuandoli o revocandoli non appena sia soddisfatta tale condizione*" (art. 8, c. 5, lett. f) Direttiva Quadro, come introdotto dalla Direttiva 140/2009/CE), dall'altro si introduce come obiettivo regolamentare quello di promuovere "*investimenti efficienti*" e "*innovazione in infrastrutture nuove e migliorate*".

¹¹¹ Si vedano il considerando 7 e 48 della direttiva 2009/140/CE, nonché gli artt. 14.3, 15 e 16 della direttiva 2002/21/CE, come modificato dalla direttiva di cui sopra.

¹¹² Cfr. *Idem*, art. 15, par. 1

È la stessa Direttiva n. 140/2009/CE a parlare espressamente di “*obiettivi di più ampia politica industriale*” (considerando 9) e ad evidenziare che “è opportuno incoraggiare sia gli investimenti sia la concorrenza, in modo da tutelare e non pregiudicare la scelta dei consumatori” (considerando 53), tanto più che “la concorrenza può essere promossa al meglio grazie ad un livello economicamente efficiente di investimenti in infrastrutture nuove ed esistenti, ogniqualvolta sia necessario per conseguire un’effettiva concorrenza nei servizi al dettaglio” (considerando 54).

La chiave di volta del sistema è il nuovo comma 5, art. 8, della Direttiva Quadro¹¹³, ove la novella legislativa pone l’accento sugli obiettivi più propriamente industriali: dalla promozione di un modello di concorrenza *facility-based*; all’adeguata considerazione dei rischi di investimento, fino alla promozione di accordi di cooperazione tra i gestori). Peraltro, la novella ha anche selezionato gli investimenti “*meritevoli*” specificando che si deve trattare di “*innovazione in infrastrutture nuove e avanzate*”¹¹⁴.

Viene così modificato il rapporto esistente tra concorrenza e promozione degli investimenti: quest’ultima non è più una modalità per promuovere la concorrenza, bensì un principio regolamentare incluso tra quelli che le ANR devono seguire per perseguire tutti i propri obiettivi (tra cui, oltre alla concorrenza, la promozione del mercato e dei diritti degli utenti)¹¹⁵.

Se poi si considera che gli obiettivi regolamentari sono equi-ordinati da un punto di vista gerarchico-normativo e tra loro potenzialmente in conflitto dal

¹¹³ Recepito dal comma *6bis* dell’art. 13, CCE.

¹¹⁴ V. art. 13, comma *6bis*, let. *d*), CCE. La Relazione illustrativa al D. Lgs. n. 70/2012 specifica come, in sede di revisione, non sia stato accolto il suggerimento di mantenere la previgente formulazione di quella norma che indicava genericamente gli investimenti, senza specificare che si dovesse trattare di infrastrutture “*nuove e avanzate*”.

¹¹⁵ Si noti al riguardo che il nuovo testo del CCE introdotto dal D.Lgs. n. 70/2012 ha abrogato la lett. *c*) del comma 4, art. 13 (che indicava la promozione degli investimenti quale strumento per promuovere la concorrenza), il cui contenuto è stato spostato nel nuovo comma *6bis*, recante principi regolamentari. Ciò potrebbe sottendere una maggiore autonomia dell’obiettivo industriale da quello della promozione della concorrenza (i quali, invece, erano in precedenza collegati tra loro, con il primo funzionale alla seconda).

punto di vista operativo è evidente la novità sotto il profilo operativo oltre che concettuale.

La Corte di Giustizia nel caso *Germania c. Commissione*¹¹⁶, giudicando contraria al diritto dell'Unione europea la normativa tedesca delle comunicazioni elettroniche che stabiliva una scala di priorità tra obiettivi regolamentari, ha chiarito al riguardo che (i) il menzionato art. 8 non prevede alcuna gerarchia degli obiettivi, il cui bilanciamento è rimesso nel caso concreto all'ANR¹¹⁷; (ii) tale attività di bilanciamento (unitamente a quella di imporre rimedi regolamentari ove ritenuto necessario) spetta solo all'ANR e non può essere avocata nemmeno dal legislatore nazionale. Ne discende che nessuna gerarchia tra diversi obiettivi regolamentari può essere in astratto evocata per giustificare un intervento piuttosto che un altro.

Quanto alle possibili tensioni tra obiettivi regolamentari, basti qui considerare ad esempio, che una struttura di mercato monopolistica oppure estesi accordi tra i gestori potrebbero essere più efficaci per la rapida realizzazione di infrastrutture che necessitano ingenti investimenti. O ancora, prezzi giudicati eccessivi o come forma di monopolizzazione del mercato secondo una tipica analisi concorrenziale, potrebbero essere in ottica regolamentare funzionali ad assicurare l'equo ritorno per il rischio dell'investimento.

Se come visto gli stessi obiettivi regolamentari sono tra loro in possibile contraddizione, ma tra essi non esiste nessuna gerarchia, ne discende come

¹¹⁶ Corte di Giustizia, sentenza in data 3.12.2009, caso C-424/07 (v. anche par. 61 delle conclusioni dell'Avvocato Generale). In questo caso, la Commissione europea ha vittoriosamente contestato la legittimità comunitaria della normativa tedesca delle comunicazioni elettroniche che, al fine di incoraggiare gli investimenti sulle NGN, deregolamentava i servizi resi su queste reti. Precisamente, la legge tedesca imponeva alla locale ANR in principio di non regolare i mercati di servizi innovativi e, se necessario, di tenere conto "in particolare" dell'obiettivo di promuovere investimenti efficienti in materia di reti e di incoraggiare l'innovazione. In tal modo, la Germania limitava la discrezionalità del regolatore di imporre rimedi, assegnandogli anche obiettivi di politica industriale (infatti, tra quelli contemplati dall'art. 8 della Direttiva Quadro, il legislatore nazionale selezionava e indicava all'autorità solamente quelli in materia di sviluppo delle nuove reti).

¹¹⁷ A detta dell'Avvocato Generale, l'omessa definizione di una gerarchia degli obiettivi sarebbe stata "intenzionale" (v. parr. 60-68 dell'Opinione in data 23.4.2009).

ulteriore conseguenza che non è più possibile fare leva sulla teorica della diversità degli interessi per giustificare l'intervento *antitrust* e occorrono nuovi strumenti operativi e nuovi paradigmi concettuali per assicurare certezza del diritto e coerenza dell'intervento repressivo (v. infra cap. 3).

Come efficacemente sostenuto in dottrina, si passa così dal dilemma regolazione-concorrenza ad un vero e proprio "*trilemma in cui giocherà un ruolo rilevante il tema degli investimenti nelle infrastrutture*"¹¹⁸.

¹¹⁸ F. BASSAN, *L'evoluzione della struttura istituzionale nelle comunicazioni elettroniche: una rete non ha bisogno di un centro*, in AA.VV., *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 53.

Capitolo 2

SOVRAPPOSIZIONI E CONFLITTI IN SEDE REGOLAMENTARE

SOMMARIO: 1. Le ragioni dell'interferenza: impostazione del problema. – 2. Gli obblighi tariffari. – 3. Prezzi eccessivi: un caso di conflitto – 3.1. Approccio pro-concorrenziale e pro-industriale nella definizione delle tariffe. – 3.2. Le declinazioni dell'orientamento al costo. – 3.3. Le tariffe dei servizi di accesso all'ingrosso 2010/2012. – 3.4. Considerazioni conclusive in materia tariffaria. – 4. Prezzi troppo bassi: un caso di convergenza. – 4.1. Compressione dei margini e prezzi predatori. – 4.2. I test di prezzo. – 4.3. Progressiva convergenza tra i test di prezzo. – 4.4. I risvolti della convergenza da un punto di vista operativo. – 5. Asimmetrie tariffarie e servizi di terminazione. – 5.1. La prima fase: l'imposizione di tariffe asimmetriche. – 5.2. La seconda fase: il prolungamento del regime tariffario asimmetrico su diverse basi. – 5.3. Il passaggio alla simmetria tariffaria. – 5.4. Considerazioni conclusive sul tema delle asimmetrie tariffarie. – 6. La regolamentazione pro-concorrenziale dell'accesso. – 6.1. I presupposti dell'intervento regolamentare. – 6.2. La convergenza dei rimedi. – 6.3. La convergenza delle finalità sanzionatorie

1. Le ragioni dell'interferenza

I problemi competitivi individuati nel precedente capitolo possono essere affrontati anzitutto dalla regolamentazione, mediante l'imposizione di obblighi asimmetrici (cd. *remedies*) a carico delle imprese dotate di significativo potere di mercato¹¹⁹.

Tali obblighi hanno la principale funzione di riequilibrare le asimmetrie di fatto esistenti tra gli operatori¹²⁰. Come visto nel precedente capitolo, si tratta di quelle posizioni di vantaggio inerenti alla dimensione di un operatore, alla sua

¹¹⁹ Nel testo si utilizzano i termini simmetria e asimmetria facendo riferimento alla tassonomia proposta da L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Simmetria e Asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, in *Dir.Inf.* 1997, pp. 501 ss. L'autore utilizza il termine "*simmetria giuridica*" per designare la situazione in cui tutti i diversi operatori sono trattati allo stesso modo sotto il profilo delle norme loro applicabili. L'asimmetria giuridica è al contrario la situazione in cui alcuni operatori sottostanno a (o beneficiano di) norme diverse da quelle applicabili ad altri operatori. L'autore distingue inoltre tra: (i) asimmetrie "*maligne*" (di vantaggio per gli operatori già affermati) e quindi di ostacolo alla liberalizzazione; e (ii) asimmetrie "*benigne*" (a vantaggio degli operatori più nuovi), finalizzate a riequilibrare la situazione di asimmetria di fatto (o economica), legata alle differenze infrastrutturali tra operatori.

¹²⁰ Cfr. G. FONDERICO – A. GENOVESE, "*Concorrenza e regolamentazione asimmetrica nelle telecomunicazioni*", in *Europa e diritto privato*, 1999, 1

forza di mercato dovuta ad un avviamento consolidato, al suo controllo di infrastrutture essenziali per la fornitura del servizio, alla sua presenza sull'intera filiera produttiva che gli consente di operare su più mercati e di beneficiare di economie di scala. Si tratta il più delle volte di vantaggi che residuano dalla passata detenzione del monopolio legale, ma che nel presente non poggiano più su una previsione normativa a seguito dell'introduzione della simmetria giuridica. I vantaggi possono essere naturalmente consistenti e all'atto pratico quasi seri quanto quelli derivanti dalla vecchia asimmetria giuridica.

Si comprende quindi facilmente la centralità dell'intervento regolamentare e la sua imprescindibilità. Poiché le asimmetrie di fatto non sono di per sé vietate né dal diritto europeo, né da quello nazionale, esse non possono essere superate facendo ricorso ai principi generali, tantomeno applicando le trasversali regole a tutela della concorrenza, ma necessitano di un intervento positivo azionabile anche allorché l'impresa dominante non commetta nessun illecito.

Intervenendo l'uno (il diritto *antitrust*) principalmente in situazioni di patologia (illeciti comportamenti di impresa) l'altro (il diritto regolamentare) anche solo in presenza di insoddisfacenti strutture di mercato, le possibilità di interferenza e frizione tra i due settori nell'applicazione di norme pro-concorrenziali sono molteplici. Tanto più che diverse sono le condizioni che ne legittimano l'intervento e le possibilità di conflitto possono essere anche interne allo stesso ambito regolamentare, in considerazione della descritta pluralità e (potenziale) conflittualità degli obiettivi.

In questo capitolo indagheremo proprio le interferenze interne tra regolazione e concorrenza e l'eventuale condizionamento che le finalità (ulteriori rispetto a quelle pro-concorrenziali) perseguite con la regolazione possono avere sull'applicazione del diritto della concorrenza.

Esamineremo a tal fine gli obblighi asimmetrici posti in capo all'*incumbent* da parte del regolatore (particolarmente quelli di natura tariffaria e

quelli di accesso e interconnessione)¹²¹, individuando un caso di giustificata contrapposizione (esemplificato dalle concrete modalità applicative degli obblighi di orientamento al costo), un caso di progressivo allineamento (esemplificato dai c.d. *test* di prezzo), un caso di ingiustificato disallineamento (le asimmetrie tariffarie nei servizi di terminazione) e un caso di perfetta sovrapposizione (gli obblighi di accesso e non discriminazione), mettendone in evidenza le conseguenti ricadute operative.

2. Gli obblighi di natura tariffaria

Il controllo dei prezzi può essere necessario “*qualora l’analisi di un particolare mercato indichi un insufficiente livello di concorrenza*” (Direttiva Accesso, considerando 20).

In particolare, l’ANR può imporre “*obblighi in materia di recupero dei costi e controlli dei prezzi, tra cui l’obbligo che i prezzi siano orientati ai costi*” (artt. 13, Direttiva Accesso, e 50 CCE). Tale normativa attribuisce pertanto alle ANR la facoltà di disciplinare i prezzi all’ingrosso praticati *dall’incumbent* agli altri operatori per l’acquisto dei servizi di rete.

Il controllo dei prezzi e della contabilità dei costi è l’obbligo asimmetrico più penetrante insieme all’imposizione di un obbligo di accesso, con il quale è spesso associato.

Esso può essere imposto tanto nei mercati all’ingrosso, quanto nei mercati al dettaglio, anche se nella prassi applicativa i mercati al dettaglio tendono più facilmente alla de-regolamentazione dal momento che la regolamentazione dei

¹²¹ Cfr. sul tema M. CLARICH, *L’imposizione degli obblighi regolamentari ex ante nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, Fasc. 1-2009, pag. 23 e ss. (coautore R. CASSANO), pubblicato anche in *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Quaderni Cesifin, G. Giappichelli Editore, 2009, pag. 91 e ss.

mercati all'ingrosso è generalmente reputata sufficiente a risolvere le problematiche concorrenziali¹²².

Nella sua forma più estrema esso consiste nell'imposizione di tariffe *orientate ai costi* per l'accesso alla rete o ad una risorsa ad essa collegata.

L'orientamento dei prezzi ai costi significa che il prezzo praticato dall'operatore notificato per l'accesso alla rete oppure ad una risorsa collegata deve corrispondere ai costi sostenuti dall'operatore maggiorato solamente di un'equa remunerazione del capitale investito. La gravosità dell'obbligo in questione sta nel fatto che esso vincola l'operatore su uno degli elementi più importanti della sua strategia imprenditoriale, vale a dire sul prezzo praticato per consentire l'accesso alla propria rete ad un altro operatore. Per contro, tale obbligo è in taluni casi necessario al fine di evitare che l'operatore dominante pratici prezzi tali da spingere fuori dal mercato gli operatori alternativi.

La Commissione europea ha pertanto nel tempo fornito alle ANR alcune utili indicazioni per vagliare la necessità e la proporzionalità di tali obblighi¹²³.

Quest'ultimi sarebbero giustificati, ad esempio, in caso di elevate quote di mercato dell'operatore storico¹²⁴; in caso di limitati investimenti infrastrutturali degli OLO¹²⁵; in caso di prezzi elevati rispetto alla media europea¹²⁶; in caso di

¹²² In Italia, ad esempio, il mercato di accesso all'ingrosso è tutt'ora soggetto ad obblighi tariffari di orientamento al costo, mentre il relativo mercato al dettaglio è stato de-regolamentato ed è soggetto solo a monitoraggio dell'AgCom a seguito del secondo ciclo di analisi dei mercati. Nella Delibera n. 731/09/CONS l'AgCom ha al riguardo evidenziato che *“la regolamentazione proposta con riferimento ai servizi di accesso all'ingrosso sia idonea a disincentivare Telecom a fissare prezzi eccessivi per le linee di accesso al dettaglio”*. Infatti *“qualsiasi tentativo di incremento dei prezzi al dettaglio da parte dell'incumbent risulterebbe non profittevole grazie alla pressione competitiva che gli operativi alternativi sono in grado di esercitare attraverso il ricorso all'ampia gamma di offerte regolamentate di servizi di accesso all'ingrosso”* (par. 104, p. 59).

¹²³ Per un approfondimento sul concetto di proporzionalità, si veda A. SANDULLI, *La proporzionalità della azione amministrativa*, Padova, 1998.

¹²⁴ V. lettera della Commissione europea inviata all'ANR tedesca in data 3.5.2007, prot. SG-Greffe (2007) D/202661, caso DE/2007/0619.

¹²⁵ V. lettera della Commissione europea inviata all'ANR slovena in data 25.11.2005, prot. SG-Greffe (2005) D/206371, caso SI/2005/0274.

¹²⁶ V. lettera della Commissione europea inviata all'ANR finlandese in data 22.12.2006, prot. SG-Greffe (2006) D/208614, caso FI/2006/0548.

precedenti condotte anti-competitive del gestore storico¹²⁷; in caso di rincari delle tariffe al dettaglio¹²⁸; e in caso di assenza di contro-potere da parte degli OLO¹²⁹.

Le ANR sono tenute a particolari obblighi di motivazione qualora, pur in presenza di tali circostanze (come elevate quote di mercato dell'operatore dominante), ritengano che l'imposizione di obblighi tariffari sia sproporzionata¹³⁰. Inoltre, esse sono tenute a declinare con precisione gli obblighi tariffari all'esito dell'analisi di mercato, in modo tale da assicurare la supervisione della Commissione da un lato, e la certezza regolamentare agli operatori del mercato dall'altro¹³¹.

L'intervento deve essere diretto a porre rimedio a due fenomeni opposti entrambi forieri di problemi concorrenziali: da un lato evitare che *l'incumbent* pratici prezzi eccessivi, soprattutto nei servizi intermedi di accesso e interconnessione, essendo altrimenti difficile per i concorrenti competere a valle quantomeno sul piano tariffario; dall'altro evitare il rischio opposto, cioè che *l'incumbent* pratici prezzi troppo bassi sfruttando la propria integrazione verticale e realizzando una compressione dei margini a danno dei concorrenti.

3. Prezzi eccessivi

La definizione di “*prezzi eccessivi*” (e lo speculare problema del prezzo *giusto*) è una delle questioni più complesse in diritto della concorrenza perché

¹²⁷ V. lettera della Commissione europea inviata all'ANR tedesca in data 21.8.2006, prot. SG-Greffe (2006) D/204686, caso DE/2006/0457. V. anche la citata lettera inviata all'ANR finlandese in data 22.12.2006, prot. SG-Greffe (2006) D/208614, caso FI/2006/0548.

¹²⁸ V. lettera della Commissione europea inviata all'ANR finlandese in data 22.12.2006, prot. SG-Greffe (2006) D/208614, caso FI/2006/0548.

¹²⁹ V. lettera della Commissione europea inviata all'ANR austriaca in data 7.10.2004, prot. SG-Greffe (2004) D/204425, caso AT/2004/0099.

¹³⁰ V. lettera della Commissione europea all'ANR ceca in data 29.11.2010, prot. SG-Greffe (2010) D/18850, caso CZ/2010/1145. In quella circostanza, l'esecutivo comunitario ha chiesto alla locale ANR di dimostrare l'assenza di incentivi a elevare le tariffe una volta de-regolamentate.

¹³¹ V. lettera della Commissione europea inviata all'ANR di Gibilterra in data 4.6.2014, prot. SG-Greffe C (2014) 3871 final, caso GI/2014/1593-1594-1595-1596-1597-1598.

implica un’opinabile valutazione prospettica sul livello di prezzo che si raggiungerebbe in una situazione di effettiva concorrenza¹³². Taluni sostengono persino che la prospettiva di praticare prezzi “*monopolistici*” è ciò che induce le imprese a competere tra loro ed è quindi il principale motore dell’innovazione¹³³.

Le difficoltà pratiche nell’individuare prezzi eccessivi e l’opinabile valutazione circa la loro opportunità in termini economici, spiega perché le ANC

¹³² Secondo A. OGUS, *Regulation: legal form and Economic Theory*, Oxford 2004, “*the fair rate of return method constitutes the most ambitious and complex attempt to find a regulatory equivalent to the operation of prices in unregulated competitive markets*”, p. 307. Per la vasta produzione dottrinale sul tema dei prezzi eccessivi, si vedano i contributi di R. O’ DONOGHUE, A. J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, pp. 238-239, 732-776 e 846-860; C. W. BELLAMY, G. D. CHILD, *European Community Law of Competition*, Oxford University Press, 2013, pp. 815-820; R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 718-728 e 764-765; M. GLADER, I. KOKKORIS, *Excessive Pricing*, in F.E. GONZALES-DIAZ, R. SNELDERS, *EU Competition Law - Abuse of Dominance Under Article 102 TFEU*, pp. 615-666; P. FATTORI, M. TODINO, *La Disciplina della Concorrenza in Italia*, Il Mulino, 2010, pp. 173-176; L. PROSPERETTI, M. SIRAGUSA, M. BERETTA, M. MERINI, *Economia e Diritto Antitrust: Un’ Introduzione*, Carocci, 2006, pp. 150-154; V. MELI, *Lo Sfruttamento Abusivo di Posizione Dominante Mediante Imposizione di Prezzi “Non Equi”*, Giuffrè, 1989, pp. 137-138; P. AKMAN, L. GARROD, *When Are Excessive Prices Unfair?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2011, pp. 403-26; A. EZRACHI, D. GILO, *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2008, pp. 249 –268; M. FURSE, *Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: the Law of Excessive Pricing Under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition*, in *European Competition Journal*, 2008, pp. 59-83; D. GERADIN, *The Necessary Limits to the Control of “Excessive” Prices by Competition Authorities – A View from Europe*, 2007, Tilburg University Legal Studies; M. MOTTA, A. De Streel, *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*, in C.D. EHLERMANN, I. Atanasiu, *What is An Abuse of a Dominant Position?*, 2006, Hart Publisher, pp. 91-125; D. S. EVANS, A. J. PADILLA, *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, pp. 97-122.

¹³³ Per il legame tra innovazione e prezzi v. per tutti nella letteratura economica J.A. SHUMPETER, *La teoria dello sviluppo economico*, Firenze, Sansoni, 1971. Sul piano giuridico, con riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche, v. inoltre la nota motivazione della Corte Suprema US nel noto caso *Verizon Communications v. Law offices of Curtis Trinko*, 540 U.S. 398 (2004) (giudice Scalia), secondo cui “*the mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free – market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts “business acumen” in the first places; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct*”.

solitamente tendano ad astenersi dall'accertare e sanzionare tale tipologia di abusi tariffari¹³⁴.

Ad esempio, nelle sentenze nn. 4013 e 4016 del 24 giugno 2010, nei casi, rispettivamente, *Aereoporti di Roma – Tariffe Aereoportuali* e *SEA – Tariffe Aereoportuali*, il Consiglio di Stato ha condiviso la ricostruzione operata dall'AGCM¹³⁵ circa l'applicazione dei prezzi eccessivi su diversi mercati interessati da parte dei due gestori aereoportuali. Tuttavia ha espressamente confermato che in termini generali e astratti i prezzi eccessivi non integrano di per sé un abuso di posizione dominante, e sono solo il punto di partenza dell'analisi *antitrust*, la quale per giungere ad una valutazione di abusività della condotta deve considerare complessivamente il comportamento dell'impresa nel mercato rilevante e dimostrare che l'operatore dominante esige per i suoi beni o servizi un corrispettivo manifestamente sproporzionato rispetto al valore economico della prestazione fornita. Il che a sua volta implica una difficile (a causa delle

¹³⁴ Per i casi affrontati in ambito europeo v. sentenze della Corte di Giustizia del 29 febbraio 1968, causa 24/67, *Park Davis and Co. C. Probel e altri*, in Racc. [1968], p. 55; dell' 8 giugno 1971, causa *Deutsche Grammophon c. Metro-S-B*, in Racc. [1971], p. 487; del 18 febbraio 1971, causa 40/70, *Sirena c. Eda e altri*, in Racc. [1971], p. 69; del 13 novembre 1975, causa 26/75, *General Motors c. Commissione*, in Racc. [1975], p. 1367; del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione*, in Racc. [1978] p. 207; del 28 marzo 1985, causa 298/83, *CICCE c. Commissione*, in Racc. [1985], p. 1105; dell' 11 novembre 1986, causa 226/84, *British Leyland c. Commissione*, in Racc. [1986], p. 3263; del 4 maggio 1988, causa 30/87, *Corinne Bodson c. SA Pompes Funèbres des Régions Libérées*, in Racc. [1988], p. 2507; del 5 ottobre 1988, causa 53/87, *Consorzio Italiano della Componentistica di Ricambio per Autoveicoli (CICRA) e Maxicar c. Régie Nationale des Usines Renault*, in Racc. [1988], p. 6039; dell' 11 aprile 1989, causa 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen e altri c. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs*, in Racc. [1989] p. 803; del 13 luglio 1989, cause riunite 110/88, 241/88 e 242/88, *François Lucazeau e altri c. Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique e altri*, in Racc. [1989] p. 2811; del 13 luglio 1989, causa 395/87, *Ministère Public c. Jean-Louis Tournier*, in Racc. [1989], p. 2521; decisioni della Commissione Europea del 23 luglio 2004; caso COMP/A.36.568/D, *Scandlines Sverige AB c. Port of Helsingborg*, § 232; del 23 luglio 2004, caso COMP/A.36.570/D3, *Sundbusserne c. Port of Helsingborg*, § 207; del 25 luglio 2001, caso 36.915, *Deutsche Post AG/Interception of Cross-border Mail*, in GUCE [2001] L331/40; del 19 dicembre 1974, caso IV/28.851, *General Motors*, in GUCE [1975] L 29/14.

¹³⁵ Cfr. Provvedimenti 3 novembre 2008, *A376 e A376B – Aereoporti di Roma – tariffe Aereoportuali*

asimmetrie informative) e opinabile valutazione sul costo dei beni e servizi offerti.

Proprio la ritrosia (e forse inadeguatezza) dell'intervento *antitrust* ha reso necessaria nel settore delle comunicazioni elettroniche una regolazione tariffaria *ex ante* per evitare l'imposizione di prezzi eccessivi da parte degli operatori dominanti.

La determinazione delle tariffe costituisce tuttavia una missione non agevole che, nella prassi, ha conosciuto affinamenti progressivi e una spiccata discrezionalità applicativa, contenuta tra due estremi: “*un intervento [...] relativamente 'leggero', come nel caso di imposizione di prezzi ragionevoli*” e l'obbligo “*di prezzi orientati ai costi*” (Direttiva Accesso, “*Considerato*” XX).

La difficoltà della scelta è aggravata dal fatto che le prestazioni in esame sono sovente il frutto di obblighi regolamentari – e, come tali, non hanno un loro mercato “*spontaneo*”¹³⁶ – sicché essa dipende essenzialmente dalle condizioni concorrenziali nonché dagli obiettivi regolamentari che le ANR intendono perseguire.

Così, ad esempio, in materia di servizi di accesso, gli obblighi tariffari relativi alle diverse prestazioni sono funzionali non già a ricostruire il prezzo “*equo*” di ciascuna di esse, bensì a indirizzare gli operatori verso l'obiettivo della progressiva infrastrutturazione lungo la *ladder of investments*¹³⁷.

3.1. Approccio pro-concorrenziale e pro-industriale nella definizione delle tariffe

Si evince a questo punto facilmente una prima contraddizione e differenziazione tra l'approccio concorrenziale classico (oggetto di

¹³⁶ Per tale ragione, la circostanza che nessuno si sia lamentato delle tariffe praticate dal gestore storico è per la Commissione un fatto irrilevante che non prova l'equità delle stesse (v. lettera della Commissione europea inviata all'ANR slovena in data 25.11.2005, prot. SG-Greffe (2005) D/206371, caso SI/2005/0274).

¹³⁷ V. lettera della Commissione europea all'ANR danese in data 2.12.2011, prot. SG-Greffe (2011) D/22038, caso DK/2011/1264, ove si legge che: “*wholesale charges should normally be set at a level that gives operators the correct signals to invest and promote infrastructure based competition where it is feasible*”.

implementazione *antitrust*) e quello regolamentare applicato in sede di imposizione dei *remedies*.

Il primo approccio, che trova riconoscimento legislativo in alcune disposizioni nazionali ed europee¹³⁸ e potremmo definire pro-concorrenziale, muove dal presupposto che un mercato idealmente concorrenziale realizza sempre un prezzo efficiente da un punto di vista economico. In quest'ottica, le misure di controllo dei prezzi sono finalizzate a promuovere la concorrenza “*sostenibile*” (ossia strutturale) e *l'efficienza* nel mercato dei servizi di telecomunicazione. Quindi gli obblighi tariffari sarebbero preordinati a conseguire le condizioni di massima efficienza e concorrenza in modo da massimizzare i vantaggi per gli utilizzatori. E le misure di controllo dei prezzi dovrebbero “*simulare*” gli effetti della pressione competitiva che si produrrebbero qualora sussistesse nella realtà una situazione di piena concorrenza.

Seguendo quest'ordine di idee, i prezzi determinati autoritativamente dovrebbero riflettere quelli che sarebbero spontaneamente praticati da un operatore che si trovasse ad operare in condizioni di piena efficienza¹³⁹. In sede applicativa, si dovrebbe pertanto tendere a fissare le tariffe al livello più basso possibile.

Il secondo approccio, anch'esso riconosciuto in alcune disposizioni nazionali e ed europee a seguito della novella normativa del 2009 e che potremmo definire pro-industriale, tende viceversa a valorizzare un'impostazione dinamica nella fissazione delle tariffe e guarda agli obiettivi di lungo periodo di infrastrutturazione cercando un punto di equilibrio tra esigenze e obiettivi tra loro

¹³⁸ Cfr considerando 20, e artt. 1 e 13 Direttiva Quadro, nonché art. 50 CCE in cui si parla di concorrenza “*sostenibile*”. In termini anche Direttiva Quadro, art. 8 e art. 4 CCE, i quali parlano di condizioni di “*massima efficienza e concorrenza*”.

¹³⁹ Ad esempio, nel caso dei servizi di accesso la “*piena concorrenza*” si realizzerebbe qualora fossero disponibili più di una rete di accesso, tutte con diffusione capillare. In questo caso un operatore di telecomunicazione avrebbe tutto l'interesse ad offrire ad altri operatori i servizi di accesso alle condizioni più economiche possibili, in modo da sottrarre “*operatori-clienti*” agli operatori che dispongono anch'essi di una rete di accesso. Per essere e mantenersi competitivo l'operatore dovrebbe massimizzare la propria efficienza, in modo da poter offrire i servizi di accesso a condizioni più convenienti.

connessi, diversi dal solo efficientamento, tra i quali, principalmente: (i) stimolare *l'incumbent* all'incremento della propria efficienza economica; (ii) dare al mercato i corretti segnali di *make or buy*, al fine di incentivare *l'incumbent* agli ulteriori investimenti e gli OLO all'infrastrutturazione, in relazione alla rete in rame (v. *infra*, par. 3.2); (iii) stimolare tutti gli operatori ad investire anche sulle reti di nuova generazione.

Tale impostazione, attualmente seguita dalle ANR e dall'AgCom in particolare (v. *infra*), muove dal presupposto che il solo utilizzo della rete del gestore storico non promuove l'innovazione ed è quindi opportuna una strategia regolamentare che, dopo aver consentito ai nuovi operatori di fidelizzare la propria clientela mediante l'imposizione di misure asimmetriche a loro vantaggio per un limitato periodo di tempo, li incentivi a investire progressivamente nella propria rete, così da diventare nel lungo periodo autosufficienti.

La stessa Direttiva Quadro afferma inequivocabilmente che “*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*” (considerando 20). Pertanto, oltre alla promozione della concorrenza, attribuisce alle ANR altri obiettivi, tra i quali figura anche la necessità di incoraggiare investimenti efficienti in materia di infrastrutture e promuovere l'innovazione (cfr. art. 8).

Inoltre, l'art. 13 CCE, recependo la Direttiva 140/09, impone espressamente all'AgCom di “*promuove[re] la concorrenza basata sulle infrastrutture*” e gli “*investimenti efficienti e innovazione in infrastrutture nuove e avanzate*”.

Da ultimo, medesimo concetto è ribadito con forza dalla Commissione europea nella Raccomandazione del settembre 2013 *relativa agli obblighi di non discriminazione e alle metodologie di determinazione dei costi più adeguati per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto per gli investimenti nei servizi*

a banda larga¹⁴⁰. La Raccomandazione infatti mira ad assicurare agli operatori maggiori risorse da destinare agli investimenti e rendimenti più certi per il capitale investito nelle nuove infrastrutture di accesso. Secondo la Raccomandazione, ferma restando la parità di trattamento, tali obiettivi possono essere raggiunti mantenendo prezzi stabili e prevedibili per i servizi di accesso all'ingrosso alle infrastrutture in rame, nonché eliminando gli obblighi di orientamento al costo per gli analoghi servizi resi sulle infrastrutture in fibra mediante il modello di *equivalence of input* (“EoI”)¹⁴¹.

In quest'ottica, gli obblighi tariffari sono preordinati a conseguire le condizioni di massima efficienza e concorrenza compatibilmente con l'obiettivo di incentivare l'infrastrutturazione e dare al mercato i corretti segnali di investimento¹⁴². Ciò implica che in alcuni casi i controlli sui prezzi massimi del gestore dominante debbano essere attenuati onde evitare che gli OLO reputino conveniente fare affidamento *sine die* sui suoi servizi di rete e arrestino i propri investimenti infrastrutturali. Il risultato pratico, è che in sede di definizione delle tariffe non necessariamente è auspicabile il livello di prezzo più basso.

3.2. Le declinazioni dell' orientamento al costo

Un ulteriore profilo problematico riguarda le diverse declinazioni del principio di orientamento al costo.

¹⁴⁰ Commission Recommendation on consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment (11 Settembre 2013- C(2013) 5761 final).

¹⁴¹ Nel modello di EoI, l'operatore di rete fornisce informazioni e servizi di accesso ai terzi e alle divisioni interne agli stessi termini e condizioni, ivi inclusi prezzi, livelli di qualità e tempi del servizio, usando i medesimi sistemi e processi e con lo stesso grado di affidabilità e di prestazioni. L. J. BASSO, *On input market surplus and its relation to the downstream market game*, in *Canadian Journal of Economics/Revue canadienne d'économique* 46.1 (2013): 266-281.

¹⁴² V. lettera della Commissione europea all'ANR danese in data 2.12.2011, prot. SG-Greffe (2011) D/22038, caso DK/2011/1264, ove si legge che: “*wholesale charges should normally be set at a level that gives operators the correct signals to invest and promote infrastructure based competition where it is feasible*”.

La Commissione Europea ha segnalato in numerose Raccomandazioni che l'orientamento al costo rappresenta il modello tariffario preferibile per fissare i prezzi dei servizi regolamentati¹⁴³.

Stesso orientamento ha ribadito in sede di commento di *remedies* nazionali ai sensi dell'art. 7 Direttiva Quadro, evidenziando che “*se si vogliono stabilire prezzi equi e ragionevoli si corre il rischio di essere inefficiente*”, ragion per cui è preferibile imporre “*una metodologia basata sui costi per regolamentare*” le tariffe¹⁴⁴.

Tuttavia, esso in concreto nulla dice su quali siano i costi da prendere in considerazione e non predetermina i criteri per determinarne l'entità, dando pertanto adito a notevoli margini di discrezionalità applicativa in capo alle ANR difficilmente sindacabili in sede giudiziaria.

La prassi applicativa conosce almeno quattro modalità di declinazione dell'orientamento al costo, variamente combinate tra loro. In ordine crescente di pervasività del controllo è possibile distinguere: (a) l'utilizzo del *benchmark* comunitario; (b) il meccanismo di *retail minus*; (c) il meccanismo del *network cap*; (d) l'orientamento al costo mediante l'utilizzo della contabilità regolatoria.

L'adozione dell'uno o dell'altro modello condiziona il tipo di approccio (pro-concorrenziale o pro-industriale) seguito dalle ANR.

a. Il *benchmark* comunitario (o “*buona prassi corrente*”) prevede l'utilizzo della media di prezzo osservata (generalmente in almeno 4 Stati Membri) per le medesime prestazioni¹⁴⁵. Ovviamente, la scelta del *benchmark* è cruciale: le ANR

¹⁴³ V. Raccomandazione *sulla fornitura di linee affittate nell'Unione europea — Parte 2 — Tariffazione dei circuiti parziali di linee affittate all'ingrosso*, in GUCE n. L 083 del 1.4.2005; Raccomandazione *sulla regolamentazione delle tariffe di terminazione su reti fisse e mobili nella UE*, in GUCE n. L 124 del 20.5.2009; e Raccomandazione *relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA)*, in GUCE n. L 251 del 25.9.2010.

¹⁴⁴ V. lettera della Commissione europea all' AgCom in data 29.10.2009, prot. SG-Greffe(2009)D/8059, casi IT/2009/0987-0988-0989, in cui si citano come precedenti altre lettere inviate alle ANR slovena e spagnola.

¹⁴⁵ Tale metodologia è, ad esempio, indicata dalla Raccomandazione della Commissione in data 8.1.1998 *sull'interconnessione in un mercato delle telecomunicazioni liberalizzato (Parte 1 - Fissazione dei prezzi d'interconnessione)*, in GUCE n. L 073 del 12.3.1998.

dovrebbero selezionare i Paesi di riferimento “*in base a considerazioni di efficienza*”, optando per quelli che praticano tariffe “*orientate ai costi*” e che utilizzano le migliori basi contabili¹⁴⁶. Questo meccanismo ha evidentemente il vantaggio di non richiedere difficili analisi di mercato funzionali ad ottenere le necessarie informazioni per determinare le tariffe. Tuttavia è chiaramente uno strumento deficitario sotto il profilo dell’efficienza, perché non riflette le effettive condizioni di costo dell’impresa dominante. Per tale motivo esso è desueto nella prassi applicativa¹⁴⁷ e viene ormai utilizzato esclusivamente come strumento di supporto delle più complesse analisi sullo studio dei costi effettivi degli *incumbents*¹⁴⁸.

b. Il meccanismo di *retail minus* stabilisce il prezzo all’ingrosso mediante l’applicazione di una riduzione percentuale (il *minus*) applicata ai prezzi al dettaglio praticati dall’impresa dominante per i servizi corrispondenti¹⁴⁹. Il *minus* indica generalmente i costi evitabili di commercializzazione al dettaglio e i costi operativi non sopportati dall’operatore dominante per proporre la propria offerta ai concorrenti o, specularmente, gli ulteriori oneri economici che gli OLO devono sostenere per poter disporre di un’offerta all’utente finale competitiva (ad esempio, i costi di *marketing*, di pubblicità, di vendita, di assistenza post – vendita e di fatturazione al cliente finale) che non sono sostenuti per le forniture all’ingrosso¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Lettera della Commissione europea all’AgCom in data 15.7.2008, prot. SG-Greffe(2008)D/204577. V., più recentemente, lettera della Commissione europea all’ANR maltese in data 24.8.2011, prot. SG-Greffe (2011) D/14205, caso MT/2011/1241.

¹⁴⁷ Cfr. sull’utilizzo di questo criterio la delibera AgCom n. 388/99/CONS “*Interconnessione di terminazione verso le reti radiomobili e prezzi delle comunicazioni fisso – mobile originate dalla rete di Telecom Italia*”.

¹⁴⁸ Cfr. Delibera n. 499/10/CONS, All. 1, par. 4.2 che prevede l’impiego del *benchmark* di mercato a supporto dell’analisi di replicabilità delle offerte di Telecom Italia.

¹⁴⁹ Questo meccanismo è stato ad esempio utilizzato dall’AgCom nella prima analisi di mercato dei servizi di accesso all’ingrosso (delibera n. 33/06/CONS) per il servizio WLR e *bitstream naked*.

¹⁵⁰ Secondo TAR Lazio, Sez. III-ter, sentenze in data 11.7.2012 nn. 6321, 6323 e 6324, neppure il *retail minus* ignora completamente i costi dell’impresa dominante poiché l’AgCom valuta la “*ragionevolezza dei prezzi*” risultanti da tale meccanismo anche sulla base dei costi sottostanti.

La definizione di una offerta regolamentare *retail minus*, partendo da un dato conosciuto e sottraendo soltanto alcuni fattori di costo a livello di infrastrutture e di rete di distribuzione più facilmente individuabili, risulta perciò di più semplice e rapida implementazione, anche laddove non sia stato sviluppato un modello di contabilità regolatoria. Esso consente pertanto di affrontare meglio le strutturali asimmetrie informative rispetto all'operatore dominante.

Ma, proprio perché rappresenta un prodotto intermedio ottenuto sottraendo, come si è detto con una icastica espressione, dei “mattoni” ad un'offerta commerciale costruita dall'operatore dominante¹⁵¹, questo modello regolamentare mostra il suo *deficit* strutturale, essendo il prezzo del servizio venduto all'OLO vincolato alle scelte di prezzo e di velocità trasmissiva, alle tempistiche di entrata nel mercato differenziate sul territorio, alle politiche di *marketing* e di distribuzione, alle modalità tecnologiche e alle caratteristiche infrastrutturali decise unilateralmente dall'operatore stesso, e limita perciò in modo significativo la capacità di innovazione, sia sotto il profilo tecnologico che di qualità del servizio, degli operatori che acquistano il prodotto.

Inoltre, quando l'ANR definisce un differenziale tra l'offerta *wholesale* e l'offerta *retail* che garantisca nel medio periodo un ragionevole margine commerciale, il permanere dell'offerta basata sul modello *retail minus* consente l'ingresso e la permanenza nel mercato di operatori inefficienti sotto il profilo competitivo, in quanto scarsamente incentivati all'innovazione nelle infrastrutture e nei servizi.

La metodologia *retail minus* soffre pertanto tre limiti principali: (i) assume la validità del prezzo al dettaglio come base di partenza, incorporando così il rischio che quest'ultimo possa essere a sua volta eccessivo¹⁵²; (ii) stima in misura percentuale e aprioristica i costi relativi alle attività al dettaglio da

¹⁵¹ Così il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 1856/2013.

¹⁵² V. lettera della Commissione europea all'ANR lussemburghese in data 5.12.2006, prot. SG-Grefe (2006) D/207422, caso LU/2006/0526: in tal caso la Commissione sconsigliava l'applicazione del *retail minus* perché i prezzi al dettaglio del locale gestore storico erano al di sopra della media europea con la conseguenza che usarli, come base di partenza, avrebbe potuto attribuire extra-ricavi anche all'ingrosso.

espungere; (iii) non incentiva all'efficientamento, in particolare nei servizi a valle (l'*incumbent* ha interesse a mantenere alti tali valori perché essi sono la base di partenza dei prezzi all'ingrosso).

c. Il meccanismo di programmazione pluriennale del tipo *network cap*, costituisce viceversa un sistema di controllo dei prezzi pluriennale nel quale, anno per anno, viene fissato il limite massimo del prezzo di determinati beni/servizi¹⁵³.

La variazione percentuale da un anno all'altro è determinata in base ad una formula matematica del tipo $IPC - X$, ove IPC è l'Indice della variazione dei Prezzi al Consumo ed X è il parametro scelto per determinare la variazione annua consentita dal prezzo di servizi considerati nel paniere oggetto di regolazione.

In tal modo, se si fissano opportunamente il valore iniziale del sistema di *cap* ed il parametro X di riduzione dei costi di produzione, è possibile garantire l'orientamento al costo del prezzo di servizio.

Tale meccanismo di orientamento al costo consente agli OLO di conoscere in anticipo i prezzi di partenza degli *input* dei servizi intermedi e di avere una previsione di lungo periodo sulla loro evoluzione media nei successivi tre anni. Per di più, esso stimola il dominante verso l'efficienza, incentivandolo a ridurre i propri costi in misura maggiore del *cap* per introitare la differenza. Si aggiunga che esso ha anche il pregio di semplificare l'attività dell'ANR che, di fatto, dovrà solamente verificare che l'impresa dominante riduca ogni anno le proprie tariffe all'ingrosso in misura pari al *cap*. Esso può infine anche consentire l'applicazione di un "*delayed approach*", ossia di condurre gradualmente le tariffe dei nuovi entranti al livello di costo, qualora l'ANR individui il raggiungimento dell'orientamento al costo solo a fine periodo¹⁵⁴.

Esso non risolve tuttavia il problema della definizione del prezzo di partenza rispetto al quale applicare il *network-cap*, per il quale occorrerà utilizzare

¹⁵³ Questo meccanismo è stato utilizzato dall'AgCom nella seconda analisi di mercato dei servizi di accesso all'ingrosso (delibera n. 731/09/CONS) per la fissazione delle tariffe di tutti i servizi di accesso all'ingrosso per il periodo 2010 – 2012.

¹⁵⁴ Sul *delayed approach*, v. anche TAR Lazio, Sez. III-ter, sentenza in data 11.2.2011 n. 1336.

uno dei meccanismi descritti in precedenza ovvero quello di puro orientamento al costo¹⁵⁵.

d. Si giunge così al meccanismo più invasivo per l'operatore dominante, il puro orientamento al costo, generalmente ricostruito mediante l'utilizzo della contabilità regolatoria¹⁵⁶.

La normativa di settore specifica che questo meccanismo tariffario ha come unico limite quello di non poter imporre tariffe sotto – costo e di dover assicurare un *“ragionevole margine di profitto sugli investimenti”*¹⁵⁷. Il meccanismo di recupero dei costi dovrà essere inoltre *“adeguato alle circostanze in considerazione della necessità di promuovere l'efficienza e la concorrenza sostenibile e di ottimizzare i vantaggi per i consumatori”*.

L'orientamento al costo, ha come indiscutibile vantaggio quello di individuare le tariffe efficienti e al tempo stesso quello di dare a tutti gli operatori di mercato i corretti segnali di investimento.

La strategia incentivante l'infrastrutturazione è sintetizzata dal principio *“costruisci o acquisti”* (c.d. *“make or buy”*), il quale muove dall'esigenza di

¹⁵⁵ Come vedremo *infra*, proprio la problematica individuazione del prezzo di partenza è all'origine del contenzioso sulle tariffe 2010 – 2012.

¹⁵⁶ La contabilità regolatoria è un documento contabile differente da quelli ordinari civilistici perché preordinato al raggiungimento degli obiettivi regolamentari con riferimento a specifici servizi (non si tratta quindi di un documento relativo all'intera impresa, bensì di un documento organizzato per “aggregati” cui corrispondono i servizi regolamentati. Per ciascun aggregato si redige un conto economico e uno stato patrimoniale. All'interno della contabilità regolatoria si includono solo i costi “pertinenti” alla fornitura dei servizi in questione distinti in: (i) ammortamenti; (ii) personale; (iii) costi esterni; e (iv) costo del capitale.

¹⁵⁷ Il Considerando XIII della Direttiva Accesso dispone al riguardo che *“allorché un'autorità nazionale di regolazione calcola i costi sostenuti nell'istituire un servizio previsto in forza della presente direttiva, è opportuno consentire un ragionevole profitto sul capitale investito, tenendo conto dei costi di costruzione e del lavoro, con all'occorrenza un adeguamento del valore del capitale in funzione della stima, effettuata in quel momento, delle attività e dell'efficienza della gestione”*. Stessi principi sono recepiti all'art. 50 CCE, il quale specifica, nella sua nuova formulazione, che *“per incoraggiare gli investimenti effettuati dall'operatore anche nelle reti di prossima generazione, l'AgCom tiene conto degli investimenti effettuati dall'operatore e gli consente un'equa remunerazione del capitale investito, purché congruo, in considerazione di eventuali rischi specifici di un nuovo progetto particolare di investimento nella rete”*.

fornire agli OLO precisi segnali di mercato per consentire loro di muoversi con maggiore consapevolezza nelle proprie strategie aziendali o decidendo di appoggiarsi alla vecchia rete in rame *dell'incumbent* (strategia del *buy*) o preferendo invece, l'investimento nella costruzione di una propria rete in fibra (strategia del *make*), che costituisce il futuro dei sistemi di comunicazione elettronica¹⁵⁸.

Un simile obiettivo di lungo periodo richiede, però, che gli OLO possano ritagliarsi una “*fetta*” di mercato adeguata, fornendo servizi sempre più completi, moderni e convenienti alla clientela finale. Quest'ultima deve, in tale prospettiva, formulare una domanda di tali servizi tale da indurre gli OLO ad un radicale investimento nei servizi infrastrutturati, sicché gli OLO trovino più conveniente risalire la scala degli investimenti (c.d. *ladder of investment*) e dotarsi di una rete autonoma da quella dell'*incumbents*.

Notevoli sono tuttavia le difficoltà applicative del modello dal momento che: (i) esso presuppone una piena conoscenza della struttura di costi dell'operatore *incumbent*, quantomeno difficile da raggiungere in una situazione di strutturale asimmetria informativa. Risulta pertanto essenziale (e prodromico) l'obbligo di separazione contabile (art. 48 CCE) e di contabilità dei costi (art. 50 CCE), anche se esso non è sufficiente ad assicurare la corretta definizione dei costi; (ii) rischia di sottostimare le tariffe, non assicurare il ragionevole margine di profitto e in ultima istanza disincentivare gli investimenti *dell'incumbent*, per effetto dell'applicazione dei prezzi indicati dalla contabilità regolatoria. Infatti, i costi risultanti dalla contabilità regolatoria possono essere inferiori a quelli effettivi, qualora la stessa simuli la struttura impiantistica di un operatore efficiente e non quella effettiva dell'impresa regolata. Ne discende che le ANR, pur non potendo stabilire prezzi sotto costo regolatorio, potrebbero stabilire prezzi

¹⁵⁸ C. M. BENDER, G. GÖTZ, *Coexistence of service-and facility-based competition: The relevance of access prices for “make-or-buy”-decisions*. No. 07-2011. Joint discussion paper series in economics, 2011; R. LESTAGE, D. FLACHER, *Infrastructure investment and optimal access regulation in the different stages of telecommunications market liberalization*, in *Telecommunications Policy* (2014).

sotto – costo effettivo; (iii) può essere incongruo rispetto al recupero degli investimenti ed anticipatorio rispetto ad una evoluzione più stabile del mercato.

Quindi, nonostante la Commissione europea abbia espressamente rilevato che “*un metodo orientato ai costi, applicato coerentemente ai prodotti nelle varie stratificazioni della rete, serve già di per sé a proteggere il giusto spazio economico tra i diversi prodotti di accesso*”¹⁵⁹, esso generalmente viene indicato come obiettivo da raggiungere all’esito di un percorso regolamentare che conduce gradualmente le tariffe al livello di costo.

3.3. Le tariffe dei servizi di accesso all’ingrosso 2010 - 2012

Un esempio concreto delle difficoltà applicative sopra analizzate e delle possibili tensioni tra i diversi approcci nella definizione delle tariffe è rappresentato dalla fissazione delle tariffe dei servizi di accesso all’ingrosso di Telecom Italia da parte dell’AgCom, negli anni 2010-2012 (Delibere AgCom 731/09/CONS e 578/10/CONS), oggetto di un complesso contenzioso innanzi al giudice amministrativo.

a. All’esito della seconda analisi di mercato dei servizi di accesso all’ingrosso, la delibera n. 731/09/CONS ha declinato l’orientamento al costo in modo diverso a seconda del tipo di servizio considerato con il dichiarato obiettivo di incentivare l’infrastrutturazione, assicurare certezza regolamentare e dare a tutti gli operatori i corretti segnali di investimento.

In particolare, nelle sue linee fondamentali, l’AGCOM: a) ha confermato l’adozione di un meccanismo di programmazione pluriennale per i servizi ULL; b) ha introdotto un meccanismo di *network cap*, in sostituzione di quello di orientamento al costo previsto dalla precedente delibera n. 34/06/CONS, per i servizi *bitstream*; c) ha introdotto un meccanismo di *network cap*, in sostituzione del meccanismo del *retail minus*, previsto precedentemente dalla delibera n.

¹⁵⁹ Cfr. lettera della Commissione europea all’AgCom in data 30.12.2012, prot. C(2012)9112, caso IT/2012/1384.

33/06/CONS per il servizio WLR¹⁶⁰ e per il servizio *bitstream naked*; d) ha deciso di non imporre più a Telecom un obbligo di controllo dei prezzi nel mercato al dettaglio dei servizi di accesso telefonico e di consentirle una maggiore libertà di variazione del canone di accesso telefonico per la sua clientela finale.

Ciò sul presupposto che “rispetto all’orientamento al costo, il *Network cap* può, da un lato, costituire un incentivo per Telecom Italia all’incremento della propria efficienza produttiva e, dall’altro lato, assicurare maggiore certezza regolamentare agli operatori alternativi”.

Perseguendo la strategia di favorire l’infrastrutturazione degli OLO lungo la scala degli investimenti, AgCom ha ritenuto di dover definire i valori dei vincoli di variazione percentuale annuale dei prezzi dei servizi (e, cioè, i valori delle X da sottrarre all’indice dei prezzi al consumo) sulla base di un modello di costo a costi incrementali di lungo periodo (LRIC) di tipo *bottom up* (BU) relativo alla rete di accesso.

Il modello BU-LRIC (*bottom up – long run incremental cost*) prescelto da AGCOM si caratterizza per la definizione dei prezzi di accesso sulla base non già dei costi storici, effettivamente sostenuti dall’impresa dominante, ma in funzione dei costi teorici riconducibili ad una sorta di rete ipotetica, concepita sempre come nuova ed efficiente e, dunque, connotata per una struttura di costi pienamente ottimizzata.

La delibera n. 578/10/CONS contiene il modello con il quale sono determinati i costi prospettici relativi alla fornitura dei servizi di accesso a Telecom per il triennio 2010-2012, valori dai quali vengono definiti, altresì, i valori delle variazioni percentuali dei panieri (vincoli di *cap*) necessari per l’applicazione del meccanismo di *network cap*.

¹⁶⁰ Il *Wholesale Line Rental* o WLR è un servizio all’ingrosso di accesso telefonico tradizionale, con cui Telecom collega il cliente dell’OLO alla rete dello stesso OLO, senza però allacciarvi direttamente il doppino come nel caso dell’ULL. Si tratta di una mera attività di vendita all’ingrosso del servizio di accesso alla rete fornito da Telecom ai propri clienti ed è disponibile solo nelle aree nelle quali non vi è disponibilità di servizi di ULL.

AGCOM ha ipotizzato la costruzione di una nuova ed efficiente rete di accesso in rame¹⁶¹, tecnologia di riferimento in via quasi esclusiva nel triennio di riferimento, ed ha analizzato i principali elementi di costo per il modello LRIC, atteso che il modello *bottom up* non è puro, ma tiene conto della realtà sulla quale va ad incidere¹⁶².

Un modello economico di tal genere conduce alla determinazione di un costo di rete automaticamente ottimizzato e, pertanto, alla definizione di prezzi per i terzi depurati dagli oneri impropri riconducibili alle inefficienze e alle rendite di posizione della rete storica dell'operatore dominante. Implica tuttavia una valutazione complessa sia per quanto riguarda la costruzione ingegneristica del modello di rete efficiente, sia per quanto riguarda le singole voci di costo.

Infatti, per verificare se il valore di un dato servizio all'ingrosso sia o meno orientato ai costi, è necessario definire in modo corretto il perimetro di attività necessarie alla produzione di tale servizio.

Con specifico riferimento ai servizi ULL il costo è riconducibile alle seguenti quattro voci: costi di rete¹⁶³, costi di manutenzione correttiva¹⁶⁴, costi commerciali¹⁶⁵, WACC.¹⁶⁶

¹⁶¹ A tal fine essa ha adottato il cd modello *Schorched Node* in base al quale il numero e la posizione delle centrali locali "stadio di linea" di Telecom Italia sono considerati come dati e non modificabili; essi rappresentano pertanto una condizione di cui tenere conto nel processo di definizione della rete efficiente. In questo modo, il modello risulta almeno in parte, riconducibile alla configurazione di rete di Telecom. I. VOGELANG, *Price Regulation of Access to Telecommunications Networks*, in *Journal of Economic Literature* 41.3 (2003):830-862.

¹⁶² Medesimo approccio per lo sviluppo di modelli di costo per la rete di accesso è stato seguito *inter alia* dai regolatori dei seguenti paesi: Regno Unito, Austria, Danimarca, Norvegia, Olanda, Svizzera, Irlanda, USA, Nuova Zelanda (fonte: *Norwegian Post and Telecommunications Authority & Analysis Mason*, citata da Delibera n. 578/10/CONS, Allegato, par. 3.1., p. 8).

¹⁶³ I costi di rete rappresentano la parte preponderante dei costi del servizio ULL: si tratta essenzialmente dei costi connessi allo scavo e alla posa nonché alla manutenzione straordinaria degli elementi infrastrutturali (come, ad esempio, il doppino) necessari per fornire i servizi di comunicazione elettronica – sia a voce che dati – nell'ultimo miglio, della rete di comunicazioni elettroniche.

¹⁶⁴ I costi di manutenzione correttiva, che rappresentano una parte significativa – seconda, per importanza, ai costi di rete – dei costi sottostanti alla fornitura del servizio ULL, sono i costi connessi agli interventi tecnici effettuati sull'ultimo miglio a seguito

In applicazione di tale metodologia, così sintetizzata, l'AgCom ha definito i seguenti valori del canone mensile ULL per linea: 8,70 per il 2010, 9,02 per il 2011 e 9,28 per il 2012. Per avere un ordine di grandezza del valore economico assoluto delle tariffe in esame, si consideri che il numero di linee ULL è pari a circa 6 milioni.

Con riferimento ai prezzi dei servizi WLR e *bitstream naked*, invece, l'Autorità regolatrice, nella delibera n. 578/10/CONS, ha ritenuto di prendere le mosse dal precedente meccanismo del *retail minus*, ponendo quale punto di partenza, nel meccanismo sopra menzionato dei vincoli di *cap*, i prezzi richiesti da Telecom nel 2009 ai clienti finali.

Tale ibrida soluzione, pur adottata da AGCOM nella precisa consapevolezza che il sistema del *retail minus*, in prosieguo di tempo, debba essere gradualmente superato per lasciar posto all'integrale applicazione, anche a tali servizi, del meccanismo del *network cap*, è apparsa necessaria, secondo la delibera n. 578/10/CONS, per mantenere invariata la proporzione tra i prezzi dei servizi di accesso WLR e *bitstream naked* rispetto al canone del servizio ULL, sicché gli operatori alternativi dovrebbero essere incentivati, proprio da tale

della segnalazione del guasto ed essi vengono determinati, come stabilisce la direttiva n. 578/10/CONS, sulla base del costo orario della manodopera, del tempo impiegato per la risoluzione del guasto e del tasso di intervento, stimato dall'AGCOM nel 20,5%;

¹⁶⁵ I costi commerciali, che incidono per la parte residuale e che afferiscono alle attività svolte dalla divisione *wholesale* dell'operatore dominante per la commercializzazione dei servizi all'ingrosso.

¹⁶⁶ Il WACC è la media ponderata tra il costo del capitale proprio e quello di debito preso in prestito presso le banche, obbligazionisti, ecc.. Il WACC è determinato dai mercati finanziari, ed è il tasso di rendimento minimo sufficiente per compensare chi investe in una società per l'utilizzo differito nel tempo del denaro investito e per i rischi di mercato e macroeconomici ai quali è esposta la società stessa. L'intuizione alla base del calcolo del WACC è che il WACC è il tasso di rendimento atteso dagli investitori sul portafoglio dei debiti e delle azioni (*equity*) di una determinata società. Le modalità con cui deve essere utilizzato il WACC sono descritte in dettaglio nel capitolo 19 di R. A. BREALEY, S. C. MYERS, F. ALLEN, *Principles of Corporate Finance*, 11th Ed., 2014. Si veda anche S.A. ROSS, R.W. WESTERFIELD, J.JAFFE, *Corporate Finance*, 10th Ed., 2013, Capitolo 13. In generale, si veda A. PRETO, *In principio è la rete: Suggestioni comunicative per una società connessa*, Marsilio Editori, 2014.

differenza di prezzo, ad investire in un servizio maggiormente infrastrutturato quale è, appunto, quello ULL.

Quindi per concludere, l'AgCom ha adottato un modello economico di definizione delle tariffe funzionale ad assicurare l'efficienza delle tariffe; ha tuttavia bilanciato tale obiettivo con l'esigenza di favorire l'infrastrutturazione cercando di dare al mercato i corretti segnali di investimento; essa ha quindi chiaramente adottato un approccio *pro – industriale* che guarda ad una concorrenza *facility based* di lungo periodo.

b. Evidenziando l'evocata tensione tra un approccio prettamente pro-concorrenziale e un approccio pro-industriale nella fissazione delle tariffe, gli OLO hanno tra l'altro contestato in giudizio l'idea di fondo ispiratrice delle delibere nn. 731/09/CONS e 578/10/CONS, laddove AGCOM afferma e persegue l'obiettivo di incentivare l'infrastrutturazione degli OLO.

Secondo gli operatori alternativi il segnale *make or buy*, imposto dalla delibera n. 578/10/CONS, non sarebbe corretto perché si porrebbe in contrasto con le risultanze dell'analisi di mercato, compiuta dalla precedente delibera n. 314/09/CONS e dalla stessa delibera n. 731/09/CONS, che vedono nell'infrastrutturazione un comportamento espressamente riconosciuto come inattuabile perché diseconomico. Inoltre, a loro dire il perseguimento dell'efficienza economica non ammetterebbe deroghe e non potrebbe essere bilanciata con altri obiettivi.

Il giudice amministrativo ha rigettato tale contestazione sostenendo che essa “*contrasta in radice con le linee ispiratrici delle delibere impugnate, che muovono invece dalla finalità di incentivare la risalita degli OLO nella scala degli investimenti sino a dotarsi di una propria ed autonoma rete in fibra, non essendo realisticamente replicabile la vecchia rete in rame*”. Non vi è, dunque, alcuna illogicità o contraddittorietà nelle delibere impugnate, in quanto “*il segnale make or buy, rettamente inteso, non può che riguardare l'infrastrutturazione degli OLO nelle reti di nuova generazione, con effetti benefici, nel lungo periodo, per l'intero mercato delle telecomunicazioni elettroniche* (Consiglio di Stato, sentenza 1856/2013, par. 18).

Il Consiglio di Stato ha altresì accertato la correttezza del modello economico adottato dall'AgCom e la sua coerenza con gli obiettivi pro-industriali della regolamentazione, evidenziando che la logica del modello prescelto è quella di incentivare gli operatori a procedere con investimenti infrastrutturali, sicché “è coerente con l'approccio prospettico proprio del modello BU-LRIC la valorizzazione degli elementi di costo correnti, ossia, quanto costerebbe oggi realizzare la rete in rame” (p. 18). È proprio la logica di tale modello ad imporre l'utilizzo dei costi correnti, posto che il modello muove dalla individuazione di una rete di accesso in rame teorica, gestita da un operatore dominante. Viceversa, se si muovesse da un diverso approccio, privilegiando l'utilizzo dei costi storici, “gli OLO non sarebbero incentivati all'infrastrutturazione, dato che sarebbe certamente più difficile costruire reti in fibra che competano con reti parallele di rame più economiche”.

Il giudice amministrativo ha viceversa accertato l'illegittimità delle delibere con riferimento alle tariffe *bistream naked* e WLR, perché l'AgCom ha utilizzato come valore di partenza per la costruzione del *network cap* le tariffe 2009 calcolate attraverso il meccanismo del *retail minus*, mentre avrebbe dovuto utilizzare come base di partenza un valore orientato al costo.

L'AgCom avrebbe in particolare omesso di verificare “con un'analisi di tipo comparato e mediante un adeguato approfondimento istruttorio, se la strada indicata dalla Commissione, coerente in toto con il modello BU-LRIC, sarebbe stata preferibile rispetto all'adozione del *retail minus* per i servizi WLR e WBA, non soltanto per consentire una miglior concorrenza tra gli operatori, ma proprio per favorire una maggior infrastrutturazione”, ben potendo l'orientamento al costo assicurare il pieno rispetto dei principi della *ladder of investment* e “mantenere egualmente – o addirittura rafforza – lo spazio economico tra i diversi prodotti di accesso”.

Inoltre, sempre secondo il giudice amministrativo, l'AgCom avrebbe sovrastimato i costi di manutenzione correttiva, non considerando l'esistenza di

tariffe *flat* praticate nei contratti di System unico¹⁶⁷. Anziché procedere direttamente alla rideterminazione del relativo importo, il giudice ha rimesso all'AgCom in sede conformativa il compito di “*valutare analiticamente tali contratti per verificare se essi, quand'anche coprano solo in parte i costi di manutenzione della rete nel suo complesso, incidano su tali costi, abbattendoli comunque in misura significativa*”.

3.4. Considerazioni conclusive in materia tariffaria

Si possono a questo punto trarre alcune considerazioni generali sui rapporti tra regolamentazione e concorrenza in materia tariffaria.

Primo. Per i servizi regolamentati non esiste una tariffa *giusta* e tale sicuramente non è una tariffa che tende all'efficienza massima secondo un approccio pro-concorrenziale classico. Esiste piuttosto una tariffa efficiente in relazione alle finalità che il regolatore intende perseguire, rispetto alle quali fondamentali sono tempi, intensità e durata dell'intervento. In ottica di lungo periodo, l'infrastrutturazione degli operatori alternativi è centrale, anche al fine di assicurare il massimo benessere dei consumatori. L'ottica pro-industriale seguita dall'AgCom sembra orientata da questo condivisibile obiettivo. L'evocata contrapposizione tra approcci appare quindi nel caso di specie funzionale ad assicurare la massimizzazione del benessere collettivo.

¹⁶⁷ I *System* sono imprese terze alle quali Telecom Italia esternalizza, ricorrendo a contratti forfettari, l'attività di manutenzione correttiva delle linee di accesso riguardanti la clientela degli operatori alternativi (risoluzione dei guasti nella rete di accesso relativi al singolo impianto di abbonato di competenza di Telecom Italia, c.d. bonifica impulsiva). Le imprese di *System* sono impiegate, sulla base di specifici contratti, anche dagli operatori alternativi per effettuare lavori di manutenzione di loro competenza (risoluzione dei guasti localizzati nella sala OLO o in casa utente di competenza diretta dell'operatore). Esistono dunque sempre due contratti di *System Unico*, uno tra Telecom e l'impresa di manutenzione, ed un altro fra la medesima impresa e l'operatore alternativo. In questa maniera è possibile rendere più efficiente il processo di manutenzione in quanto, in caso di segnalazione di guasto, l'impresa con contratto di *System Unico* interviene per risolvere il problema, attribuendone in chiusura la competenza a Telecom Italia o all'operatore alternativo sulla base delle attività svolte. In tal modo, è possibile evitare i conflitti di attribuzione tra gli operatori coinvolti e ridurre i costi di intervento, eliminando una serie di interventi a vuoto derivanti dall'errata attribuzione della competenza in fase di diagnosi.

Secondo. L'orientamento al costo delle tariffe, pur rappresentando la forma più invasiva di regolamentazione, può essere declinata in maniera differente a seconda degli obiettivi perseguiti dalla regolamentazione e non necessariamente deve condurre alla fissazione di tariffe efficienti da un punto di vista strettamente economico. D'altronde, trattandosi di “*orientamento*”, le ANR possono anche deviare dall'applicazione meccanica dei costi e applicare l'orientamento al costo “*in maniera progressiva*”¹⁶⁸. Ben può quindi l'AgCom bilanciare l'esigenza di efficientamento con gli obiettivi di politica industriale di incentivazione all'infrastrutturazione, mentre l'ottica prettamente pro-concorrenziale di efficientamento massimo – generalmente perseguita in ambito *antitrust* – è recessiva nell'attuale fase di sviluppo di reti di nuova generazione, richiedono esse cospicui investimenti.

Terzo. Se si scende dal piano astratto dei principi alla sua concreta traduzione pratica il compito assegnato all'AgCom è di particolare complessità perché richiede una perfetta conoscenza dei dati di costo. Al fine di potere controllare la congruità delle tariffe è necessario porre alcuni vincoli di contabilità. Essi sono strumentali alla verifica dell'orientamento ai costi delle tariffe di accesso. L'AgCom è intervenuta più volte a modificare i vincoli di contabilità passando da un sistema che si fonda sui costi storici¹⁶⁹, ad uno fondato sui costi correnti¹⁷⁰ e, successivamente, su quelli prospettici¹⁷¹. Quest'ultima modalità è quella che appare oggi privilegiata nel nuovo quadro normativo. È evidente tuttavia che l'opinabilità del giudizio prospettico effettuato dall'AgCom aumenta il tasso di litigiosità dei operatori.

Quarto. L'autorità di settore è sicuramente meglio attrezzata rispetto all'AGCM per realizzare il difficile bilanciamento tra i due approcci, potendo

¹⁶⁸ TAR Lazio, Sez. III-ter, sentenza in data 14.12.2011 n. 9740.

¹⁶⁹ I costi storici (o contabili) rappresentano la somma totale di denaro speso.

¹⁷⁰ I costi correnti rappresentano i costi che sosterebbe oggi un operatore efficiente nella realizzazione della medesima infrastruttura mediante le migliori soluzioni tecniche attualmente disponibili.

¹⁷¹ Cfr. Berc, *Regulatory Accounting Practice: Report 2014*, p. 37, disponibile su http://berc.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berc/reports/4595-berc-report-regulatory-accounting-in-practice-2014

disporre dei dati ricavabili dalle periodiche analisi di mercato e del Raccordo istituzionale con la Commissione europea e le altre ANR. Se è vero che non esiste un prezzo giusto, il fatto che essa intervenga con funzione prospettica mentre l'ANC analizza comportamenti già posti in essere non rileva con specifico riferimento al problema in esame della fissazione delle tariffe.

Quinto. Per assicurare effettività della tutela giurisdizionale il giudizio amministrativo può e deve sindacare la coerenza interna dei modelli adottati dall'AgCom. Così può ad esempio censurare, in un meccanismo di *network cap*, l'utilizzo di un prezzo di partenza svincolato dai costi e definito con il meccanismo del *retail minus*, se l'obiettivo è quello di incentivare l'infrastrutturazione. Medesimo obiettivo può infatti essere realizzato mediante l'integrale applicazione dell'orientamento al costo. Oppure, può sindacare l'incongruenza di uno degli elementi di costo individuato dall'AgCom (*in casu*, il costo della manutenzione correttiva), se la prassi di mercato palesa l'inefficienza del valore utilizzato dall'AgCom. Il sindacato sulla correttezza del modello economico in concreto applicato dall'AgCom sul piano regolatorio non mira, in alcun modo, a sostituire la valutazione del giudice a quella della competente Autorità, ma solo a verificare se tale modello, una volta adottato, sia stato coerente nei suoi sviluppi proprio alla luce delle finalità che la scelta regolatoria, nel suo complesso, mira a perseguire. Come autorevolmente sostenuto in dottrina con riguardo al sindacato del GA sulle decisioni dell'AGCM, ma con considerazioni valide anche con riferimento agli atti delle ANR, la prevalenza del convincimento del giudice, raggiunto a seguito del contraddittorio processuale e del contributo tecnico della eventuale consulenza tecnica d'ufficio sulla tesi elaborata dall'amministrazione e portata in giudizio come tesi di una delle parti processuali, “*non è altro che la conclusione fisiologica del sindacato intrinseco, inteso nel suo senso pieno (o “forte”)*”¹⁷².

¹⁷² Cfr. SCOCA F.G., *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Diritto Amministrativo*, 2008, 257 ss. Per la citazione del testo cfr. ID, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, 2010, 278 ss.

4. Prezzi troppo bassi: un caso di tendenziale convergenza

Problema opposto a quello sinora analizzato riguarda invece la possibile fissazione di prezzi troppo bassi sia all'ingrosso, sia al dettaglio.

Diversamente dal precedente caso, qui si assiste ad una progressiva convergenza di strumenti tra diritto della concorrenza e diritto regolamentare, foriero tuttavia anch'esso di rilevanti problematiche applicative.

4.1. Compressione dei margini e prezzi predatori

L'integrazione verticale dell'*incumbent* e la sua posizione dominante nei mercati dell'accesso sia all'ingrosso sia al dettaglio, consente a quest'ultima di adottare comportamenti anticompetitivi volti ad escludere i concorrenti agendo sulla disponibilità e sulle condizioni di fornitura – tecniche e soprattutto economiche – dei fattori produttivi indispensabili agli operatori alternativi per competere nei mercati dell'accesso al dettaglio.

Come visto nel precedente capitolo (Cap. I, par. 6), le condotte tariffarie più comuni sono il *margin squeeze* (o compressione dei margini), i prezzi predatori¹⁷³ ed i sussidi incrociati¹⁷⁴.

¹⁷³ Per un'analisi dei più recenti casi giurisprudenziali europei sui prezzi predatori, si vedano le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-202/07P, *France Télécom c. Commissione*, Racc. [2009] p. I-2369; causa C-209/10, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, [2012] ECR I-0000.

¹⁷⁴ Ad esempio, nel provvedimento di chiusura dell'istruttoria nel caso A255–*Associazione Italiana Internet Provider/Telecom*, l'Autorità nazionale rilevava l'abusività *ex art. 3* della legge n. 287/90 dei comportamenti della società Telecom posti in essere nella commercializzazione di servizi di accesso a Internet, consistenti nell'applicazione di condizioni economiche al pubblico, di offerte promozionali diffuse e nell'utilizzazione del servizio ad addebito ripartito, tali da produrre perduranti perdite economiche. Tale pregiudizio economico, rilevava l'autorità, era sostenibile esclusivamente da Telecom mediante compensazione con i proventi percepiti per i collegamenti in *dial-up* o mediante circuiti diretti numerici. Nel provvedimento di chiusura dell'istruttoria l'Autorità rileva che i comportamenti di cui sopra risultano, tuttavia, cessati e compensati per gli aspetti economici a seguito degli impegni assunti dalla società, al rispetto dei quali si è impegnata anche verso l'Autorità. Provvedimento n. 7978, caso A255 – *Associazione Italiana Internet Provider/Telecom*, in Boll. 4/2000.

Il *margin squeeze* è un abuso tipico delle comunicazioni elettroniche ripetutamente contestato agli operatori dominanti a livello europeo¹⁷⁵ e nazionale¹⁷⁶ ed è di gran lunga il più rilevante ai fini della presente analisi perché si tratta di un illecito di prezzo che può essere commesso solamente da un'impresa verticalmente integrata¹⁷⁷.

Secondo la prassi e la giurisprudenza dell'Unione europea, si verifica una compressione dei margini allorquando la differenza tra i prezzi al dettaglio praticati da un'impresa dominante ai clienti finali ed i prezzi all'ingrosso dalla stessa praticati ai concorrenti, affinché questi possano offrire servizi confrontabili, è negativa o non sufficiente a coprire i costi specifici che gli stessi concorrenti sostengono per erogare i servizi in questione nei mercati a valle.

Tale condotta rientra nel divieto di cui all'articolo 102 TFUE nella misura in cui è idonea a compromettere la capacità competitiva di concorrenti almeno altrettanto efficienti rispetto allo stesso operatore dominante.

La Corte di Giustizia ha altresì chiarito che la portata abusiva di tale condotta è riconducibile alla stessa esistenza di una compressione dei margini e che *“non è affatto necessario accertare che il prezzo all'ingrosso [...] o i prezzi al dettaglio [...] ai clienti finali siano di per sé abusivi in considerazione del loro*

¹⁷⁵ Cfr. sentenza in data 10.4.2008, caso T-271/03, *Deutsche Telekom*, confermata in appello dalla Corte di Giustizia, caso C – 280/08; decisione della Commissione in data 4.7.2007, caso COMP/38.784, *Telefonica*, confermata integralmente in prime cure dalla Corte Generale, sentenza in data 29.3.2012, casi T-336 e 398/07; sentenza in data 17.2.2011, causa C-52/09, *Telia Sonera*.

¹⁷⁶ Cfr. Provvedimento n. 6698, caso n. A218, *Consorzio Risposta/Ente Poste Italiane*, in Boll. 51/1998; provvedimento n. 7978, caso n. A255, *Associazione italiana internet providers/Telecom*, in Boll. 4/2000; provvedimento n. 8481, caso n. A280, *Tiscali-Albacom/Telecom Italia*, in Boll. 28/2000; provvedimento n. 9472, caso n. A285, *Infostrada / Telecom Italia –Tecnologia Adsl*, in Boll. n. 16-17/2001; provvedimento n. 13752, caso n. A351, *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, in Boll. 47/2004; provvedimento n. 19020, caso n. A376, *Aeroporti di Roma-Tariffe aeroportuali*, in Boll. 40/2008; provvedimento n. 24339; caso n. A428, *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, in Boll. 20/2013; provvedimento n. 24804, caso n. A443, *NTV/FS/Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri ad alta velocità*, in Boll. 11/2014.

¹⁷⁷ Secondo l'art. 2, n. 20, dir. 2003/55/CE si ha impresa verticalmente integrata se svolge almeno una attività legata alla rete ed una a monte o a valle della filiera, ovvero la coltivazione del gas naturale e la vendita dello stesso.

carattere, a seconda dei casi, eccessivo o predatorio”¹⁷⁸. In altri termini, nel caso del *margin squeeze*, la giurisprudenza dell’Unione europea ha riconosciuto che la violazione *antitrust* discende da una combinazione di riduzione del prezzo al dettaglio e/o eccessivo prezzo all’ingrosso in misura tale da rendere il margine potenziale lasciato ai concorrenti sul mercato insufficiente a coprire i propri costi specifici che essi devono sostenere per fornire servizi ai clienti finali. Conseguentemente, si tratta di un illecito di “relazione” la cui configurazione non richiede la fissazione di prezzi illeciti (predatori, eccessivi o discriminatori).

4.2. I test di prezzo

Al fine di reprimere preventivamente tali condotte, le ANR inclusa quella italiana, hanno adottato degli strumenti di controllo tariffario, i cd. *test di prezzo*, funzionali ad assicurare il rispetto del principio di non discriminazione, ed – in particolare – la parità di trattamento interna-esterna da parte degli operatori con significativo potere di mercato e volti a verificare che i prezzi da essi praticati al dettaglio non siano predatori (delibera AgCom n. 33/06/CONS) e risultino replicabili dagli OLO (delibere AgCom n. 152/02/CONS e n. 499/10/CONS)¹⁷⁹.

Il test di predatorietà ha l’obiettivo di prevenire il lancio di offerte da parte dell’*incumbent* a prezzi predatori¹⁸⁰, ovverosia inferiori ai costi effettivi di

¹⁷⁸ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia *TeliaSonera*, cit., punto 34 e sentenza della Corte di Giustizia del 14 ottobre 2010 nel caso C-280/08 *Deutsche Telekom*, punti 167 e 183, e sentenza del Tribunale *Telefónica*, del 29 marzo 2012, Causa T-336/07.

¹⁷⁹ In generale il test di prezzo esprime una valutazione, in termini matematici, relativamente alla possibilità che l’operatore SMP pratici – per singoli servizi od anche all’interno di offerte aggregate (c.d. “pacchetti”) – prezzi al dettaglio talmente bassi da non consentire la replicabilità ai concorrenti, i quali pagano comunque un accesso *wholesale* regolamentato alla rete dell’operatore dominante. Se i prezzi dell’operatore dominante nei mercati a monte consentono la disponibilità nel mercato a valle di offerte, da parte dei concorrenti, competitive con quelle retail dell’operatore SMP, allora non vi è compressione dei margini.

¹⁸⁰ Sulla tematica dei prezzi predatori in diritto *antitrust* v. *inter multis* JONES-SUFRIN, *EC Competition Law*, 3 ed., 2008, pagg. 443 e ss. Per un’applicazione concreta dei principi *antitrust* al settore delle comunicazioni elettroniche v. la Decisione della Commissione in data 16.7.2003, COMP/38.233 *Wanadoo Interactive*, confermata dalla Corte di Giustizia, sentenza in data 2.4.2009, caso C-202/07 (per un commento a tale decisione v. BALLESTEROS-SZARKA, *Predatory pricing in the telecoms sector: the*

fornitura dei servizi, mentre il *test* di replicabilità persegue la diversa finalità di contrastare pratiche di compressione dei margini, che come visto si realizzano quando i prezzi al dettaglio praticato dall'operatore dominante risultano non replicabili da un operatore concorrente egualmente efficiente, tenuto conto dei prezzi che quest'ultimo è costretto a pagare al primo per l'acquisto dei servizi intermedi. In sostanza, la predatorietà riguarda la situazione interna costi/ricavi dell'impresa dominante, mentre la replicabilità riguarda la situazione degli OLO.

Gli attuali test di prezzo regolamentari, disciplinati dalla Delibera n. 499/10/CONS, hanno ad oggetto tutte le tariffe al dettaglio che *l'incumbent* intende commercializzare, sia nei casi in cui le specifiche analisi di mercato individuino una posizione di dominanza nei mercati *wholesale* a monte, sia nei casi in cui l'Autorità ritenga necessario assoggettare talune offerte *retail* a una valutazione caso per caso.

In particolare, sono oggetto di indagine: (i) *Offerte di servizi stand alone* appartenenti ai mercati *retail* sui quali l'Operatore è stato notificato come avente un Significativo Potere di Mercato o appartenenti a mercati *retail* non regolamentati ma integrati verticalmente con mercati *wholesale* sui quali l'Operatore è stato notificato come avente SPM¹⁸¹; (ii) *Offerte di bundle di servizi* che includono almeno un servizio del tipo precedente e per le quali l'Autorità applica un test di prezzo aggregato che comporta la verifica per l'intero pacchetto offerto alla clientela finale¹⁸²; (iii) *Offerte in ambito gara*, che includono servizi di cui al punto 1).

Sotto il profilo procedimentale, l'indagine precede la commercializzazione del servizio (Telecom è tenuta a comunicare le offerte all'AgCom 30 giorni prima della loro commercializzazione) e segue un meccanismo di silenzio assenso in

ECJ rules on the issue of recouping losses, nella Competition Policy Newsletter della Commissione n. 2/2009).

¹⁸¹ Rientrano in questa categoria: (i) Offerte di servizi del mercato l'accesso telefonico su rete RTG e ISDN per clientela residenziale e affari; (ii) le Offerte di servizi di traffico telefonico nazionale (locale, interdistrettuale, fisso-mobile e mobile quando offerto congiuntamente con altri servizi) e internazionale; (iii) le Offerte di servizi di accesso a larga banda.

¹⁸² Offerte aggregate ("bundle") che combinino variamente i servizi summenzionati.

caso di mancata espressa approvazione. Qualora sussistano profili di non replicabilità, previo preavviso di rigetto e supplemento istruttorio, l'AgCom può negare l'autorizzazione al commercio dell'offerta¹⁸³.

4.3. Progressiva convergenza tra i test di prezzo

I test di prezzo regolamentari ricalcano in gran parte quelli utilizzati dalle ANC.

a. L'allineamento ha riguardato anzitutto il modello economico da utilizzare per valutare i costi.

Già nel 1998, la Commissione aveva ipotizzato che nel test per verificare l'esistenza di comportamenti di *margin squeeze* si dovessero tenere in considerazione le possibili differenze di costo tra operatori, distinguendo l'*Equally Efficient Operator* test (EEO test)¹⁸⁴ e il *Reasonably Efficient Operator* test (REO test)¹⁸⁵.

Utilizzando i costi di un *Equally Efficient Operator*, la politica tariffaria risulta abusiva se le “divisioni operative a valle non sarebbero in grado di svolgere le loro attività in maniera remunerativa sulla base del prezzo praticato a monte ai suoi concorrenti dal braccio operativo di proprietà dell'impresa dominante”¹⁸⁶.

¹⁸³ Per i profili procedurali cfr. Circolare attuativa alla Delibera n. 499/10/CONS in data 8.7.2011, par. 2.

¹⁸⁴ Si vedano: sentenze della Corte di Giustizia del 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom/Commissione*, in Racc. [2010] p. I-9555, §§ 195-204 e del 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige*, in Racc. [2011] p. I-527, §§ 31-46.

¹⁸⁵ Comunicazione della Commissione europea *sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni. Quadro Normativo, Mercati Rilevanti e Principi*. (98/C 265/02). Si vedano: sentenze della Corte di Giustizia del 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom/Commissione*, in Racc. [2010] p. I-9555, § 202, e del 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige*, in Racc. [2011] p. I-527, § 44.

¹⁸⁶ Tale circostanza può avvenire se l'operatore dominante invece di imputare i costi che normalmente vengono imputati alla propria divisione a valle, imputa tali costi ad altre sue strutture o determinando in maniera non corretta i *transfer charges*.

Se si utilizzano i costi di un *Reasonably Efficient Operator* si misura invece se il margine tra la tariffa praticata per l'accesso ai concorrenti nel mercato a monte e la tariffa fissata dall'operatore della rete nel mercato a valle consente ad un fornitore di servizi ragionevolmente efficiente nel mercato a valle di operare con normali livelli di profitto (a meno che l'impresa dominante non possa dimostrare che le proprie divisioni operative a valle sono eccezionalmente efficienti).

Quindi, mentre l'EEO test mette in relazione prezzo finale e costi dell'impresa verticalmente integrata (motivo per cui quest'ultimo viene utilizzato come *proxy* o come operatore di riferimento, segnatamente per i costi di rete), il REO test analizza la relazione fra prezzo finale dell'impresa verticalmente integrata e i costi dell'operatore ragionevolmente efficiente, caratterizzato da costi maggiori rispetto all'EEO.

Entrambe le modalità indicano se l'operatore dominante utilizza una strategia di compressione dei margini tale per cui gli operatori concorrenti sul mercato a valle si troverebbero di fronte ad una compressione dei prezzi che potrebbe costringerli ad uscire dal mercato. Tuttavia, essi conducono a risultati differenti.

Se si utilizza l'EEO “*un concorrente efficiente quanto l'operatore SMP non sarebbe escluso dal mercato*” (Delibera n. 499/10/CONS, par. 66), ma lo sarebbero invece quelli che presentano efficienze inferiori, ancorché tali minori efficienze derivino da fattori esterni ai meriti dell'impresa (ad esempio, dal fatto che *l'incumbent* a differenza degli OLO abbia potuto costruire la propria rete e la propria base clienti durante il regime di monopolio legale), e possano essere recuperate in futuro dai nuovi entranti, man mano che il mercato evolva verso una situazione di concorrenza effettiva. Il REO consente invece di “*tenere in conto economie di scala più ridotte o di compensare altri vantaggi di costo*” (§ 66, Delibera n. 499).

Quindi, il primo modello viene adoperato allorché si intenda tutelare gli investimenti dell'*incumbent* e comporta una soglia di replicabilità più bassa lasciando quindi maggior margine di manovra tariffaria all'*incumbent*; il secondo

modello, tenendo conto delle inefficienze degli OLO, tende invece ad alzare la soglia di replicabilità, e viene quindi utilizzato allorché si intenda tutelare la presenza sul mercato degli operatori alternativi, soprattutto nei casi in cui i costi degli OLO siano più elevati di quelli dell'*incumbent* e, ciononostante, esigenze di politica regolamentare di lungo periodo rendano necessario consentire l'ingresso nel mercato di soggetti meno efficienti.

b. Sotto il profilo *antitrust*, una pratica di compressione dei margini viene generalmente valutata in relazione alla sua idoneità ad ostacolare la pressione competitiva che può essere esercitata da concorrenti che, nell'offerta dei servizi a valle, sono efficienti quanto l'impresa dominante. Trova quindi applicazione il test EEO.

Tale approccio è stato seguito dalla Commissione e dall'AGCM in alcuni recenti casi relativi ai mercati delle telecomunicazioni, nei quali la sussistenza di una condotta di compressione dei margini è stata accertata alla luce della circostanza per cui la differenza tra i prezzi al dettaglio praticati dall'*incumbent* verticalmente integrato ai consumatori finali e quelli all'ingrosso, dallo stesso praticati ai suoi concorrenti, erano negativi o non sufficienti a coprire i costi specifici che essi sostengono per erogare i servizi in questione nei mercati a valle¹⁸⁷.

A livello regolamentare, invece si è soliti utilizzare in maniera congiunta entrambi i modelli¹⁸⁸, con una netta prevalenza tuttavia per l'utilizzo dell'*as efficient competitor*.

Ad esempio, mentre gli originari test di prezzo di cui alla Delibera n. 152/02/CONS, applicabili ai soli servizi di traffico telefonico, avevano le caratteristiche di REO test in cui anche i costi degli OLO erano rilevanti¹⁸⁹

¹⁸⁷ Cfr. decisione della Commissione nel caso COMP/38.784, *Telefonica*, cit. e relative sentenze e decisione della Commissione nel caso COMP/C-1/37451, 37.578. 37.579 *Deutsche Telekom*, cit. e relative sentenze.

¹⁸⁸ Cfr. *Report dell'ERG on the application of margin squeeze tests to bundles* (ERG (09) 07, marzo 2009, parr. 26 ss.).

¹⁸⁹ Come rilevato dal Consiglio di Stato, "il test di replicabilità [...] scinde i costi di interconnessione dell'OLO efficiente in due parti fondamentali, una corrispondente

L'AgCom ha optato per l' utilizzo del metodo REO ai fini del calcolo dei costi dei fattori produttivi essenziali e per il metodo EEO per la determinazione dei costi degli input non essenziali e dei costi operativi commerciali.

La Commissione Europea ha tuttavia criticato l'allineamento delle due metodologie¹⁹⁰, evidenziando che *“nel contesto specifico dei controlli di prezzo ex ante, intesi a mantenere una concorrenza effettiva tra operatori che non beneficiano delle stesse economie di scala e di scopo e che presentano costi unitari di rete diversi, un test basato sui costi del concorrente ragionevolmente efficiente potrebbe essere più appropriato”*¹⁹¹.

Inoltre, la Commissione europea ha chiesto che, in caso di mancato superamento del test, siano modificate le condizioni economiche praticate dal gestore storico all'ingrosso e non quelle al dettaglio (in sostanza, in caso di

all'OIR e una corrispondente ai costi della infrastruttura propria dell'OLO, sul presupposto che l'OLO efficiente sempre più sviluppa una propria rete infrastrutturale. Quanto poi alla prima componente dei costi di interconnessione, vale a dire l'OIR, il test di replicabilità dell'allegato E ne prevede una rilevanza decrescente nel tempo, mediante coefficienti di riduzione, perché da un OLO efficiente ci si attende che non si avvalga sine die dell'OIR, ma migri verso una propria rete infrastrutturale a costi inferiori” (Consiglio di Stato, sentenza in data 10.2.2006, n. 1271).

¹⁹⁰ Lettera della Commissione europea all'AgCom in data 6.8.2010, prot. SG-Greffe(2010)D/12083, caso IT/2010/1103.

¹⁹¹ Medesime considerazioni sono state svolte dalla Commissione nella Raccomandazione del 20 settembre 2010, *relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA)* (2010/572/UE), par. 26, in cui si legge che: *“La compressione dei margini può essere provata dimostrando che le operazioni a valle dell'operatore SMP non potrebbero essere redditizie a causa del prezzo all'ingrosso applicato ai concorrenti dalla componente a monte dell'operatore SMP («test del concorrente altrettanto efficiente»).* *Alternativamente, una compressione dei margini può essere provata anche dimostrando che il margine tra il prezzo di accesso applicato ai concorrenti sul mercato a monte e il prezzo che la componente a valle dell'operatore SMP pratica sul mercato a valle è insufficiente per consentire a un prestatore di servizi ragionevolmente efficiente operante sul mercato a valle di ottenere un normale profitto («test del concorrente ragionevolmente efficiente»).* *Nel contesto specifico della regolazione ex ante dei prezzi, intesa a mantenere una concorrenza effettiva tra operatori che non beneficiano delle stesse economie di scala e scopo e presentano diversificati costi unitari di rete, un «test del concorrente ragionevolmente efficiente» sarà generalmente più appropriato. Inoltre la valutazione di una compressione dei margini dovrebbe essere effettuata su un arco di tempo adeguato. Per favorire la prevedibilità è opportuno che le ANR specifichino chiaramente in anticipo la metodologia che seguiranno per determinare il test di prezzo, i parametri da utilizzare e le misure correttive da adottare in caso venga accertata una compressione dei margini.*

mancato superamento del test, Telecom Italia deve ritoccare i listini di riferimento, non i prezzi praticati all'utenza)¹⁹².

c. L'allineamento tra i test di replicabilità *antitrust* e quelli regolamentari ha inoltre riguardato tutti gli aspetti più qualificanti dell'indagine per effetto dell'aggiornamento dei test di prezzo regolamentari effettuato dalla Delibera n. 499/10/CONS.

In particolare, identiche sono:

(i) le basi contabili utilizzate nei test di prezzo, dal momento che in entrambi i casi si utilizza il costo medio incrementale di lungo periodo dell'impresa dominante¹⁹³.

(ii) la valutazione di replicabilità complessiva, anziché per singolo servizio, delle offerte congiunte di servizi diversi (c.d. *bundle*). Come ricorda la Commissione, nell'applicazione dell'art. 102 TFUE a presunti abusi di prezzo occorre confrontare ricavi e costi dell'intero pacchetto¹⁹⁴. In accordo con la "normativa antitrust" (all. 1, § 1.1), la delibera n. 499/10/CONS prevede specifici "test di prezzo" per le "offerte di bundle di servizi" (art. 1, comma 4, lett. b),

¹⁹² In senso analogo, v. anche la lettera della Commissione europea all'ANR polacca in data 30.7.2010, prot. SG-Greffe (2010) D/11933, caso PL/2010/1098. Anche in quel caso, è stato specificato che i test di prezzo non devono comportare una ri-regolazione dei deregolamentati servizi al dettaglio.

¹⁹³ Per un singolo prodotto o servizio, tale parametro rappresenta la media di tutti i costi (fissi e variabili) che l'impresa sostiene per produrre quel particolare prodotto/servizio.

¹⁹⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE] al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, GUUE 2009, C 45/7, § 62: "Se dalle prove emerge che i concorrenti dell'impresa dominante vendono pacchetti di prodotti identici, o che potrebbero farlo in modo tempestivo senza essere scoraggiati da eventuali costi aggiuntivi, la Commissione riterrà in linea di massima che in questo caso pacchetti di prodotti competano con altri pacchetti di prodotti; in tal caso non è necessario chiedersi se le entrate incrementali coprano i costi incrementali per ogni prodotto del pacchetto, ma piuttosto se il prezzo del pacchetto di prodotti nel loro insieme sia predatorio". In termini, cfr. Organismo dei regolatori europei, *Report on the Discussion on the application of margin squeeze tests to bundles*, ERG (09) 07, §35. Sul punto vedi anche TAR Lazio, sentenza 25.6.2012, n. 5769, § 9.4.3, per il quale quando "il confronto competitivo si è svolto sul complesso dei servizi oggetto di gara", "l'analisi di predatorietà [deve] essere svolta con riferimento al servizio integrato nel suo complesso ed ai prezzi complessivi che essa aveva presentato in gara" (TAR Lazio, sentenza 25.6.2012, n. 5769, § 9.4.3), confermata in appello con sentenza n. 2302/2014.

stabilendo che, per “*le offerte in ambito di [...] ‘gara’*”, “*l’esecuzione del test sarà condotta valutando l’offerta nel suo complesso*” (all. 1, sez. 2.4).

(iii) la previsione di un’indagine ulteriore e più approfondita che non si fermi alla mera applicazione di formule matematiche ed effettui “*ulteriori valutazioni*” allo scopo di assicurare che il risultato finale dell’analisi rifletta accuratamente la “*situazione competitiva del mercato di riferimento*” e le effettive possibilità degli OLO (Linee Guida, § 2).

4.4. I risvolti della convergenza da un punto di vista operativo

Il descritto progressivo allineamento tra i test di prezzo (*antitrust* e regolamentari) e la particolare estensione e pervasività del controllo preventivo compiuto dall’AgCom su tutte le offerte e/o promozioni al dettaglio dell’operatore SMP sono di particolare rilevanza ai fini della presente analisi poiché suggeriscono un necessario allineamento applicativo che invece non è dato ancora riscontrare nella pratica, come testimoniano i ripetuti interventi della Commissione e dell’AGCM per sanzionare abusive compressione dei margini (v. cap. 3).

L’esistenza di un controllo preventivo non elimina le possibilità di abuso da parte *dell’incumbent*, tanto più che le autorità *antitrust* ricostruiscono il *margin squeeze* come “*abuso di relazione*” e guardano alla semplice differenza tra prezzi all’ingrosso e prezzi al dettaglio. La stessa AgCom precisa che “*le attività di verifica – e gli stessi strumenti utilizzati – da parte delle due Autorità (di regolamentazione, di tutela della concorrenza) rispondono a finalità distinte, come in generale accade ad istituzioni che operano ex ante (l’Autorità di regolamentazione) o ex post (l’Autorità antitrust) sempre con l’obiettivo di garantire una effettiva competizione nel mercato*”¹⁹⁵.

Tuttavia, minori dovrebbero essere le occasioni di abuso da parte dell’*incumbent* e più caute le valutazioni delle ANC. Soprattutto, uguali dovrebbero essere gli strumenti di indagine da adottare.

¹⁹⁵ Delibera n. 499/10/CONS, § 29.

L'esigenza di cautela nasce dal fatto che i test di prezzo, pur costruiti in termini matematici, celano un'intrinseca natura opinabile. Come ben evidenziato dal Consiglio di Stato *“se e quando si afferma che bisogna avere riguardo non ai costi di un qualsivoglia OLO, bensì di un OLO efficiente, - perché l'obiettivo è un mercato concorrenziale ed efficiente, con infrastrutture moderne, che garantiscano qualità e contenimento dei costi - si esprime un giudizio di valore, se non addirittura politico”*¹⁹⁶.

Per di più, un *enforcement* troppo invasivo (sia ex ante, sia ex post) rischia di ottenere un risultato opposto a quello considerato: oltre a impedire o comunque ingessare la concorrenza a danno delle offerte promozionali dell'operatore dominante, si valutano negativamente offerte caratterizzate da particolare convenienza economica a danno degli stessi consumatori che si vorrebbe tutelare, senza la certezza che essa serva a tutelare la competitività del mercato e non piuttosto le inefficienze dei concorrenti.

I rischi qui evocati diventano ancora più gravidi di conseguenze, in termini di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento, nel caso in cui le valutazioni del regolatore e delle autorità di concorrenza divergano, come purtroppo sovente succede nella pratica (vedi cap. 3).

Decisive in tal senso diventano allora maggiori e auspicabili convergenze applicative. È evidente infatti che l'incertezza possa essere se non superata, quantomeno mitigata, dall'utilizzo dello stesso test di prezzo e della stessa quantificazione dei costi da parte delle due autorità, come suggerito dalla stessa giurisprudenza amministrativa secondo cui: (i) *“dovendo il mercato essere normato da regole certe e conoscibili ex ante, a tali tests di prezzo deve, di regola, attenersi anche l'AGCM, quando accerta se è stato o meno commesso un abuso di posizione dominante mediante offerta non replicabile”* e (ii) *“stante l'intrinseco margine di opinabilità dei tests di prezzo, quelli dell'AGCom non*

¹⁹⁶ Consiglio di Stato, sentenza n. 1271/2006.

possono essere sostituiti, a meno che non se ne dimostri la erroneità, illogicità, irragionevolezza”¹⁹⁷.

Infine, utili risultano – come elemento di riscontro – indagini empiriche ad esempio sul livello dei prezzi praticati in condizioni simili dagli OLO (ovviamente nei casi in cui gli stessi fossero inferiori alla soglia di replicabilità individuata mediante il test dall’AgCom e potessero, quindi, dimostrare la legittimità delle condizioni economiche praticate da Telecom). Infatti, *“i valori direttamente osservati sul mercato assumono – come è evidente – una capacità euristica superiore rispetto alle proxy, che si ottengono mediante l’applicazione di test che si riferiscono ad operatori ipotetici (operatore efficiente)”* (Nota AgCom in data 31.7.2008, prot. 0049492; v. anche Delibera n. 671/10/CONS)¹⁹⁸.

Sul punto si registrano tuttavia sconcertanti disallineamenti forieri di grave incertezza applicativa: mentre l’AgCom infatti tende a utilizzare tali riscontri, l’AGCM li ignora sistematicamente, come ha dimostrato nel recente caso A428, nel quale ha considerato irrilevante la circostanza che gli OLO offrivano negli anni di riferimento prezzi molto inferiori alle soglie di replicabilità individuate nel provvedimento.

5. Asimmetrie tariffarie e servizi di terminazione

Un terzo profilo foriero di contrasti tra l’approccio concorrenziale e la prassi regolamentare è rappresentato dalle asimmetrie tariffarie nei servizi di interconnessione.

¹⁹⁷ Così la sentenza del Consiglio di Stato n. 1271/2006, con riferimento al caso A351, in replica all’argomento di Telecom che auspicava l’utilizzo in sede antitrust di un test di prezzo diverso da quello regolamentare. Al riguardo va osservato tuttavia che nel caso A428 Telecom ha auspicato l’utilizzo dei test di prezzo regolamentari di cui alla Delibera n. 499/10/CONS e l’AGCM ha invece utilizzato un suo test di prezzo diverso e incompatibile con quello regolamentare senza preoccuparsi di argomentare l’erroneità, illogicità e irragionevolezza di quelli regolamentari.

¹⁹⁸ A tale riguardo, la Delibera n. 499/10/CONS precisa che il benchmark è *“uno strumento aggiuntivo”* che *“può assumere un valore significativo in alcune circostanze”* (par. A.60). Esso, in sostanza, si deve accompagnare al risultato dei test di prezzo, senza poterne prescindere.

Dopo i prezzi eccessivi e i prezzi troppo bassi, nel caso di specie si tratta di capire le possibili giustificazioni per l'imposizione e il mantenimento di una differenza tariffaria nel servizio di interconnessione delle reti. Il problema si pone nella pratica soprattutto per i servizi di terminazione.

La terminazione è un servizio di interconnessione¹⁹⁹, che gli operatori di telefonia fissa forniscono per garantire il collegamento tra le rispettive reti e consentire così a ciascun utente telefonico di contattare qualsiasi altro utente.

In particolare, la terminazione è una prestazione resa dal gestore dell'utente chiamato, il quale riceve sulla propria rete la comunicazione originata dalla rete chiamante e la consegna (o "termina") presso l'utenza chiamata. Per ragioni logiche, tecniche ed economiche, *"l'unico operatore in grado di fornire i servizi di terminazione è quello sulla cui rete è attestata la numerazione geografica destinataria della chiamata"*²⁰⁰. Infatti, l'utente chiamante sceglie l'utenza da contattare e obbliga così il proprio gestore di riferimento ad acquistare il servizio di terminazione dall'operatore della rete su cui è attestata l'utenza chiamata.

Pertanto, tutti gli operatori telefonici detengono un monopolio (e sono dominanti) nel mercato dei servizi di terminazione sulla propria rete²⁰¹. Per questo servizio, in assenza di vincoli regolamentari, tutti i gestori potrebbero pretendere tariffe ingiustificatamente elevate. Le tariffe di terminazione sono materialmente versate dai gestori di riferimento delle utenze chiamanti e *"sono recuperate [da essi] alla fine applicando tariffe di chiamata più alte agli utenti finali"* (Raccomandazione, par. 3).

Quindi, tariffe di terminazione inefficienti ed elevate determinano un *"sostanziale trasferimento"* di risorse economiche tra i gestori e causano *"il*

¹⁹⁹ Per interconnessione si intende *"il collegamento fisico e logico delle reti pubbliche di comunicazione utilizzate dal medesimo operatore o da un altro per consentire agli utenti di un operatore di comunicare con gli utenti del medesimo o di un altro operatore, o di accedere ai servizi offerti da un altro operatore"* (art. 1, comma 1, lett. m, CCE).

²⁰⁰ Raccomandazione della Commissione europea in data 7.5.2009 *relativa alla regolamentazione delle tariffe di terminazione su reti fisse e mobili nella UE.*

²⁰¹ Cfr. sul punto Delibera n. 179/10/CONS, art. 3, comma 2.

permanere di prezzi alti [...] per i consumatori finali” (Raccomandazione sulla terminazione, par. 3). Esse sono, cioè, allo stesso tempo, nocive per la concorrenza e per gli interessi degli utenti. Per tale ragione, i servizi in questione sono soggetti a pervasiva regolamentazione tariffaria e oggetto di particolare controllo da parte della Commissione europea.

In applicazione dei principi pro-concorrenziali previsti dalla disciplina nazionale e europea delle comunicazioni elettroniche, l’AgCom avrebbe dovuto imporre obblighi tariffari simmetrici a tutti gli operatori.

Infatti, a norma dell’art. 8, paragrafo 4 e dell’art. 13, par. 2, della Direttiva Accesso e dell’art. 16, par. 4 della Direttiva Quadro, le ANR devono: (i) imporre obblighi che dipendono dal tipo di problema evidenziato e sono proporzionati e giustificati alla luce degli obiettivi dell’art. 8 della Direttiva Quadro; (ii) provvedere affinché il meccanismo di recupero dei costi prescelto serva a promuovere l’efficienza e la concorrenza sostenibile ed ottimizzi i vantaggi per i consumatori; (iii) imporre obblighi di regolamentazione appropriati a tutte le imprese che dispongono di un significativo potere di mercato.

Invece, disattendo l’approccio pro-concorrenziale, l’AgCom ha tradizionalmente utilizzato le tariffe di terminazione come strumento asimmetrico di incentivazione all’ingresso nel mercato, consentendo agli OLO di recuperare i costi iniziali di accesso mediante l’imposizione di tariffe diverse (e più vantaggiose). Essa ha poi mantenuto con diversa motivazione tale regime asimmetrico per oltre 10 anni, anche oltre il giustificabile periodo iniziale.

Il caso merita di essere studiato *funditus*, perché l’AgCom ha utilizzato uno strumento di correzione del potere di mercato che, oltre ad essere in contrasto con l’approccio pro-concorrenziale, risulta improprio e controproducente se prolungato a tempo indeterminato in un contesto di mercato competitivo, finendo paradossalmente per determinare una distorsione concorrenziale a vantaggio degli OLO e a danno degli stessi utenti²⁰².

²⁰² Sugli effetti delle tariffe asimmetriche cfr. HURKENS-LOPEZ, *The Welfare Effects Of Mobile Termination Rate Regulation In Asymmetric Oligopolies: The Case Of Spain*, 2011, i quali sostengono che l’asimmetria tariffaria, sebbene positiva per le

Invero, secondo stime dell'*incumbent*, a causa dell'asimmetria tariffaria, nel solo periodo 2007–2011 Telecom ha versato agli OLO €500 milioni in più²⁰³.

Oltre a imporre a Telecom il pagamento di un siffatto sussidio a vantaggio degli OLO, il mantenimento di tariffe ingiustificatamente elevate per la terminazione sulle loro reti ha comportato prezzi più alti anche per gli utenti.

5.1. La prima fase: l'imposizione di tariffe asimmetriche

a. Originariamente, le tariffe di terminazione degli OLO non erano regolamentate, e *“il valore di riferimento riconosciuto all'operatore alternativo per la quota di terminazione [era] pari a quello di Telecom Italia in virtù dei cosiddetti accordi di 'reciprocità'”* (Delibera n. 11/03/CIR, par. D).

Nel 2003, esaminando una richiesta degli OLO di differenziare le proprie tariffe di terminazione (i.e., di introdurre l'asimmetria), l'AgCom *“aveva osservato che ‘la fissazione di tariffe di interconnessione non reciproche può contribuire ad eliminare eventuali residui vantaggi da integrazione verticale che l'operatore dominante può utilizzare’”* (idem).

Infatti, *“nel caso di operatori nuovi entranti nel mercato dell'accesso alla rete fissa, gli elevati oneri di infrastrutturazione sono stati più volte evidenziati”* (anche se comunque l'AgCom rilevava che *“tali maggiori oneri sono destinati a ridursi quando l'operatore nuovo entrante riesca a guadagnare quote di mercato rilevanti e tali da consentire la fruizione di economie di scala”*; idem).

Quindi, *“l'Autorità [aveva] rit[enuto] opportuno che gli operatori alternativi, operanti nel mercato dell'accesso, possano richiedere la ridefinizione dei prezzi di terminazione sulle proprie reti, tenendo in considerazione anche gli*

imprese minori, comporti complessivamente un minor benessere collettivo. Contra v. DEFFAINS-BENZONI, *Market homogenization or regulatory harmonization? The welfare cost of a European mobile market without the later-entrant operators*, in *The Journal of Regulation*, 2012, ritengono che le tariffe asimmetriche - consentendo la sopravvivenza delle imprese minori - siano invece positive.

²⁰³ Queste stime sono state fornite da Telecom Italia nel corso della consultazione pubblica che ha preceduto l'adozione delle tariffe di terminazione su rete OLO per l'anno 2012.

investimenti necessari alla realizzazione di infrastrutture della rete di accesso” (idem).

In una primissima fase iniziale, le asimmetrie tariffarie rispondevano pertanto a preoccupazioni di carattere equitativo ed erano volte a riequilibrare la situazione di asimmetria di fatto tra gli OLO e *l’incumbent*.

Il Consiglio di Stato, pur reputando legittima la scelta dell’asimmetria tariffaria in ragione della descritta esigenza equitativa, ha significativamente puntualizzato che essa “*deve essere accompagnata da adeguati criteri di ragionevolezza e proporzionalità e da limiti temporali certi*”, in quanto “*il prevedibile aumento di quote di mercato di tali [OLO] doveva indurre l’Autorità a fissare un percorso regolatorio temporalmente certo e delimitato*” poiché “*i maggiori oneri sostenuti dagli operatori alternativi sono destinati a ridursi quando l’operatore riesce a guadagnare quote di mercato rilevanti*”²⁰⁴.

b. Tali criteri e limiti, assenti nella Delibera n. 11/03/CIR, sono stati previsti con la successiva Delibera n. 417/06/CONS, adottata dall’AgCom all’esito della prima analisi di mercato.

In particolare, con la Delibera n. 417/06/CONS, l’AgCom aveva analizzato la situazione competitiva dei servizi all’ingrosso di raccolta e terminazione delle chiamate di rete fissa, individuando (i) Telecom quale unico operatore dominante nel mercato dei servizi di raccolta, e (ii) Telecom e gli OLO come operatori dominanti individualmente nei rispettivi mercati dei servizi di terminazione sulla propria rete (delibera n. 417/06/CONS, art. 2, commi 7-8); in quella stessa occasione erano stati imposti rimedi regolamentari solo a Telecom con riferimento ai servizi di raccolta, a tutti gli operatori telefonici (compresa Telecom) con riguardo ai servizi di terminazione.

Per quanto qui più rileva, l’Agcom aveva imposto a Telecom l’obbligo di orientare al costo i prezzi dei servizi di raccolta e terminazione, in base al meccanismo di *network cap* (art. 9, Delibera n. 417/06/CONS). Con riferimento agli OLO, la delibera n. 417/06/CONS aveva, invece, imposto un obbligo di

²⁰⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 4888/2007.

controllo dei prezzi per i soli servizi di terminazione, richiedendo agli OLO il rispetto di “*criteri di equità e ragionevolezza*” ed una diminuzione pluriennale dei prezzi praticati (art. 40). Il sistema di progressiva diminuzione delle tariffe aveva quindi come fine ultimo l’allineamento tra i prezzi effettivamente pagati dagli OLO e da Telecom per la terminazione delle chiamate sulle rispettive reti.

Lo schema destinato ad essere approvato con la Delibera n. 417/06 veniva sottoposto al vaglio della Commissione, la quale, già nel 2006, osservava che “*qualora una Autorità di regolamentazione intenda imporre rimedi diversi in capo ad operatori differenti [...] tale trattamento differenziato deve essere adeguatamente motivato*”²⁰⁵; fin dal 2006 la Commissione aveva dunque affermato il principio secondo cui l’asimmetria delle tariffe costituiva comunque un’eccezione, dovendo in ogni caso essere fondata su una valida motivazione. Conseguentemente la Commissione invitava l’Agcom a definire un “*preciso percorso regolamentare (glide path)*” ed a “*sviluppare un modello di costi per il calcolo del valore di terminazione degli operatori alternativi che, basato sui costi, tenga in considerazione la necessità degli stessi di divenire efficienti nel tempo*”.

L’invito della Commissione alla “*efficienza delle reti degli OLO*” muoveva dall’ovvio presupposto che la “*raggiunta efficienza*” delle reti degli OLO avrebbe dovuto significare efficienza delle reti stesse almeno pari (se non superiore) a quella *dell’incumbent*. Con la conseguenza che gli OLO non avrebbero dovuto essere “*penalizzati*” né “*avvantaggiati*” dalle loro scelte architettureali²⁰⁶.

c. A tal fine, l’Agcom con la Delibera n. 251/08/CONS definiva il Modello contabile relativo ai costi di terminazione di un “*OLO efficiente*”, il quale prescindere dalla situazione reale degli OLO, per ipotizzare le soluzioni

²⁰⁵ V. lettera della Commissione in data 24.5.2016, prot. SG-Grefe (2006) D/202771) indirizzata all’AgCom.

²⁰⁶ Se ad esempio gli OLO avessero, per una scelta di efficienza, deciso di raccogliere le chiamate di Telecom su un solo livello d’interconnessione, a prescindere dall’effettivo sviluppo delle loro reti, ciò non avrebbe potuto comportare per essi né un vantaggio né un danno rispetto ai prezzi della rete di Telecom

infrastrutturali e i costi propri di un OLO idealmente efficiente (Delibera n. 251/08/Cons, par. 5.1).

Sulla base di tale Modello e sul presupposto che gli OLO avessero ormai recuperato i costi di ingresso nel mercato²⁰⁷, l'Agcom stabiliva che, a partire dall'1.7.2010, la tariffa di terminazione di tutti gli operatori (sia OLO, che Telecom) “*dovrà essere simmetrico a quello stabilito per gli operatori alternativi notificati*” (Delibera n. 251/08/CONS, art. 2).

Veniva così recepito, quantomeno a livello di principio, l'unanime insegnamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui “*ritenere che gli operatori alternativi debbano essere sempre e costantemente ‘aiutati’ a rimanere nel mercato*” è un “*errore di fondo*” perché le misure asimmetriche devono essere “*temporanee*”, senza tradursi in un beneficio “*a regime*” per gli OLO. Pertanto, “*l'asimmetria dei prezzi, proprio perché volta ad agevolare l'ingresso nel mercato di nuovi operatori, è uno strumento fisiologicamente destinato ad avere una durata limitata nel tempo e deve essere giustificata da investimenti infrastrutturali*”²⁰⁸.

D'altronde, un prezzo di interconnessione simmetrico, più basso ed efficiente risulta comunque vantaggioso per gli OLO, rispetto a una tariffa simmetrica più elevata. Infatti, a causa dell'incidenza di numerosi fattori (quote di mercato, composizione dei servizi di accesso offerti e composizione del traffico) gli OLO acquistano generalmente più servizi di terminazione di quanti ne vendono e quindi la tariffa di terminazione “*unica*” ed efficiente non tornerebbe soltanto a vantaggio dei consumatori (obiettivo principale delle norme regolamentari di settore e della concorrenza), ma anche a vantaggio degli stessi

²⁰⁷ Come si legge nella Delibera 251/08/CONS, l'asimmetria attribuisce agli OLO un sussidio posto a carico di Telecom, per “*consentire*” loro “*di recuperare i cosiddetti costi della concorrenza*”, ossia i costi di accesso al mercato. Pertanto, anticipando il termine finale stabilito dalla Delibera 417/06/CONS, l'AgCom ha chiarito che un periodo di 4 anni di “*sovvenzionamento*” è più che congruo.

²⁰⁸ TAR Lazio, Sez. III-ter, sentenza in data 3.7.2009 n. 6440; in termini, v. anche ordinanza in data 11.10.2009, confermata in appello dal Consiglio di Stato, ordinanza in data 11.12.2009; sentenza in data 11.2.2011 n. 1336.

OLO, che pagando ed incassando una somma minore per fruire dei servizi di terminazione, avrebbero un minor sbilancio negativo rispetto ad una tariffa “*unica*” di importo più elevato. Pertanto, dotandosi di una struttura dei costi efficiente (ossia abbassando il livello gerarchico della terminazione in prossimità degli SGU di Telecom, ove conveniente), gli OLO riuscirebbero a massimizzare sia per i consumatori che per sè stessi i benefici derivanti dalla doverosa applicazione di tariffe simmetriche ed efficienti.

Identica soluzione – tariffa simmetrica per tutti gli operatori – è stata inoltre suggerita dalla Raccomandazione della Commissione in data 7.5.2009 sulla regolamentazione delle tariffe di terminazione su reti fisse e mobili nella UE (GUCE n. L 124/67 del 20.5.2009). Quest’ultima stabilisce espressamente che, *“nel fissare le tariffe di terminazione, ogni scostamento rispetto a un livello unico di costo efficiente deve essere dettato da differenze oggettive di costo che sfuggono al controllo degli operatori. Nelle reti fisse non è stata rilevata alcuna differenza oggettiva di costo che l’operatore non possa controllare. Nelle reti mobili un’assegnazione ineguale delle frequenze può essere considerata un fattore estrinseco che comporta differenze di costo unitario tra gli operatori”* (“*Considerato*” XIX). Quindi, perlomeno, con riferimento alle reti fisse l’asimmetria dovrebbe essere ingiustificata, mentre nelle reti mobili potrebbe essere giustificata solo da diverse dotazioni frequenziali (specie qualora il nuovo entrante abbia ricevuto bande di frequenza meno efficienti che richiedono una maggiore capillarità della rete).

Dunque è possibile in conclusione osservare che in questa prima fase (periodo 2003-2008), l’asimmetria tariffaria, pur rappresentando un’eccezione alle regole di concorrenza, rispondono a ragionevoli esigenze equitative e sono a ben vedere funzionali ad assicurare la risalita degli OLO nella *ladder of investment*.

5.2. La seconda fase: il prolungamento del regime tariffario asimmetrico su diverse basi

Modificando l'originaria impostazione e contravvenendo alle indicazioni europee, il regime di asimmetria tariffaria è stato successivamente prolungato anche per tutto il periodo di riferimento della seconda analisi di mercato (2009 – 2012), trovando differente giustificazione nel periodo in esame e causando gravissimi effetti distorsivi.

a. In particolare, la Delibera n. 179/10/CONS, concludendo il secondo ciclo di analisi dei mercati, ha confermato la posizione dominante: (i) di Telecom nei mercati della raccolta e della terminazione delle chiamate sulle reti telefoniche fisse e (ii) degli OLO soltanto in quest'ultimo mercato della terminazione.

In capo a Telecom sono stati confermati gli obblighi di controllo dei prezzi, di redazione della contabilità regolatoria e di pubblicazione di un'offerta di riferimento annuale (artt. 6, 9, 10-11); sono stati corrispondentemente confermati in capo agli OLO gli obblighi di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi con riferimento ai servizi di terminazione (*idem*, art. 24).

Dando seguito alla Raccomandazione sulla fissazione delle tariffe di terminazione, l'AgCom proponeva di definire nel corso del 2010 con un procedimento *ad hoc* un modello contabile *Bottom UP-Long Run Incremental Costs* ("BU-LRIC"), che, prescindendo dalla situazione dei singoli operatori, individuasse i livelli di costo di un operatore efficiente, cui parametrare i prezzi dei servizi di interconnessione (Delibera n. 179/10/CONS, parr. 195 e ss.).

Medio tempore, la Delibera fissava direttamente le tariffe di interconnessione di Telecom e degli OLO per l'anno 2010, ma nonostante la dichiarata necessità (riconosciuta sia a livello europeo, sia dalla stessa Agcom con le delibere precedenti) di garantire che tutti gli operatori applicassero tariffe identiche per i servizi di terminazione, la delibera prevedeva un sistema tariffario asimmetrico.

Più specificamente, per la terminazione su rete OLO (c.d. terminazione *reverse*) la delibera stabiliva un unico tetto tariffario del prezzo, che prescindeva

dal livello d'interconnessione; in sostanza, tutti gli OLO potevano applicare tale livello massimo e Telecom doveva pagarlo indipendentemente dal livello gerarchico della rete degli OLO su cui terminava il suo traffico. Quindi, se anche gli OLO avessero deciso di articolare l'interconnessione su due livelli, Telecom avrebbe versato detto prezzo a prescindere dal livello in cui avesse consegnato le sue chiamate.

Invece, con riferimento alla terminazione degli OLO su rete Telecom (c.d. diretta), la delibera imponeva due diversi tetti tariffari, in funzione del livello d'interconnessione scelto dagli OLO per la terminazione delle loro chiamate: per il livello più alto della rete (SGT) una tariffa identica a quella degli OLO; per il livello locale (SGU) una tariffa massima pari a circa la metà.

Senonché, poiché la quasi totalità del traffico originato dalle reti degli OLO terminava sulla rete Telecom a livello SGU, la delibera autorizzava di fatto gli OLO a pagare la tariffa più bassa; invece, Telecom avrebbe dovuto pagare agli OLO un prezzo pari quasi al doppio, a prescindere dal livello di interconnessione. Inoltre, per beneficiare ulteriormente del descritto regime asimmetrico, gli OLO hanno anche deciso di non utilizzare le stesse infrastrutture di rete che utilizzano per consegnare le chiamate, con i dovuti adeguamenti, anche per ricevere il traffico Telecom (c.d. terminazione *reverse*). Insomma, per sfruttare al massimo il nuovo regime asimmetrico basato sulle differenze infrastrutturali, gli OLO hanno iniziato a consegnare il traffico a livello più basso della rete di Telecom (così da pagare la tariffa più conveniente), ma hanno continuato a ricevere il traffico a livello più alto della rete (in modo da incamerare il sovrapprofitto determinato dalla doppia tariffa).

Per di più, tale asimmetria consentiva agli OLO anche di effettuare *comportamenti opportunistici*. In particolare, poiché essi raggiungevano con le loro reti gli SGU di Telecom, essi potevano agire da intermediari, ottenendo profitti insperati dalla rivendita di servizi di terminazione sulla rete di Telecom a prezzi inferiori; infatti, potendo essi acquistare l'interconnessione da Telecom a livello di SGU, essi erano in grado di rivenderla a prezzi maggiorati a tutti gli operatori interconnessi con la rete di Telecom soltanto a livello di SGT.

Ovviamente, questi ultimi preferivano acquistare da terzi l'interconnessione con Telecom a prezzi più bassi, consentendo così agli OLO intermediari di lucrare per ogni minuto di traffico terminato sulla rete di Telecom

Si spiega a questo punto agevolmente la pesante critica mossa dalla Commissione europea a questo nuovo modello tariffario, criticato nel suo stesso presupposto ingegneristico perché *“un numero più ridotto di punti di interconnessione degli operatori alternativi (rispetto a Telecom Italia) non dovrebbe determinare oneri di terminazione più elevati”*. Di qui il dubbio che *“il livello SGT sia tuttora rappresentativo dei costi di un operatore efficiente”* e l'invito a *“fissare tariffe di terminazione simmetriche orientate ai costi da applicare a tutti gli operatori”*²⁰⁹.

Previo sviluppo di un modello di costo *ad hoc*, la Delibera n. 179/10/CONS rinviava quindi a successivi provvedimenti attuativi il compito di stabilire tariffe conformi alla Raccomandazione da applicarsi negli anni 2011-2012 (art. 24, e parr. 195 ss.).

b. La Delibera n. 229/11/CONS è il primo di tali provvedimenti attuativi. Tuttavia, anziché definire il richiesto modello di costo, questa delibera ha ulteriormente prorogato il regime di asimmetria tariffaria per tutto il 2011, mantenendo l'applicazione delle medesime tariffe stabilite per il 2010 (parr. 32-41, V.7-V.18) e prevedendo l'applicazione della simmetria tariffaria sulla tradizionale rete in rame solo a partire dal 2012²¹⁰.

La proroga del regime asimmetrico, non più basata sull'esigenza di garantire agli OLO il recupero dei costi di ingresso nel mercato, è stata motivata dall'AgCom da nuove esigenze. In particolare, secondo l'AgCom:

(i) l'introduzione della simmetria tariffaria a livello locale dell'*incumbent* avrebbe determinato *“una significativa riduzione in un solo anno dei ricavi di*

²⁰⁹ V. lettera della Commissione in data 19.3.2010, prot. SG-Greffe (2010) D/3536 indirizzata all'AgCom.

²¹⁰ Ai sensi dell'art. 4, c. 1, *“dal 1 gennaio 2012, in relazione al servizio in tecnologia TDM di raccolta e transito distrettuale offerti da Telecom ed al servizio di terminazione su rete fissa offerto da tutti gli operatori notificati, la simmetria tariffaria per il servizio di terminazione in tecnologia TDM viene stabilito a livello SGU”*.

terminazione degli OAOs” con conseguente negativo impatto economico sulle risorse finanziarie degli operatori alternativi e necessità di prevedere un “*congruo periodo di tempo prima della sua adozione*”²¹¹;

(ii) il mantenimento dell’asimmetria per un solo ulteriore anno avrebbe fornito agli OLO uno “*stimolo ad adottare modelli di interconnessione effettivamente simmetrici rispetto a quelli di Telecom*” e, più in generale, ad incentivare tutti gli operatori ad accelerare la transizione verso l’interconnessione IP;

(iii) “*la piena simmetria tariffaria si dovrebbe raggiungere in presenza di un’effettiva simmetria architetturale*”²¹². Tuttavia, si ravvisano tuttora significative differenze tra l’architettura di rete di Telecom e quelle degli OAOs per la fornitura del servizio di terminazione, in quanto questi ultimi gestiscono il traffico attraverso una rete caratterizzata da un solo livello gerarchico speculare al livello SGT della rete di Telecom, a differenza di Telecom che è in grado di consegnare e ricevere il traffico a livello locale SGU.

(iv) a partire dal 2012, tutti gli operatori sarebbero migrati alla più moderna tecnologia IP, con conseguente de-regolamentazione delle ormai obsolete tariffe per la tradizionale tecnologia TDM e introduzione della tariffa simmetrica nell’innovativo servizio IP.

Anche in questo caso la Commissione europea ha aspramente criticato l’operato dell’AgCom, definendolo persino “*in contrasto*” con la Raccomandazione in quanto “*dà luogo a tariffe più elevate ed asimmetriche per gli OAOs nel 2011, che non rispecchiano i costi di un operatore efficiente*”²¹³. La Delibera n. 229/11/CONS rinviava quindi il raggiungimento della piena simmetria tariffaria all’anno 2012.

c. Sennonché, la simmetria tariffaria veniva successivamente prorogata anche per tutto il 2012 per effetto dell’accoglimento dei ricorsi degli OLO da

²¹¹ V. Delibera n. 229/11/CONS, par. V.10.

²¹² V. Delibera n. 229/11/CONS, par. V.12.

²¹³ V. lettera della Commissione in data 4.4.2011, prot. SG-Greffe (2011) D/5445) indirizzata all’AgCom.

parte del giudice amministrativo. Il tutto sulla base del principio secondo cui l'asimmetria tariffaria è funzione della simmetria architeturale.

In particolare, il Consiglio di Stato ha anzitutto ritenuto che le citate delibere AgCom avessero correttamente motivato la proroga del regime asimmetrico per gli anni 2010-2011, perché “*le reti di Telecom e degli altri operatori ‘sono di dimensione diversa e caratterizzate da una diversa struttura dei costi’*”, mentre la Raccomandazione europea, comunque non vincolante, subordinerebbe la simmetria tariffaria all’effettiva implementazione di un modello di costo di operatore efficiente. Pertanto, secondo il giudice di appello, data la diversità delle reti, era ingiustificato imporre agli OLO una tariffa di terminazione a livello locale, che rispecchiasse i costi di rete di Telecom e non necessariamente quelli degli OLO stessi²¹⁴.

Inoltre, il Consiglio di Stato ha successivamente esteso medesimo ragionamento anche per il 2012, osservando che il passaggio all’interconnessione IP era risultato nella prassi applicativa più lento del previsto²¹⁵. In particolare, secondo il giudice amministrativo sarebbe contraddittorio valorizzare la differenza delle reti di Telecom e degli OLO per mantenere l’asimmetria nel 2011 e, dall’altro ignorare tale persistente diversità infrastrutturale per imporre la simmetria tariffaria nel 2012.

In tal modo, entrambe le sentenze del Consiglio di Stato hanno censurato il regime regolamentare previgente, che allineava le tariffe degli OLO a quelle orientate ai costi di Telecom, imponendo agli OLO di adeguarsi ai medesimi costi dell’*incumbent*, anziché a quelli propri di un operatore efficiente. Evidentemente, ad avviso dei giudici in tali circostanze la diversità delle reti rappresentava un elemento rilevante ai fini della legittimità del regime regolamentare.

Lo stesso Consiglio di Stato indicava peraltro, come condizione propedeutica alla “*piena attuazione del sistema di ‘simmetria tariffaria’*”, in linea con quanto previsto dalla Delibera n. 179/10/CONS, la definizione di un “*Modello*

²¹⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 2802/2012.

²¹⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n.932/2013.

di costi orientato all'operatore efficiente”, idoneo a “*contemper[are] il diritto degli operatori alternativi a veder riconosciuti i costi sostenuti con l'esigenza della realizzazione di massima efficienza nella fornitura del servizio*”. Soltanto quel modello avrebbe consentito di fare riferimento ai costi di rete efficienti che, come tali, non erano relativi ad alcun gestore. Ispirandosi a una rete ideale, quel modello avrebbe per definizione reso irrilevante l'attuale diversità architeturale.

L'AgCom ha effettivamente adottato tale modello con la Delibera n. 92/12/CONS, applicando le relative tariffe a Telecom. Tuttavia, dovendosi adeguare al *dictum* del giudice, decideva con Delibera n. 187/13/CONS di prorogare l'asimmetria tariffaria a vantaggio degli OLO, mediante il meccanismo del doppio livello tariffario SGU e SGT, anche per il 2012, nonostante le ripetute osservazioni della Commissione secondo cui “*ogni scostamento rispetto a un livello unico di costo efficiente deve essere dettato da differenze oggettive di costo che sfuggono al controllo degli operatori*” e “*nelle reti fisse non è stata rilevata alcuna differenza oggettiva di costo che l'operatore non possa controllare*” (Raccomandazione, par. 16)²¹⁶.

Sicché nel caso di specie ha prevalso la necessità di conformare l'attività amministrativa al giudicato amministrativo piuttosto che alle indicazioni, pur non vincolanti, derivanti dal diritto europeo²¹⁷.

²¹⁶ Proprio con riferimento ai servizi di terminazione, identiche tensioni tra giudicato nazionale e applicazione del diritto europeo si sono verificate in Olanda. In quel caso, la Commissione europea, con Raccomandazione in data 13.6.2013 n. C(2012)3770 indirizzata all'ANR olandese, ha confermato che tariffe di terminazione in violazione della Raccomandazione pregiudicano effettivamente il mercato interno (parr. 38-39).

²¹⁷ Il TAR Lazio, con sentenza n. 5666/2014, ha respinto il ricorso sul punto di Telecom evidenziando che: (i) la Raccomandazione ha carattere non vincolante e comunque individua al 31.12.2012 il termine ultimo per l'introduzione del regime simmetrico; (ii) le tariffe, pur non simmetriche, sono state oggetto di efficientamento. In particolare, “*la riduzione della tariffa da 0,57 a 0,361 rappresenta un ragionevole punto di equilibrio rispetto alle diverse istanze e alla situazione di fondo oggettiva su cui è chiamata ad intervenire l'Autorità di settore con la sua discrezionalità*”

5.3. Il passaggio alla simmetria tariffaria

Si giunge così all'ultima fase di sviluppo della regolamentazione, che ha visto un ulteriore ritardo nel raggiungimento dell'effettiva simmetria tariffaria.

La Delibera n. 668/13/CONS ha stabilito infatti la tariffa massima applicabile per i servizi di terminazione su rete fissa nel triennio 2013-2015. Questa tariffa rappresenta il prezzo massimo applicabile da tutti i gestori. Ancora una volta l'AgCom ha ulteriormente prorogato il regime asimmetrico fino al 30.6.2013.

Secondo la delibera, *“il processo della migrazione dalla tecnologia TDM a quella IP è avvenuto più lentamente di quanto precedentemente ipotizzato”*, per cui *“a fine dicembre 2012 la percentuale di traffico d'interconnessione IP si è attestata su un valore molto basso”* (par. 117). L'AgCom ha quindi ritenuto *“opportuno stabilire un percorso di riduzione delle tariffe [...] tenendo comunque conto delle tempistiche necessarie per il passaggio alla nuova tecnologia”* (par. 118).

In particolare, sulla base di un percorso di riduzione graduale, l'AgCom ha ritenuto appropriato fissare al 2015 il raggiungimento del prezzo efficiente determinato dal modello per la terminazione in tecnologia IP. Per gli anni 2013-2014 la Delibera considera sia i risultati di tale modello sia le tariffe dei servizi in tecnologia TDM, *“attraverso una media ponderata in cui i pesi percentuali di traffico IP (TDM) sono pari al 33% (67%) ed al 66% (34%) rispettivamente per gli anni 2013 e 2014”*. In questo modo, *“si tiene conto sia del costo minutario per offrire il servizio in tecnologia IP sia del costo minutario per offrire il servizio in tecnologia TDM, indipendentemente dal livello di interconnessione”* (119).

La Delibera specifica che questo graduale percorso di avvicinamento alla tariffa efficiente in tecnologia IP inizia il 1.7.2013 *“al fine di limitare l'eventuale periodo di applicazione retroattiva delle tariffe dei servizi d'interconnessione”*.

Invece, per il periodo 1.1. 2013 – 30.6.2013, la Delibera *“conferma le tariffe del 2012”*, al fine di *“fornire certezza regolamentare agli operatori del settore”*. Quindi, Telecom deve praticare i prezzi stabiliti dall'articolo 2, comma

1, della Delibera n. 92/12/CONS, mentre gli operatori alternativi devono offrire il prezzo riportato all'art. 1, Delibera n. 187/13/CONS. Ciò sul presupposto che, con riferimento al primo semestre 2013, “*non [sono] intervenute modifiche rispetto a quanto stabilito con le delibere nn. 92/12/CIR e 187/13/CONS*” (par. 124).

In questo modo, la Delibera introduce la simmetria tariffaria solo a partire dal 1.6.2013, ma perpetua una asimmetria di fatto a vantaggio degli OLO anche per il primo semestre 2013²¹⁸.

5.4. Considerazioni conclusive sul tema delle asimmetrie tariffarie

Il lungo e accidentato percorso che ha condotto alla simmetria tariffaria nei servizi di terminazione su rete fissa consente di evidenziare l'esistenza di un difficile rapporto tra regolamentazione e concorrenza anche all'interno della stessa attività regolamentare in virtù della pluralità degli obiettivi di quest'ultima. Di qui un possibile disallineamento tra analisi concorrenziale e obblighi correttivi imposti dalle ANR, come nel caso delle asimmetrie tariffarie nei servizi di terminazione.

Questo disallineamento, fisiologico se si considera la necessità di bilanciare obiettivi tra loro conflittuali e equi-ordinati, deve essere tuttavia contenuto entro precisi limiti per non essere in contrasto con il quadro normativo nazionale e europeo di riferimento.

Questo significa, anzitutto, che qualsiasi differenziazione dei rimedi imposti agli operatori SPM deve essere adeguatamente e obiettivamente giustificata tenendo in particolare conto le osservazioni della Commissione²¹⁹, la

²¹⁸ Infatti, mentre Telecom pagherà sempre una tariffa pari a 0,361 €cent, gli OLO avranno a disposizione due tariffe: 0,361 €cent (per la terminazione a livello distrettuale; SGT) e 0,272 €cent (per la terminazione a livello locale; SGU). Sfruttando questa asimmetria, gli OLO pagano a Telecom sempre la più bassa tariffa a livello locale.

²¹⁹ La Commissione, pur riconoscendo alle ANR una certa discrezionalità nell'aggiornare e modificare le misure correttive nel controllo dei prezzi per regolare i canoni di interconnessione, ha ripetutamente sottolineato che “*qualsiasi metodologia deve essere debitamente giustificata, onde dimostrare la compatibilità con gli obiettivi politici e con i principi regolamentari del quadro normativo*”. Cfr. da ultimo lettera di seri dubbi indirizzata all'AgCom in data 12.8.2013, relativa ai casi IT/2013/148-1490.

quale, con riferimento ai servizi di terminazione, ha ritenuto che l'asimmetria concessa ai nuovi entranti fosse troppo prolungata e potesse essere giustificata solo per un periodo limitato dalla loro entrata nel mercato a pena di non incentivare questi ultimi verso l'efficienza²²⁰.

La giustificazione deve inoltre essere coerente con l'obiettivo ultimo della promozione dell'efficienza e della concorrenza sostenibile e in ultima istanza dell'ottimizzazione dei vantaggi per i consumatori²²¹. Per tornare al caso analizzato, appare quindi coerente con l'obiettivo imporre – nella fase iniziale di ingresso e consolidamento nel mercato – per un periodo temporalmente certo e circoscritto, obblighi tariffari asimmetrici per consentire agli OLO di recuperare i cd. “*costi della concorrenza*”²²². Non lo è invece prolungare tale regime a tempo indeterminato sulla base di inevitabili differenze infrastrutturali tra *incumbent* e OLO, trasformando l'eccezione in regola²²³ e finendo così per creare una forma di sussidio pubblico con effetti distorsivi del mercato, a danno degli stessi consumatori, come ripetutamente e invano evidenziato dalla stessa Commissione.

Di qui la necessità anche di garantire trasparenza stabilità e certezza regolamentare²²⁴ ma anche effettività della tutela giurisdizionale come valvola di

²²⁰ Lettere della Commissione europea all'AgCom in data 7.11.2008, prot. SG-Greffe(2008)D/206734, caso IT/2008/0802; e in data 9.4.2008, prot. SG-Greffe(2008)D/201705. La Commissione è poi tornata sulla questione da ultimo con la lettera in data 4.4.2011, prot. SG-Greffe(2011)D/5445, come integrata dal *Corrigendum*, prot. SG-Greffe(2011)D/7031. V. anche più recentemente le lettere inviate dalla Commissione europea all'ANR ungherese in data 20.6.2011, prot. SG-Greffe (2011)10056, caso HU/2011/1225; all'ANR cipriota in data 31.1.2011, prot. SG-Greffe (2011) D/1660, casi CY/2011/1169-1170-1171; e all'ANR tedesca in data 16.9.2011, prot. SG-Greffe (2011) D/15146, caso DE/2011/1243.

²²¹ Cfr. art. 8, par. 4 e art. 13, paragrafi 1 e 2, della Direttiva Accesso.

²²² Invero, anche la concorrenza comporta alcuni costi non trascurabili e lo sviluppo della concorrenza, tanto più ci si avvicina a condizioni di efficienza dinamica, potrebbe allontanare il raggiungimento dell'efficienza statica.

²²³ TAR Lazio, Sez. III-ter, sentenza in data 25.6.2009 n. 6442; Consiglio di Stato, Sez. VI, decisione in data 21.9.2007 n. 4887. V. anche TAR Lazio, Sez. III-ter, sentenza in data 11.2.2011 n. 1336.

²²⁴ Ai sensi dell'art. 8, paragrafo 5, lettera a) Direttiva Quadro, le ANR devono promuovere la prevedibilità regolamentare, garantendo un approccio regolatore coerente nell'arco di opportuni periodi di revisione. Il principio di trasparenza è inoltre stabilito dall'art. 3, par. 3, della Direttiva Quadro.

sfogo del sistema²²⁵. Il che significa che il giudice deve poter mettere in discussione, pur nell'ambito di un giudizio di legittimità, le scelte del regolatore, soprattutto sotto il profilo della coerenza delle motivazioni, ma deve altresì lasciare ampio margine conformativo alla successiva riedizione del potere da parte delle ANR²²⁶, se non altro perché esse sono le uniche titolari delle competenze tecniche necessarie per adempiere al compito istituzionale cui sono preposte e la sede procedimentale è la più indicata per consentire la necessaria partecipazione di tutti gli interessati, oltre che della Commissione europea.

6. La regolamentazione pro-concorrenziale dell'accesso

Merita infine di essere analizzata la disciplina settoriale che garantisce l'accesso alla rete perché essa palesa una perfetta coincidenza con il diritto della concorrenza quanto a presupposti dell'intervento (essenzialità e non replicabilità dell'infrastruttura), metodologie utilizzate (obbligo di fornitura) e finalità perseguite (porre rimedio all'asimmetria infrastrutturale tra *incumbent* e altri operatori e assicurare la concorrenza sui servizi)²²⁷. Il tutto accompagnato da un presidio sanzionatorio con funzione repressiva attivabile dalla stesso regolatore.

Tale coincidenza è di particolare rilevanza ai fini della presente analisi perché rende quantomeno problematico il successivo intervento sanzionatorio *antitrust* in assenza di una precisa dimostrazione delle carenze dell'intervento regolamentare.

²²⁵ Cfr. sul punto F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Amm.* 2/2002, pp. 181 ss. e IDEM, "La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio", in *Dir. Amm.* 4/2002, p. 528 ss.

²²⁶ Come ben detto dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 1856/2013, "il controllo sulla correttezza del modello economico in concreto applicato dall'AgCom sul piano regolatorio non mira, in alcun modo, a sostituire la valutazione del giudice a quella della competente Autorità, ma solo a verificare se tale modello, una volta adottato, sia stato coerente nei suoi sviluppi proprio alla luce delle finalità che la scelta regolatoria, nel suo complesso, mira a perseguire".

²²⁷ In generale, sugli aspetti regolatori dell'accesso alla rete, si veda G. TELESE, *La liberalizzazione dei servizi pubblici a rete in ambito comunitario e la disciplina del diritto di accesso alle infrastrutture: aspetti generali*, in L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI, (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001, 169.

Se infatti la regolamentazione prevede una dettagliata disciplina dell'accesso con finalità pro-concorrenziali e un completo apparato sanzionatorio volto proprio a garantire il rispetto del principio di non discriminazione interno e esterno, è evidente che, da un lato, più difficilmente sarà possibile rinvenire nelle condotte scrutinate “*comportamenti autonomi*” delle imprese atti a ostacolare restringere o falsare la concorrenza e quindi sindacabili sotto il profilo *antitrust*²²⁸; dall'altro, occorrerà dimostrare una sorta di “*fallimento dell'ordinamento settoriale*” nel perseguire i suddetti obiettivi, adottando peraltro criteri di giudizio e strumenti di indagine simili e almeno coordinati con quelli adottati dal regolatore, pena una patente duplicazione dell'intervento repressivo e una altrettanto palese violazione dei principi di efficienza e buon andamento della PA (art. 97) coerenza dell'ordinamento e certezza del diritto.

Torneremo su questo punto in dettaglio nel prossimo capitolo.

Qui è sufficiente dimostrare la dedotta coincidenza di presupposti, strumenti e finalità dell'intervento regolamentare.

6.1. I presupposti dell'intervento regolamentare

Come evidenziato dall'AgCom in tutte le analisi di mercato relative ai servizi di accesso all'ingrosso²²⁹, la rete di accesso ha natura di infrastruttura essenziale²³⁰ al fine della fornitura dei servizi a valle ed è una rete chiusa di

²²⁸ Cfr. Decisione della Commissione europea del 21.5.2003, Comp/37.451, 37.578, 37.579, *Deutsche Telekom*; nella medesima direzione muovono anche le decisioni del 4.7.2007, caso COMP/38.784, *Telefonica*, parr. 665, ss e del 22.6.2011, caso COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska*, parr. 119 ss.

²²⁹ Cfr. in particolare Delibere nn. 4/06/CONS, 314/09/CONS e 238/13/CONS, quest'ultima ancora in fase di consultazione pubblica.

²³⁰ Il tema delle infrastrutture essenziali è stato indagato a fondo dalla dottrina, si vedano: G. CERVIGNI, *L'intervento pubblico nelle essential facility: aspetti teorici e analisi istituzionale*, in *Concorrenza e Mercato*, 1998, p. 295 ss.; L. TOFFOLETTI, *La nozione di essential facility*, *ibidem*, p. 329 ss.; J. BERTI, *Le essential facilities nel diritto della concorrenza comunitario*, *ibidem*, p. 355 ss.; G. GUGLIEMMETTI, “*Essential Facilities*” nelle decisioni dell'Autorità garante, *ibidem*, p. 389 ss.; L. VASQUES, *Essential facilities doctrine: dalla giurisprudenza statunitense alle norme comunitarie e nazionali sull'abuso di posizione dominante: spunti problematici*, *ibidem*, p. 407 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Le scelte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato tra*

proprietà dell'*incumbent*, economicamente non replicabile quantomeno nella sua parte terminale. Per stabilirvi la concorrenza è pertanto indispensabile preliminarmente aprirla a coloro che sulla rete vogliono offrire determinati servizi.

La Direttiva Accesso e il Capo III del CCE fissano appunto le regole dell'apertura della rete. Poiché il presupposto della rete aperta è la separazione tra titolarità della rete, gestione della rete e erogazione dei servizi²³¹, il regolatore è tenuto ad indurre tale separazione (funzionale o strutturale) e a intervenire nel caso in cui tale separazione non sia rispettata. Intervenuta la separazione, al regolatore è attribuito il compito di individuare i servizi che *l'incumbent* dovrà offrire sulla rete, estendo agli altri operatori condizioni simili a quelle di cui esso gode²³².

L'attuale disciplina muove dal principio della libertà degli operatori di negoziare tra di loro accordi in materia di accesso e interconnessione, nel rispetto ovviamente della legge ed in particolare delle norme *antitrust*²³³.

Ciò tuttavia non assicura ancora l'esito positivo del negoziato: non esclude cioè che l'accordo possa non essere perfezionato²³⁴. Infatti, "*in un mercato*

tecnica e politica: il caso delle essential facilities, ibidem, p. 449 ss. Nell'ambito della vasta letteratura in materia di infrastrutture essenziali, si indica, per la completezza dell'analisi M. SIRAGUSA, M. BERETTA, *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1999, p.260.

²³¹ S.C. LITTLECHILD, *Privatisation, competition and regulation*, London, 2002.

²³² L'obbligo di *unbundling* o di separazione verte sulla necessità di garantire la concorrenza, spingendo le imprese monopoliste ad evitare comportamenti anticoncorrenziali. Le reti, in quanto tali, sono beni a destinazione pubblica, soggette a deroghe rispetto al regime di proprietà privata, con conseguenze negative sulla libertà di iniziativa economica delle imprese verticalmente integrate. H. CAROLI CASAVOLI, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2001, pagg. 429 ss.. M RENNA, *I beni a destinazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2003; F. CINTIOLI, *Reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Giuffrè, 2008, pagg. 143 ss. Una rassegna delle scelte di politica pubblica sul tema è contenuta in OCSE, *Structural separation in regulatory industries*, Parigi, 2001.

²³³ In questa prospettiva, il CCE ha confermato per gli operatori di reti pubbliche di comunicazione "*il diritto e, se richiesto da altre imprese titolari di un'autorizzazione ai sensi dell'art. 26 del presente Codice, l'obbligo di negoziare tra loro l'interconnessione ai fini della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, allo scopo di garantire la fornitura e l'interoperabilità dei servizi in tutta l'Unione Europea*" (art. 41, c. 1 CCE e art. 4, comma 1 Direttiva Accesso).

caratterizzato dal persistere di grandi differenze nel potere negoziale delle imprese e dal fatto che alcune di esse offrono i propri servizi avvalendosi dell'infrastruttura messa a disposizione da altre imprese, è opportuno stabilire un quadro di regole che garantisca il corretto funzionamento del mercato stesso”²³⁵.

Di qui gli ampissimi poteri di intervento che la disciplina attribuisce all'AgCom, la quale può intervenire:

- (i) nel corso della negoziazione dei contratti di accesso e di interconnessione; in tale sede l'AgCom potrà specificare gli obblighi e i diritti che nascono dalla regolamentazione di settore e conseguentemente imporre l'osservanza nei contratti tra le parti²³⁶. I contratti si perfezionano dunque secondo un modello di “*negoziazione regolata*”²³⁷.
- (ii) all'esito delle periodiche analisi di revisione dei mercati rilevanti, imponendo specifici obblighi regolamentari in capo all'impresa designata come detentrica di un significativo potere di mercato in un mercato specifico “*in funzione delle circostanze*”²³⁸.
- (iii) “*di propria iniziativa*”, al fine di garantire il conseguimento degli obiettivi della regolamentazione, ai sensi dell'art. 42, c. 5 CCE.
- (iv) in sede di risoluzione delle controversie tra operatori²³⁹, “*qualora sorga una controversia avente ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice, fra imprese*

²³⁴ Il modello teorico è rappresentato dal cd. *Third Party Access negoziato*, su cui cfr. G. BOGNETTI e R. FAZIOLI, *Lo sviluppo di una regolazione europea nei grandi servizi pubblici a rete*, in *Econ. Pubbl.*, 1996, 26 ss.

²³⁵ Direttiva Accesso, considerando 6.

²³⁶ Cfr. art. 42, c. 5 CCE e art. 5, comma 4, della Direttiva Accesso.

²³⁷ Su questo, si v. l'inquadramento di M. LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, cit., 195 ss.

²³⁸ Gli obblighi sono indicati in maniera tassativa dagli artt. 45 e ss CCE: si tratta di obblighi di trasparenza, di non discriminazione, di separazione contabile, nonché di prescrizioni in materia di accesso e di uso di determinate risorse di rete e di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi, fino alla separazione funzionale della rete.

²³⁹ Il potere delle ANR di dirimere controversie fra operatori è previsto dall'art. 20 e dal Considerando 32 della Direttiva Quadro, e recepito dall'art. 23 CCE. Per un'attenta disamina delle caratteristiche dell'istituto, si vedano: E.L. CAMILLI, M. CLARICH, *I poteri quasi giudiziali delle autorità indipendenti*, in *Arbitri dei mercati*, a cura di M. D'ALBERTI, A. PAJNO, Il Mulino, 2010, pag. 107 ss.; A. LEONE, *La risoluzione delle controversie tra operatori*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, a cura di F.

che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, o tra tali imprese e altre imprese che beneficiano dell'imposizione di obblighi in materia di accesso o di interconnessione derivanti dal Codice” (art. 23 CCE). Nella prassi applicativa²⁴⁰, l'AgCom spesso utilizza la composizione di una specifica controversia come strumento di regolamentazione del mercato (cd *regulation by litigation*)²⁴¹.

La regolazione economica dell'accesso presenta pertanto, sul piano dei presupposti concettuali, punti di contatto con istituti tipici di matrice *antitrust*. In particolare, i suddetti principi regolamentari, combinandosi con istituti, regole e

BASSAN, Giuffrè, 2010, pag. 273 ss.; F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Giappichelli, 2007, pag. 207 ss.; G. PESCE, *Tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi e sanzionatori e soluzioni non giurisdizionali per la definizione delle controversie tra imprese*, in *Il Codice delle Comunicazioni Elettroniche*, a cura di M. CLARICH, G.F. CARTEI, Giuffrè, 2004, pag. 405 ss.; M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE, C. FRANCHINI, Il Mulino, 1996, pag. 41 ss. La giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi più volte circa la natura giuridica del procedimento di risoluzione di controversie tra operatori. Sul punto si vedano le seguenti pronunce: Sent. Cass., Sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341 (in base alla quale “l'ordinamento anzitutto non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione [...] non vi è nel sistema costituzionale una figura di paragiurisdizionalità a sé stante” e “risulta pertanto decisivo, in adesione alla dominante dottrina, ad escludere la natura giurisdizionale, o paragiurisdizionale, se con tale termine si intende richiamare la predetta fonte giudiziaria del provvedimento, la sottoposizione della decisione dell'organo pubblico, comunque adottata, al vaglio di un giudice nei termini della domanda introduttiva del giudizio di controllo che ha negato la natura di procedimento paragiurisdizionale”) e Sent. Tar Lazio, sez. III-ter, 14 dicembre 2006, n. 14517 (che ha statuito che l'Autorità, nell'adottare una decisione ai sensi dell'art. 23 CCE “non ha esercitato funzioni amministrative ma paragiurisdizionali”, in quanto è “intervenuta come giudice di una controversia, con la conseguenza che l'intero procedimento che davanti ad essa si è svolto segue le regole del procedimento paragiurisdizionale e non amministrativo”).

²⁴⁰ Cfr. sul punto G. NAVA, *Regolamentazione e contenzioso tra operatori nelle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2012.

²⁴¹ La Corte di Giustizia, nella sentenza 12 novembre 2009, causa C-192/08 *Telia sonera*, enfatizza il fatto che l'art. 5 della Direttiva Accesso (corrispondente all'art. 42 CCE), attribuisce poteri di intervento alle autorità nazionali “senza definire o limitare le modalità di tale intervento”. Ciò sembra costituire una conferma della piena competenza delle ANR ad accertare, anche attraverso una controversia fra operatori, l'esistenza di un obbligo di accesso o interconnessione in alcune determinate fattispecie. Sull'espressione *regulation by litigation*, A.P. MORRIS, B. YANDLE, A. DORCHAK, *Regulating by Litigation: The EPA'S regulation of Heavy-duty Diesel Engines*, in *Administrative Law Review* (56), 2004, p. 404.

criteri di interpretazione formati nell'esperienza prettamente *antitrust*, hanno forgiato una tipologia e peculiari modelli di violazioni anticoncorrenziali. Si pensi ad esempio ai collegamenti che si sono instaurati tra i principi relativi alla separazione, al *third party access*, all'*unbundling* ed alla gestione neutrale della rete, da una parte, e la *essential facility doctrine*²⁴², dall'altra parte, che costituisce un insieme di concetti mediante i quali identificare, secondo una logica *per se rule* quando il titolare di un'infrastruttura essenziale non replicabile (o difficilmente replicabile) commette un illecito *antitrust* lì dove neghi l'accesso o lo consenta a condizioni gravose o discriminatorie²⁴³.

In questa prospettiva, l'obiettivo primario della normativa specifica di settore è quella di garantire, attraverso l'imposizione di obblighi *ex ante*, l'accesso alle infrastrutture essenziali (ovverosia necessarie per operare in un dato mercato e non duplicabili) detenute dall'incumbent, a condizioni ragionevoli ed eque, in modo da permettere lo sviluppo di un'effettiva concorrenza nel mercato *downstream*.

6.2. La convergenza dei rimedi

Anche sotto il profilo dei rimedi apprestati dal diritto regolamentare per superare i problemi competitivi legati all'accesso e all'interconnessione delle reti si osserva una perfetta sintonia con i classici interventi e strumenti propri del diritto della concorrenza.

Emblematici appaiono in tal senso l'obbligo di non discriminazione e gli obblighi in materia di accesso e di uso di determinate risorse.

²⁴² Cfr. ad esempio, la Comunicazione della Commissione sull'accesso 98/C 265/02, dove il collegamento tra la normativa specifica dell'accesso ed i principi antitrust relativi all'uso di infrastrutture essenziali emerge chiaramente.

²⁴³ Cfr. F. CINTIOLI, *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, in *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino 2007, 141 ss.

Obbligo di non discriminazione

a. L'obbligo di non discriminazione è disciplinato dall'art. 10 della Direttiva Accesso e dall'art. 47 del CCE e traduce in ambito settoriale un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico, specie *antitrust*.

Come rileva l'AgCom, il principale riferimento legislativo è l'art. 102, comma 4, TFUE che indica, tra le pratiche vietate di abuso di posizione dominante, *“l'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza”*²⁴⁴.

In ambito regolamentare il principio ha tuttavia una peculiare duplice declinazione esterna e interna: riguarda cioè tanto la parità di trattamento tra soggetti terzi (esterna), quanto la parità di trattamento tra gli altri operatori e l'*incumbent* stesso (interna). Esso è quindi funzionale a garantire non solo la parità di trattamento tra gli OLO, ma anche che gli OLO abbiano accesso agli *input* di rete alle medesime condizioni di cui beneficiano le divisioni interne dell'operatore verticalmente integrato²⁴⁵.

Per tale ragione, il principio di non discriminazione viene anche declinato come principio di parità interna/esterna. Come precisa l'AgCom, *“l'effettiva applicazione del principio della parità di trattamento rappresenta uno dei presupposti per gli operatori concorrenti dell'operatore SMP per potere concorrere equamente con quest'ultimo sul mercato dei servizi finali, accedendo alle medesime condizioni per l'utilizzo di servizi intermedi che l'operatore*

²⁴⁴ Delibera n. 499/10/CONS, par. 25. Tale disposizione del Trattato TFUE riguarda espressamente le discriminazioni che possono insorgere nelle cc.dd. *“business to business relations”*. Sono comunque vietate anche le discriminazioni che riguardano consumatori finali (ossia, che fruiscono della fornitura non per svolgere un'attività economica).

²⁴⁵ La necessità che il principio di non discriminazione abbia applicazione anche “interna” (ossia, che verifichi la parità di trattamento tra le divisioni commerciali interne e gli OLO) è stato ribadito dalla Commissione europea nella lettera all'ANR lituana in data 8.3.2010, prot. SG-Greffe (2010) D/2588, caso LV/2010/1044. Conseguentemente, una declinazione di tale principio in termini esclusivamente “esterni” (ossia, limitata a verificare esclusivamente che gli OLO siano trattati in modo uguale tra loro) non sarebbe sufficiente.

notificato riserva alle proprie divisioni commerciali, società controllate e collegate”²⁴⁶.

Tale obbligo mira quindi a evitare che l’operatore dominante abbia anche solo un vantaggio temporale nei riguardi degli OLO, potendo lanciare al dettaglio alcuni servizi in anticipo mediante la fruizione “in anteprima” di alcuni servizi di rete²⁴⁷.

Il che richiede costante visibilità su ciò che avviene all’interno dell’operatore dominante e sui suoi processi industriali interni. Per tale ragione, tale *remedy* viene generalmente combinato con altri rimedi, *in primis* quello di trasparenza, ma anche con gli obblighi di accesso e le misure di separazione contabile, amministrativa e funzionale²⁴⁸. Infatti, il raggiungimento della parità di trattamento implica una “dissezione” delle attività dell’impresa dominante, onde verificare che non si verifichino discriminazione di prezzo o di altro genere.

L’ERG *Common Position on Remedies* enfatizza al riguardo la circostanza che tale rimedio imponga in capo all’impresa dominante l’obbligo di giustificare ogni differenza. Il *quid pluris* rispetto all’obbligo di non discriminazione *antitrust* sarebbe quindi il dovere attivo per l’impresa dominante di giustificare le proprie condotte, “*anche quando le transazioni non sono necessariamente identiche*” (pag. 43).

Di norma, la trasparenza sul rispetto degli obblighi di non discriminazione riduce il tasso di litigiosità tra i gestori rendendo gli OLO più fiduciosi sulla correttezza della condotta del dominante²⁴⁹.

Tuttavia, vi è la possibile contro-indicazione che obblighi di non discriminazione – insieme a quelli di trasparenza – possano facilitare la collusione

²⁴⁶ Delibera n. 499/10/CONS, par. 24.

²⁴⁷ V. la lettera della Commissione europea all’ANR austriaca in data 25.10.2010, prot. SG-Greffe(2010)D/16758, caso AT/2010/1136.

²⁴⁸ A detta della Commissione europea, per essere effettivi, gli obblighi di accesso devono essere accompagnati da quelli di trasparenza e non discriminazione (v. lettera della Commissione europea alla Repubblica Ceca in data 11.8.2006, prot. SG-Greffe (2006) D/204563, caso CZ/2006/0453).

²⁴⁹ V., al riguardo, la lettera della Commissione europea all’ANR irlandese in data 21.3.2011, prot. SG-Greffe (2011) D/4399, caso IE/2011/1185.

(tacita o meno) tra le imprese in quanto rendono più “trasparenti” processi interni e condizioni di fornitura. Tale rischio deve essere valutato con attenzione particolare nei mercati delle comunicazioni elettroniche, i quali si prestano a configurarsi come oligopoli caratterizzati dalla presenza di un numero ridotto di imprese.

b. Quanto agli strumenti volti a garantire il principio di non discriminazione, l’AgCom sin nel 2002 ha imposto al gestore storico di rete fissa alcuni obblighi di separazione “*amministrativa*”²⁵⁰ attraverso la fondamentale Delibera n. 152/02/CONS, recante “*Misure atte a garantire la piena applicazione del principio di parità di trattamento interna ed esterna da parte degli operatori aventi notevole forza di mercato nella telefonia fissa*”.

Tali misure furono imposte all’epoca in base alla normativa nazionale²⁵¹. Successivamente, esse sono state considerate una misura attuativa dell’obbligo di non discriminazione²⁵².

²⁵⁰ L’AGCM nel suo parere sullo schema di provvedimento rilevò come una separazione societaria (se non proprietaria) sarebbe stata più efficace. L’AgCom replicò osservando “*che le misure regolamentari previste nello schema di provvedimento si devono necessariamente collocare nell’ambito del quadro normativo comunitario e nazionale vigente. In tale quadro è garantita la libertà di impresa e non si rilevano poteri ex-ante di imporre misure che incidano sulla proprietà o gestione dell’impresa. Un intervento volto ad imporre la separazione strutturale o proprietaria delle attività di rete, caso senza precedenti in Europa, non rientra fra le fattispecie previste nel nuovo ordinamento comunitario delle comunicazioni elettroniche e risulterebbe peraltro di dubbia compatibilità con i principi del Trattato in materia di libera prestazione di servizi da parte di imprese private*” (Delibera n. 152/02/CONS, par. V della parte motiva). La correttezza della conclusione dell’AgCom è stata confermata dalla novella comunitaria del 2009, la quale ha introdotto norma *ad hoc* per consentire l’imposizione della separazione funzionale (al riguardo il citato Impact Assessment della Commissione europea in data 13.11.2007 precisa che “*structural separation cannot be imposed under the legal basis of the regulatory frame work, but could in principle be imposed under competition law instruments*”; pag. 31).

²⁵¹ L’art. 2, comma 12, lettera f), Legge n. 481/1995 stabilisce che l’AgCom “*emana le direttive per la separazione contabile e amministrativa e verifica i costi delle singole prestazioni per assicurare, tra l’altro, la loro corretta disaggregazione e imputazione per funzione svolta, per area geografica e per categoria di utenza evidenziando separatamente gli oneri conseguenti alla fornitura del servizio universale definito dalla convenzione, provvedendo quindi al confronto tra essi e i costi analoghi in altri Paesi, assicurando la pubblicizzazione dei dati*”.

²⁵² V. Delibera n. 731/09/CONS, art. 7, comma 6.

La Delibera in esame ha obbligato Telecom Italia a mantenere separate, sotto il profilo gestionale, le attività di rete da quelle commerciali in modo da limitare gli incentivi a discriminazioni, sovvenzioni incrociate e distorsioni alla concorrenza²⁵³.

Tali misure sono state all'avanguardia in ambito europeo e hanno costituito il nodo centrale della regolamentazione applicabile a Telecom Italia sino all'adozione delle misure di separazione funzionale di cui alla Delibera n. 718/08/CONS (c.d. Impegni *Open Access* o "OA").

Nel 2008 Telecom ha avviato un progetto di separazione funzionale della rete fissa di accesso volto a rafforzare le garanzie di parità di trattamento interna-esterna introdotte dalla Delibera n. 152/02/CONS. A tal fine, essa ha creato la funzione separata Open Access²⁵⁴ e ha sottoposto all'AgCom una proposta di impegni basata sul modello di *equivalence of output* ("EoO") per la fornitura dei servizi di accesso all'ingrosso²⁵⁵.

Nel dicembre 2008, con delibera n. 718/08/CONS l'AgCom ha approvato gli impegni presentati da Telecom ("Impegni OA") per integrare le garanzie di

²⁵³ Tale separazione si estrinseca inter alia: nella separazione tra le funzioni preposte alle forniture dei servizi di rete *wholesale* e quelle preposte alla vendita al dettaglio mediante cc.dd. "*chinese wall*" sui sistemi informatici interni; nel divieto per le divisioni commerciali di accedere e utilizzare i dati relativi alle forniture richieste dagli OLO in modo da evitare che esse possano tentare di ri-conquistare i clienti in fase di passaggio alla concorrenza; nell'obbligo di redigere i cc.dd. "contratti interni di fornitura" che disciplinano la fornitura dei servizi di rete alle divisioni commerciali interne; nell'obbligo di adeguare la contabilità separata alla nuova disciplina dei rapporti interni di fornitura; e nell'obbligo di redigere una relazione annuale certificata da un soggetto terzo che comprovi la separazione tra sistemi informativi delle funzioni di rete e delle funzioni commerciali.

²⁵⁴ Come vedremo, Open Access si interfaccia direttamente con le divisioni commerciali di Telecom Italia, ma non con gli OLO nei cui confronti l'interfaccia unica resta la divisione rete (in sostanza, gli OLO si rivolgono alla divisione *wholesale*, la quale veicolerà le loro richieste a Open Access). La fornitura dei servizi di rete agli OLO seguirà quindi procedure parzialmente diverse, sebbene in logica di parità di trattamento.

²⁵⁵ L'EoO consiste nella fornitura agli OLO di servizi di accesso all'ingrosso con modalità equivalenti, in termini di funzionalità e prezzo, a quelle che l'operatore *incumbent* applica internamente alle proprie divisioni, sia pure con l'uso di sistemi e processi potenzialmente differenti.

parità di trattamento con una innovativa forma di separazione della rete, che ha introdotto:

- un nuovo processo di fornitura all'ingrosso ai concorrenti dei servizi di accesso alla rete in postazione fissa di Telecom (“NPD”), che consente agli OLO tra l'altro la costante verifica della lavorazione;
- incentivi economici per il *management* delle funzioni interessate, legati alla parità di trattamento, alla soddisfazione degli OLO e alla qualità dei Servizi;
- un Organo di Vigilanza interno indipendente (“OdV”) composto in maggioranza da membri indicati dall'AgCom, incluso il Presidente, che vigila sulla parità di trattamento nella fornitura dei Servizi agli OLO;
- un nuovo sistema di monitoraggio e comparazione delle prestazioni rese agli OLO e alle funzioni interne.

Nella Delibera n. 731/09/CONS, adottata all'esito dell'analisi dei mercati nn. 1, 4 e 5, l'AgCom ha recepito numerosi Impegni OA come rimedi regolamentari²⁵⁶. Analogo *modus operandi* è stato adottato dall'AgCom con la Delibera n. 1/12/CONS, in tema di individuazione degli obblighi regolamentari relativi ai servizi di accesso alle reti di nuova generazione²⁵⁷.

Quindi lo *status* giuridico degli Impegni OA è diversificato: alcuni impegni costituiscono rimedi regolamentari; altri hanno conservato la natura di impegno reso obbligatorio con Delibera n. 718/08/CONS.

Secondo il giudizio dello stesso regolatore, questi impegni sono una *best practice* in ambito europeo e hanno anticipato l'evoluzione del quadro normativo UE²⁵⁸.

²⁵⁶ Cfr., ad esempio, artt. 9, 24, 29, 44, 53 e 59 della citata Delibera.

²⁵⁷ Cfr., ad esempio, artt. 21 e 25.

²⁵⁸ Cfr. presentazione del Presidente dell'AgCom, *Bilancio di mandato 2005-2012*, Roma, 2.5.2012, p. 15, secondo cui “[i]n Europa Open Access è considerato un benchmark, un modello da additare ad esempio”.

Gli obblighi di accesso

Ancora più netta è l'evocata convergenza di strumenti con riguardo ai veri e propri obblighi di accesso, i quali traducono a livello regolamentare i principi affermati dal diritto *antitrust* in materia di obbligo di fornitura. Da un punto di vista descrittivo, è possibile distinguere una macro-regolamentazione (di principio) e una micro-regolamentazione (di dettaglio) dell'accesso: la prima indica in termini generali i limiti soggettivi e oggettivi di operatività dell'obbligo di fornitura; la seconda prescrive in dettaglio le modalità di attivazione, migrazione e cessazione dei servizi di accesso.

Entrambi impongono alle imprese dominanti di rifornire i propri concorrenti, in deroga alla libertà di impresa (e di scelta del contraente) che spetta anche alle prime in base al diritto *antitrust*²⁵⁹.

a. L'accesso consiste nell'obbligo per l'impresa dominante di “*rendere accessibili risorse e/o servizi ad un'altra impresa a determinate condizioni, su base esclusiva o non esclusiva, ai fini di fornire servizi di comunicazione elettronica*” (Direttiva Accesso, art. 2, lett. a; in termini art. 1, comma 1, lett. b), CCE).

Obblighi di accesso possono essere imposti *stand-alone* o, come più frequentemente avviene, insieme agli altri *remedies* (strumentali al loro successo)²⁶⁰.

²⁵⁹ Secondo quest'ultimo, “*in linea generale, qualsiasi impresa, dominante o meno, dovrebbe avere il diritto di scegliere i propri partner commerciali e di disporre liberamente dei propri beni*”. Ciò perché, oltre a salvaguardare il diritto di proprietà, “*l'esistenza di un tale obbligo [di fornitura imposto dal diritto antitrust] — anche contro un'equa remunerazione — può compromettere gli incentivi delle imprese ad investire ed innovare e quindi eventualmente danneggiare i consumatori. La consapevolezza di poter essere obbligate a effettuare forniture contro la loro volontà può far sì che le imprese dominanti — o le imprese che prevedono di diventare dominanti — non investano, o investano meno, nell'attività in questione. I concorrenti possono inoltre essere tentati di sfruttare opportunisticamente gli investimenti fatti dall'impresa dominante (attuando il cosiddetto 'free-riding') anziché investire. Nessuna di queste conseguenze sarebbe a lungo termine nell'interesse dei consumatori*” (Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in GUCE n. C 045 del 24.2.2009, par. 82).

²⁶⁰ Sulla base di alcune (tipiche) problematiche concorrenziali, l'ERG *Common*

La circostanza che l'ANR possa intervenire *ex post*, in caso di rifiuto di fornitura, non giustifica di norma la mancata imposizione degli obblighi di accesso (tantomeno la circostanza che l'operatore dominante abbia sempre concesso in passato l'uso delle proprie infrastrutture) perché tale intervento successivo potrebbe non essere tempestivo ed evitare pregiudizi ai consumatori o ai piani di investimento degli OLO²⁶¹. Al riguardo, la Commissione invita le ANR a essere “*forward-looking*” senza limitarsi a valutare la sufficienza degli attuali *remedies* presenti in altri mercati all'ingrosso²⁶².

b. L'art. 49 CCE attribuisce all'AgCom il potere di imporre agli operatori di accogliere richieste ragionevoli di accesso ed autorizzare l'uso di determinati elementi di rete e risorse correlate per la predisposizione di servizi destinati in particolar modo all'utenza finale²⁶³.

Inoltre, la normativa affronta anche i cc.dd. *constructive refusal to deal* (o rifiuti “mascherati”), stabilendo che le ANR possono associare agli obblighi di accesso propriamente detti anche “*condizioni di equità, ragionevolezza, tempestività*”. Tra queste condizioni possono rientrare anche obblighi e standard

position on Wholesale local access esemplifica alcune situazioni in cui è necessario combinare più *remedies* al fine di garantire adeguato accesso (ad esempio, qualora sia dubbio il raggiungimento spontaneo di un *level playing field*, l'ANR deve associare obblighi di non discriminazione). Cfr. Doc. ERG (06) 70 Rev1, disponibile alla pagina http://erg.eu.int/doc/publications/erg_06_70_rev1_wla_cp_6_june_07.pdf).

²⁶¹ V. lettera della Commissione europea all'ANR lettone in data 11.4.2011, prot. SG-Greffe (2011) D/5941, caso LV/2011/1199. V. anche lettera della Commissione europea all'ANR francese in data 26.11.2010, prot. SG-Greffe (2010) D/18751, caso FR/2010/1144.

²⁶² V., ad esempio, la lettera della Commissione europea all'ANR estone in data 17.3.2010, prot. SG-Greffe (2010) D/3316, caso EE/2010/1051. In quell'occasione, l'esecutivo dell'Unione europea dubitò che la presenza di rimedi in altri mercati (in caso obblighi di selezione del vettore) potesse rendere superfluo l'intervento anche nei mercati dell'accesso.

²⁶³ Precisamente, le ANR possono imporre obblighi di accesso qualora reputino che la situazione concorrenziale consenta alle imprese dominanti di rifiutare “*di concedere l'accesso*” oppure di imporre “*termini e condizioni non ragionevoli di effetto equivalente*”, e qualora tali condotte ostacolino “*l'emergere di una concorrenza sul mercato al dettaglio o sarebbe contrario agli interessi dell'utenza finale*” (Direttiva Accesso, art. 12, comma 1).

di qualità di fornitura del servizio (i quali di norma sono declinati all'interno delle offerte di riferimento negli *Standard Level Agreement* o SLA).

Interessante è notare che l'elenco di possibili imposizioni previsto dalla norma in esame, comunque non tassativo, va sicuramente oltre l'ambito delle infrastrutture essenziali in senso proprio, e ciò al fine di accelerare lo sviluppo di dinamiche competitive in determinati segmenti del mercato²⁶⁴.

Ciò ha consentito alle ANR di gradare gli obblighi di accesso alle condizioni nazionali, ma ha anche lasciato loro ampi spazi di discrezionalità. Il rischio, messo più volte in luce dalla dottrina, è che la dilatazione dell'accesso obbligatorio, se da un lato può portare ad un immediato incremento della competizione nel mercato dei servizi (cd. *service based competition*), può dall'altro disincentivare gli OLO dal costruire infrastrutture proprie, specialmente ove il diritto/obbligo di accesso non sia contenuto entro orizzonti temporali predefiniti.²⁶⁵ In questi casi può quindi essere compromesso l'obiettivo di una concorrenza sostenibile nel lungo periodo, in contrasto con gli stessi principi della *ladder of investment*.

c. Per evitare questo rischio e circoscrivere la discrezionalità delle ANR, la disciplina settoriale indica i fattori che l'AgCom deve prendere in considerazione nel momento in cui valuta l'opportunità di imporre gli obblighi di accesso²⁶⁶.

Ai sensi dell'art. 49, c. 3 tali fattori sono: “a) *fattibilità tecnica e economica dell'uso o dell'installazione di risorse concorrenti, a fronte del ritmo di evoluzione del mercato, tenuto conto della natura e del tipo di interconnessione e*

²⁶⁴ L'art. 49, c. 1 CCE fornisce una casistica (esemplificativa) dei servizi di accesso, indicando *inter alia* l'*unbundling del local loop* (ossia, l'accesso disaggregato al doppino telefonico); l'accesso alle infrastrutture di posa cc.dd. passive, come i cavidotti e i piloni; e l'accesso ad alcuni software e ai sistemi di codifica. Tale casistica è stata ulteriormente estesa dalla novella del 2009, specificando che gli obblighi di accesso possono riguardare anche gli elementi non attivi di rete (come le fibre ottiche “spente”, ossia non utilizzate dal proprietario della rete) che sono centrali per la realizzazione delle reti NGN.

²⁶⁵ Cfr. con riferimento al mercato italiano F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione*, cit, p. 153.

²⁶⁶ Secondo M. SIRAGUSA e S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e rapporti con il diritto della concorrenza*, questi fattori non rappresentano un presupposto giuridico di intervento da parte dell'AgCom.

di accesso in questione; b) fattibilità della fornitura dell'accesso proposto, alla luce della capacità disponibile; c) investimenti iniziali del proprietario della risorsa, tenendo conto dei rischi connessi a tali investimenti; d) necessità di tutelare la concorrenza a lungo termine; e) eventuali diritti di proprietà intellettuale applicabili; f) fornitura di servizi paneuropei”.

Come evidenziato dalla migliore dottrina²⁶⁷, i primi due fattori, hanno trasposto sul piano normativo i requisiti previsti dalla *essential facilities doctrine*²⁶⁸.

Gli altri sono invece ispirati a creare una disciplina di natura pro-concorrenziale di natura dinamica (*facility based*), che incoraggi l'infrastrutturazione e tenga conto degli investimenti effettuati.

Le precisazioni relative al benessere dei consumatori e alla concorrenza di lungo periodo nel mercato al dettaglio dimostrano in conclusione che gli obblighi di accesso non sono finalizzati (esclusivamente) ad aiutare i concorrenti dell'*incumbent* in ottica statica, bensì sono funzionali ad assicurare una concorrenza dinamica quale strumento di massimizzazione del benessere sociale.

d. In attuazione dei descritti obblighi di accesso, Telecom fornisce da oltre 14 anni agli operatori di telecomunicazioni servizi all'ingrosso di accesso alla rete telefonica in postazione fissa, tra cui l'ULL, l'accesso a banda larga²⁶⁹ (“*bitstream*”²⁷⁰) e il noleggio della linea o *wholesale line rental* (“WLR”),

²⁶⁷ Così R. CAIAZZO, *L'Accesso alla rete*, in *Diritto delle Comunicazioni Elettroniche, Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, a cura di F. Bassan, p. 157; Sul punto vedi anche M. CAPATINI, *La disciplina dell'accesso e dell'interconnessione*, in *Il Codice delle Comunicazioni Elettroniche*, a cura di M. CLARICH e G.F. CARTEI, p. 244.

²⁶⁸ In particolare, il fattore di cui alla lettera a) può essere associato al requisito della non replicabilità dell'infrastruttura, mentre il fattore citato alla lettera b) ricorda le nature di circostanza oggettiva che giustificano un eventuale rifiuto.

²⁶⁹ Sul tema della banda larga e il suo sviluppo nel panorama delle telecomunicazioni italiano, si vedano G. CORSINI, *L'Italia a banda larga. La nuova frontiera delle telecomunicazioni*, Ed. Il Sole-24 Ore, Milano, 2002, pp. 9 e 10. Si veda altresì E. CHELI, Prefazione, in G. DE MINICO, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. La banda larga e i servizi a rete*.

²⁷⁰ Il *bitstream* (flusso di dati) è un servizio di accesso all'ingrosso che consiste nella fornitura, da parte di Telecom, di capacità trasmissiva a banda larga tra la postazione di un

secondo criteri e modalità imposte e dettagliate dalla disciplina regolamentare. In tal modo, gli OLO possono offrire al pubblico servizi di telefonia e internet in concorrenza con Telecom.

Anche l'evoluzione della disciplina (micro)settoriale evidenzia al riguardo la sempre più spiccata “convergenza” tra “disciplina regolamentare” e “antitrust”²⁷¹ con una sempre più incisiva graduazione dell'intervento pubblicistico, passato dagli originari interventi nell'ambito degli accordi bilaterali tra Olo e *incumbent*, ad una pervasiva e dettagliatissima disciplina di settore che regola tutte le fasi della fornitura.

Sin dalla delibera n. 2/00/CIR del 28.3.2000, l'AgCom ha infatti imposto a Telecom l'obbligo di fornire servizi ULL, disciplinandone “modalità e tempi di fornitura”, condizioni di “trasmissione” e la “gestione amministrativa delle richieste” (art. 7, co. 2 e 13; all. B, par. 7). Da allora, Telecom pubblica annualmente un'offerta di riferimento approvata dall'AgCom (“OIR”), con un “manuale di procedura contenente i necessari elementi tecnici, procedurali, amministrativi e gestionali” (delibera n. 2/00/CIR, art. 4, co. 5, e art. 9, co. 4). Nel rispetto di queste indicazioni, Telecom ha concluso accordi bilaterali con ciascun OLO interessato²⁷².

Ad esito della prima analisi concorrenziale dei mercati rilevanti, la delibera n. 4/06/CONS del 12.1.2006 ha dettato “Modalità e tempi di fornitura dei servizi di accesso disaggregato” (art. 17) e “principi” e “procedure” per il “passaggio tra operatori” dei clienti finali (artt. 18 e 20), per garantire agli OLO “condizioni di equità, ragionevolezza, tempestività” e non discriminazione nell'accesso alla rete di Telecom.

Imponendo la revisione degli “accordi negoziali bilaterali” e la “rinegoziazione delle procedure di attivazione, disattivazione e passaggio delle

utente finale e il punto di presenza dell'OLO che intende offrire il servizio di accesso a banda larga al cliente finale.

²⁷¹ Cfr. delibera n. 4/06/CONS, All. A, § 11.

²⁷² Per i servizi *bitstream*, cfr. delibere nn. 407/99, 217/00/CONS, 2/00/CIR, 15/00/CIR, 3/01/CIR, 6/03/CIR, 3/04/CIR. Anche in questo caso, le OIR e i contratti bilaterali con gli OLO individuano le condizioni economiche e tecniche di fornitura.

linee”, la suddetta delibera ha obbligato Telecom a “*coinvolgere tutti gli operatori interessati*”, sotto la vigilanza dell’AgCom che si riservava, “*sentite anche le associazioni dei consumatori*”, “*di introdurre eventuali adeguamenti e correttivi*” (art. 41). Analogamente, la coeva delibera n. 34/06/CONS ha disciplinato in dettaglio l’obbligo di fornitura dei servizi *bitstream* (art. 3, comma 1) e le modalità di attivazione dei servizi e passaggio dei clienti (art. 9)²⁷³.

Un anno dopo, la delibera n. 274/07/CONS ha dettato una nuova disciplina unitaria delle modalità di attivazione²⁷⁴, migrazione²⁷⁵ e cessazione dei servizi di accesso, applicabile sia ai clienti acquisiti dagli OLO che ai clienti sottratti loro da Telecom (c.d. rientri).

Per queste procedure, su richiesta degli OLO (cfr. delibera n. 34/06/CONS, All. A, §§ 289 e 301), la delibera n. 274/07/CONS ha obbligato tutti gli operatori a “*concorda[re]*” un “*elenco esaustivo*” delle “*causali di rigetto e di rimodulazione della data di consegna*”, associandone ciascuna in maniera “*specifica*” al riscontro di un “*effettivo problema*” (cfr. §§ 52-53 e 56 e nuovo art. 17, comma 12, della delibera n. 4/06/CONS)²⁷⁶.

Gli operatori hanno quindi concluso un accordo quadro in data 14.6.2008 (“Accordo Quadro”), che recepisce le procedure, identificando le “[v]erifiche

²⁷³ Anche per i servizi WLR, la delibera n. 33/06/CONS (poi attuata dalla delibera n. 694/06/CONS) ha disciplinato nel gennaio 2006 le modalità specifiche di fornitura, nel rispetto del principio di non discriminazione (art. 15).

²⁷⁴ Per “*attivazione*” si intende la fornitura all’OLO di un servizio ULL, *bitstream* o WLR, su una linea già attiva con un cliente di Telecom o non ancora attiva. La linea attiva è una linea su cui viene fornito un servizio di fonia o internet. La linea non attiva è un collegamento telefonico non esistente che deve essere costruito per poter fornire il servizio o un collegamento telefonico esistente sul quale non è fornito alcun servizio. L’attivazione di una linea attiva comporta il passaggio dell’utente da Telecom a un altro operatore, mentre l’attivazione di una linea non attiva non comporta di per sé alcun passaggio di un utente da un operatore all’altro, perché si tratta dell’attivazione di una nuova utenza ad un soggetto che non fruisce di servizi telefonici o a banda larga. Talvolta alcuni OLO attivano linee non attive come seconda linea ai clienti di altri operatori (inclusa Telecom), facendo cessare la prima linea una volta attivata la nuova utenza.

²⁷⁵ La “*migrazione*” è il passaggio di una linea attiva (e del cliente) da un OLO all’altro (migrazione OLO-OLO) o verso Telecom (c.d. rientro).

²⁷⁶ Come notato, “*un elenco tassativo di causali di rigetto, non generiche, [era] ritenuto da diversi operatori un elemento essenziale dei processi di provisioning dei servizi intermedi*” (§ 53).

formali e contrattuali”, “*tecniche e gestionali*” demandate a Telecom e associando a ciascuna di esse una causale di scarto codificata²⁷⁷. L’Accordo Quadro suddivide le causali di scarto in 5 categorie dette “famiglie”, caratterizzate dalle lettere A-E²⁷⁸.

Al pari dell’art. 4, co. 1 e 4, della delibera n. 274/07/CONS, l’Accordo Quadro obbliga gli operatori contraenti a non discostarsi dalle procedure concordate, poiché “[o]gni modalità proposta, condotta, adottata od espletata che non sia prevista dal presente Accordo costituisce una condotta illegittima ed abusiva da parte dell’Operatore che la conduce”. L’art. 4 della delibera n. 41/09/CIR del 24.7.2009 ha poi imposto tali procedure a tutti gli operatori, indipendentemente dall’adesione all’Accordo Quadro.

Ad esito del secondo ciclo di analisi dei mercati, la delibera n. 731/09/CONS ha confermato tali procedure²⁷⁹.

6.3. La convergenza delle finalità sanzionatorie

Infine, dopo la convergenza dei presupposti e degli strumenti di intervento, rileva anche evidenziare l’affinità di finalità tra intervento regolamentare e diritto della concorrenza con riguardo al presidio sanzionatorio dei descritti obblighi di accesso²⁸⁰.

²⁷⁷ Allegati 1, 9, 10 e 10bis in all. 1 alla Circolare, recepito come all. 1 all’Accordo Quadro.

²⁷⁸ Cfr. all. 1, sub-all. 10 all’Accordo Quadro. In particolare, si tratta di: famiglia A (“*formato dati errato o incompleto*”), per cui “*l’ordinativo è rigettato nei casi di mancata o errata compilazione di campi obbligatori o errata compilazione di campi facoltativi per i quali, quando compilati, viene verificata la correttezza*”; famiglia B (“*impossibilità gestionale di erogare il servizio richiesto*”), per cui “*l’ordinativo è rigettato in quanto non congruente con il processo di provisioning*”; famiglia C (“*impossibilità di individuare la risorsa tecnica oggetto della richiesta*”), per cui “*l’ordinativo è rigettato in quanto non è stato possibile individuare l’impianto oggetto della lavorazione*”; famiglia D (“*impossibilità tecnica di erogare il servizio richiesto*”), per cui “*l’ordinativo è rigettato in quanto sussistono impedimenti di tipo tecnico alla sua erogazione*”; famiglia E (“*impossibilità di erogare il servizio causa Cliente finale/OLO*”), per cui “*l’ordinativo è annullato su richiesta dell’OLO oppure causa Cliente finale*”.

²⁷⁹ Cfr. art. 29, co. 8, art. 33, co. 7, e art. 40, co. 6.

²⁸⁰ Sui poteri sanzionatori dell’AgCom cfr. FEDERICO MARINI BALESTRA, *Le sanzioni dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM)*, in *Le sanzioni*

Invero, oltre a poter imporre i suddetti obblighi, l'AgCom ha anche incisivi poteri di controllo sul loro corretto adempimento, nonché la possibilità di sanzionarne la violazione.

a. Sotto il profilo procedimentale, le modalità sanzionatorie sono state da ultimo modificate con la Delibera n. 410/14/CONS²⁸¹.

L'attuale procedimento prevede che l'AgCom possa esercitare il potere sanzionatorio d'ufficio o su segnalazione di parte, con ampi poteri d'indagine che includono la possibilità di fare ispezioni, richiedere informazioni e documenti, fare audizioni e indagini conoscitive (v. Allegato A, Delibera n. 410/14/CONS, art. 3)²⁸².

La fase-pre-istruttoria ha un termine ordinatorio di 90 giorni decorrente dalla data di conoscenza dei fatti da verificare, al termine del quale l'AgCom può archiviare ovvero avviare il procedimento sanzionatorio vero e proprio mediante formale atto di contestazione al trasgressore.

Interessante è notare come anche il procedimento sanzionatorio dell'AgCom ricalca il procedimento *antitrust*. In particolare:

- Il procedimento ha una durata di 150 giorni decorrenti dalla data di notificazione dell'atto di contestazione. Il termine può essere fino al massimo di 60 giorni per svolgere approfondimenti istruttori.
- I diritti di difesa dei soggetti nei cui confronti si procede sono assicurati consentendo loro di: (i) presentare memorie, perizie ed altri scritti difensivi; (ii) essere sentiti in audizione; (iii) accedere agli atti del procedimento.

delle autorità amministrative indipendenti, a cura di M. FRATINI, 2011. Sui poteri sanzionatori dell'AGCM cfr. SANDULLI M.A., *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, 2010, 449 ss.

²⁸¹ Il precedente regime sanzionatorio era disciplinato dalla Delibera n. 136/05/CONS.

²⁸² M. MONTEDURO, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il Diritto dell'Economia*, Mucchi, vol. 26, n. 82 (3-2013), 2013, pagg. 232-288.

- È ammessa la partecipazione procedimentale dei soggetti portatori di interessi pubblici o privati cui può derivare un pregiudizio diretto, immediato e attuale dai fatti per i quali è stato avviato il procedimento ovvero dal provvedimento che può essere adottato all'esito di quest'ultimo.
- All'esito della fase istruttoria, il direttore trasmette all'organo collegiale la proposta di schema di provvedimento con una dettagliata relazione relativa all'istruttoria.
- Nei *“casi in cui sia opportuno in considerazione della specificità della sanzione”*, la proposta di provvedimento e la relazione istruttoria sono comunicati all'interessato, il quale può redigere memorie difensive ed essere sentito in audizione.
- L'organo collegiale adotta il provvedimento finale.

Inoltre, è espressamente prevista e disciplinata l'eventuale fase endo-procedimentale degli impegni. In particolare, se ha cessato la condotta oggetto di contestazione, l'operatore nei cui confronti è stato avviato il procedimento può presentare entro il termine decadenziale di 30 giorni una proposta di impegni *“finalizzata a migliorare le condizioni della concorrenza nel settore rimuovendo le conseguenze anticompetitive dell'illecito attraverso idonee e stabili misure”* (art. 13).

Gli impegni sono soggetti a market test (art. 16), vincolano l'operatore fino alla definizione del procedimento e se approvati determinano l'archiviazione del procedimento sanzionatorio previa verifica della loro effettiva attuazione (art. 17).

L'AgCom ha inoltre il potere di sanzionare la violazione degli impegni, revocando, previa diffida la loro approvazione e condannando la società per l'inottemperanza all'ordine di esecuzione degli stessi (art. 18)

b. Quanto alla sanzione applicabile, evidente è la finalità repressiva dell'art. 98 CCE.

Basti qui pensare che se l'inottemperanza oggetto di sanzione riguarda provvedimenti adottati dall'AgCom in ordine alla violazione delle disposizioni

relative ad imprese aventi significativo potere di mercato, “*si applica a ciascun soggetto interessato una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore al 2% e non superiore al 5% del fatturato realizzato dallo stesso soggetto nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della contestazione, relativo al mercato al quale l’inottemperanza si riferisce*”²⁸³.

È ormai indiscutibile pertanto che anche in ambito regolamentare la sanzione abbia la finalità di accertare la responsabilità per un illecito (con connessa natura sanzionatoria e repressiva esattamente come in ambito *antitrust*) e non semplicemente l’esistenza di una situazione di fatto che contrasta con quella prevista dalla legge, con funzione di mero ripristino della legalità materiale violata.

Il che spiega anche l’adeguatezza e la formalizzazione del descritto presidio procedimentale.

Ciò evidenzia che la tradizionale teorica che distingue tra intervento regolamentare *ex ante* con efficacia esclusivamente conformativa del mercato, e intervento *antitrust ex post* con efficacia sanzionatoria di comportamenti illeciti delle imprese non corrisponde più alla situazione di fatto esistente, palesando vieppiù un’insopprimibile esigenza di coordinamento anche sotto il profilo meramente sanzionatorio²⁸⁴.

²⁸³ V. art. 98, c. 11 CCE.

²⁸⁴ Appaiono pertanto superate le linee di demarcazione tra regolazione e concorrenza teorizzate da un’ormai risalente dottrina in ragione della natura e della finalità delle sanzioni: preventiva e ripristinatoria della legalità materiale violata la prima, prevalentemente repressiva e sanzionatoria dell’illecito accertato la seconda; secondo tale ricostruzione, i due sistemi avrebbero in comune solo la funzione compensativa della sanzione, strettamente connessa al carattere amministrativo della stessa. V. sul punto M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano 1998, pp. 274 – 282.

Capitolo 3

LE RELAZIONI TRA REGOLAZIONE E CONCORRENZA NELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO ANTITRUST

SOMMARIO: 1. Le relazioni esterne tra regolazione e diritto antitrust – 2. Modi, limiti e obblighi dell'intervento antitrust nei settori regolamentati: la teoria della complementarità – 3. Critica della teorica della complementarità sotto il profilo teorico – 4. Critica della teorica della complementarità sotto il profilo applicativo: la complessa individuazione di un effettivo “margine di manovra” nei settori regolamentati – 5. La rilevata esistenza di un *margin di manovra* nel settore delle comunicazioni elettroniche. – 6. Critica della prassi applicativa – 7. Il perseguimento di interessi ulteriori nell'*enforcement* antitrust: l'impraticabilità di una prospettiva assiologica – 8. Il principio di coerenza regolamentare nell'applicazione del diritto della concorrenza – 9. Il principio di coerenza regolamentare: un esempio pratico in materia di *margin squeeze* e sue implicazioni di sistema – 10. I raccordi procedurali tra le diverse autorità chiamate ad applicare le norme di concorrenza – 10.1. Il procedimento ex art. 7 Direttiva Quadro – 10.2. L'*European Competition Network* – 10.3. I protocolli di Intesa tra AgCom e AGCM – 10.4. L'art. 20, c. 1, l. 287/1990

1. Le relazioni esterne tra regolazione e diritto *antitrust*

Il presente capitolo è dedicato alle relazioni esterne tra regolazione e diritto *antitrust*, alle relazioni cioè che sussistono tra questi due diversi strumenti conformativi del mercato allorché la regolamentazione ha già reso possibili le condizioni per il superamento delle situazioni di fallimento di mercato di natura strutturale e l'applicazione del diritto *antitrust* si trova a dover far fronte a fallimenti di mercato indotti da comportamenti tenuti dalle imprese²⁸⁵.

²⁸⁵ Nel testo si allude al termine di fallimento di mercato come insieme dei casi in cui i mercati non sono in grado di determinare allocazioni efficienti delle risorse, ovvero di raggiungere equilibri di ottimo paretiano, a causa di ostacoli che impediscono lo svilupparsi della dinamica concorrenziale all'interno del mercato. Il termine “*fallimenti di mercato*” può tuttavia indicare anche le cause attinenti alla regolazione che incidono negativamente sulla concorrenza, rappresentando elementi di alterazione del mercato, e cioè fallimenti regolativi. Cfr. sul punto per tutti G.J. STIGLER, *A Theory of Regulation; su Regulation: the Confusion of Means to Ends*, in *Law Enforcement, Malfeasance and Compensation of Enforcers*, pubblicato in Italia in ID., *Mercato, informazione, regolamentazione*, Il Mulino, Bologna, 1994, *passim*, 349 ss. Invece, per un'analisi dei “*fallimenti dell'economia pubblica*” e delle sue principali cause, cfr. J. E. STIGLITZ, *Il*

Come anticipato, sotto questo diverso angolo visuale tra regolazione e concorrenza corrono almeno tre diversi tipi di relazioni²⁸⁶.

La prima riguarda l'applicabilità del diritto della concorrenza a settori regolati. Il problema può essere sintetizzato nella seguente domanda: nei settori economici in cui esiste un'Autorità di regolazione, quando l'impresa si è formalmente conformata alla regolazione, tanto più se essa persegue finalità pro-concorrenziali, c'è ancora spazio per la configurazione di illeciti *antitrust*? Come si configura in particolare questo problema nel settore delle comunicazioni elettroniche?

La seconda relazione riguarda l'eventuale condizionamento che le finalità perseguite con la regolazione possono avere sull'applicazione del diritto della concorrenza. La questione è se nell'*enforcement antitrust* si possa tener conto di finalità diverse rispetto a quelle propriamente concorrenziali e in caso di risposta affermativa se tali ulteriori finalità possano addirittura condizionare in sede applicativa la finalità primaria. Inoltre, anche rimanendo nel solco delle finalità propriamente concorrenziali, si tratta di individuare le modalità e gli strumenti di intervento *antitrust* nei settori regolamentati al fine di garantire certezza del diritto (per gli operatori di mercato) e coerenza dell'intervento repressivo e conformativo.

Se infatti anche l'applicazione concreta del diritto *antitrust* si pone come imprescindibile strumento di conformazione del mercato e assume connotati

ruolo economico dello Stato, Bologna, 1992, pag. 65 e segg.; A. MAJONE, G. LA SPINA, «Deregulation» e privatizzazione: differenze e convergenze, in *Stato e mercato*, 1992, pag. 259 e segg.

²⁸⁶ Sulle intersezioni tra regolazione e concorrenza in generale cfr. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesauro e M. D'Alberti, 2000, p. 11 ss; M. CLARICH, *Regolazione e Concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, Luiss-Ceradi, 2004; M. BALZANO – M. GRILLO, *Concorrenza e regolazione: limiti dell'intervento antitrust*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2002, p. 485 ss. ... Si v. altresì Si veda P. CHIASSONI, *L'analisi economica del diritto e teorie economiche: un inventario di strumenti*, in G. ALPA, P. CHIASSONI, A. PERICU, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 499 – 502.

(potenzialmente) normativi²⁸⁷, l'intervento *antitrust* deve risultare coerente con l'approccio regolamentare affinché tutti gli operatori del mercato vi si adeguino anche al di là del *decisum* particolare.

La terza relazione è di tipo procedurale e riguarda i meccanismi di coordinamento e di eventuale composizione dei conflitti sotto il profilo procedimentale. Di qui la questione dei raccordi tra le diverse autorità sia in ambito regolamentare sia nell'*enforcement* del diritto della concorrenza. Saranno in particolare analizzati i raccordi procedimentali di tipo verticale (Commissione v. ANR e/o ANC), di tipo orizzontale (ANR v. ANC) e cd. a rete (Commissione v. ANC).

2. Modi, limiti e obblighi dell'intervento *antitrust* nei settori regolamentati: la teoria della complementarità

Muoviamo anzitutto dalla prima delle questioni sopra indicate. Lo stato dell'arte è caratterizzato da una situazione lineare sotto il profilo concettuale, ma complessa e variegata sotto il profilo pratico applicativo.

In base ad un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, sviluppatosi proprio con riferimento al settore delle telecomunicazioni, i rapporti tra la disciplina *antitrust* e la regolazione settoriale non si configurano in termini di esclusione, ma di complementarità²⁸⁸. Le due discipline perseguono, infatti, finalità solamente in parte coincidenti²⁸⁹: l'una (la disciplina *antitrust*) si occupa

²⁸⁷ V. A. ZITO, *Mercati (Regolazione dei)*, in *Enc. Dir. Annali III*, Milano 2010, 805 ss, il quale ricostruisce in termini "unitari" la nozione di regolazione includendovi anche la disciplina *antitrust*, sia pure evidenziandone i tratti distintivi. Secondo l'autore, la normativa a tutela della concorrenza e la "conseguente attività del pubblico potere sono rivolte a garantire un principio d'organizzazione del mercato che ha un'indubbia portata regolativa delle relazioni che nel mercato stesso si svolgono", *ivi*, p. 812. Sulla portata normativa delle decisioni *antitrust* cfr. in particolare G.F.LICATA, *Provvedimenti antitrust a contenuto normativo*, Giuffrè, 2013, in particolare pp. 161 ss.

²⁸⁸ Cfr. G. DELLA CANANEA, *Complementarietà e competizione tra le autorità indipendenti*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, 2010, 913 ss.

²⁸⁹ Con riferimento alle differenze strutturali tra l'attività di regolazione e l'intervento *antitrust* e la loro complementarità, si v. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO - M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza.*, che

di intervenire nei confronti delle condotte delle imprese che ostacolano o impediscono la concorrenza; l'altra (la regolazione settoriale), attraverso regole generali fissate a priori, mira a definire gli assetti di mercato, conformandoli ai principi della concorrenza, dell'efficienza e del progresso tecnologico, rimedia a esternalità negative²⁹⁰.

Se, dunque, la regolazione settoriale interviene *ex ante* a definire un quadro di regole ispirate al principio della concorrenza e compatibili con il mercato, l'intervento *antitrust* si colloca nella fase a valle, essendo volto a verificare *ex post* l'eventuale illiceità di comportamenti anticompetitivi, laddove le 'regole' lascino agli operatori margini di discrezionalità nella loro applicazione e non disciplinino fin nel minimo dettaglio le loro condotte²⁹¹.

L'idea di fondo è che la regolamentazione non può oggettivamente prevedere qualsiasi comportamento delle imprese, pena l'annullamento di ogni autonomia imprenditoriale, a danno degli utenti dei servizi²⁹². La concorrenza non

precisa la nozione di regolazione, differenziandola dalla nozione di concorrenza. Cfr. In termini anche S. LITTLECHILD, *The regulation of British telecommunications' profitability*, London, Department of Industry, 1983, par. 4.11. Si v. altresì M. DE VITA, *Regolamentazioni pubbliche: principi comunitari e disciplina antitrust*, in *II dir. Dell'Unione Europea*, n. 4, 1997, p. 707. Con riguardo specifico al settore delle telecomunicazioni si v. V. PISAPIA, *Note in tema di ripartizione delle competenze tra «autorità per le garanzie nelle comunicazioni» e «antitrust»*, in *Pol. del dir.*, n. 2, 1999, p. 241.

²⁹⁰ Con riferimento agli aspetti caratterizzanti il rapporto tra l'attività di regolazione economica e l'intervento a tutela delle concorrenza in ottica di complementarità si v., da una prospettiva della teoria economica, G. CERVINI - M. D'ANTONI, *Monopolio naturale, concorrenza, regolamentazione*, Carocci, 2001.

²⁹¹ Cfr sul punto M. CLARICH, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, p. 15 ss.

²⁹² In dottrina, su quest'ordine di idee cfr. R. BALDWIN, *Rules and Government*, Oxford, Clarendon press, 1995; A. OGUS, *Regulations, legal form and economic theory*, Oxford, Clarendon press, 1994; G. MAJONE (a cura di), *Deregulation or re-regulation?*, London, Pinter, 1989; R. BALDWIN, C. MCRUDDEN, *Regulation and public law*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1987; S. BREYER, *Regulation and its reform*, Cambridge, Mass., Harvard university press, 1982; R. A. POSNER, *Economic analysis of law*, Little, Brown, 1992 (4° ed.); T. E. KEELER & S. E. FOREMAN, *Regulation and Deregulation in P. Newman* (a cura di), *The New Palgrave dictionary of Economics and the Law*, vol. III, London, Macmillan, 1998, p. 213; R. W. HAHN, *Regulatory impact analysis: a cross-*

ammette, infatti, l'imposizione di regole "esterne" diverse da quelle del mercato, se non nei limitati casi in cui quest'ultimo, per ragioni tecniche o economiche, non sia in grado di operare autonomamente. In questo senso i due strumenti, insieme, garantiscono una più completa tutela del mercato²⁹³.

Conformemente a tale impostazione, la Commissione europea ha espressamente affermato che l'applicabilità delle regole di concorrenza non è esclusa in tutti i casi in cui le disposizioni regolamentari lascino sussistere la possibilità per le imprese di adottare comportamenti autonomi atti a ostacolare, restringere o falsare la concorrenza, riconoscendo che talune fattispecie possono essere soggette sia alle regole di concorrenza sia alle misure nazionali o europee specifiche del settore, e confermando così la sussistenza di un doppio controllo, *antitrust* e regolatorio²⁹⁴.

Il principio dell'applicabilità delle regole di concorrenza in presenza di specifiche regolazioni settoriali ha ormai ricevuto il pieno avallo dalle Corti europee.

Come recentemente rilevato dal Tribunale di primo grado "*le norme in materia di concorrenza previste dal trattato CE completano, per effetto di un esercizio di controllo ex-post, il contesto normativo adottato dal legislatore*

country comparison, in P. NEWMAN (a cura di), *The New Palgrave dictionary of Economics and the Law*, vol. III, London, Macmillan, 1998, p. 276.

²⁹³ In ordine alla strumentazione normativa che connota l'interventi *antitrust* si v. G. L. TOSATO – L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Giuffrè, Milano, 2004; G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Il Mulino, Bologna, 1991; P. MARCHETTI – L. C. UBERTAZZI, *Commentario Breve al diritto della concorrenza*, Cedam, 2001; G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, Il Mulino, Bologna, 1998; A. PERA, *Concorrenza e antitrust*, Il Mulino, Bologna, 2004; M. ANTONIOLI, *Concorrenza e antitrust: aspetti pubblicistici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*; P. FATTORI – M. DEVITA, *Il regime sanzionatorio delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante*, Collana temi e problemi dell'Autorità garante della concorrenza e il mercato, Roma, 1996. Si v. anche L. BELLODI, *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario*, Editoriale scientifica, Napoli, 1999.

²⁹⁴ Decisione del 21 maggio 2003, COMP/37.451, 37.578, 37.579, *Deutsche Telekom*; nella medesima direzione muovono anche le decisioni del 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Telefonica*, parr. 665 ss., del 22 giugno 2011, caso COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska* parr. 119 ss.

dell'Unione ai fini della regolamentazione ex- ante dei mercati delle Telecomunicazioni”²⁹⁵.

Per la Corte di Giustizia, la presenza di un atto di approvazione o ratifica da parte del regolatore delle condotte investigate non impedisce in ogni caso all'Autorità di concorrenza di sindacare e condannare le medesime condotte. Ciò che rileva è, infatti, la prova della sussistenza di un “*margin di manovra*” in capo all'impresa soggetta a regolazione tale da consentirle di evitare o terminare autonomamente la condotta abusiva²⁹⁶.

Nella medesima direzione si è mossa la prassi decisionale dell'AGCM e la giurisprudenza nazionale che ha ormai in più occasioni ribadito il principio in base al quale anche la presenza di una copiosa regolamentazione di settore, volta a definire *ex ante* e in modo puntuale le regole del gioco concorrenziale, non costituisce una ragione per ritenere che nei mercati regolamentati non possano trovare applicazione le regole *antitrust*²⁹⁷.

I principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di rapporti tra regolamentazione settoriale e applicazione delle regole della concorrenza possono a ben vedere essere inquadrati in un contesto più ampio, nel cui ambito ha trovato ormai pacifica affermazione il principio secondo il quale il carattere illecito di un comportamento alla luce della disciplina *antitrust* non ha relazione con la sua conformità o meno ad altre norme giuridiche.

Nella giurisprudenza delle Corti europee, la sanzionabilità *antitrust* di condotte lecite per altri settori dell'ordinamento è stata affermata soprattutto con riferimento alle fattispecie abusive, in quanto “*gli abusi di posizione dominante*”

²⁹⁵ Sentenza del 29 marzo 2012, causa T- 336/07, *Telefonica*, pt. 293.

²⁹⁶ Sentenza del 14 ottobre 2010, causa C-280/08 *Deutsche Telekom*, pt. 77 ss.; sentenza del 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Telia Sonera*, pt. 47 ss.

²⁹⁷ Cfr., per tutte, da ultimo Provvedimento AGCM n. 24339 del 9 maggio 2013, *Telecom* caso A428, par. 384-290, confermato da Tar del Lazio, sentenza dell'8 maggio 2014, n. 4801, *Telecom*. In termini v. anche Consiglio di Stato, sentenza del 10 marzo 2006, n. 1271, *Telecom*, caso A351. Nel caso A351–*Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, ad esempio, l'Autorità garante ha censurato Telecom Italia per aver praticato prezzi al dettaglio eccessivamente bassi e non replicabili dai concorrenti, tenuto conto dei prezzi all'ingrosso applicati a questi ultimi (provvedimento n. 13752, caso n. A351, *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, in Boll. 47/2004).

*consistono, nella maggioranza dei casi, in comportamenti peraltro legittimi alla luce di branche del diritto diverse dal diritto alla concorrenza*²⁹⁸.

In questo contesto, ciò che piuttosto rileva, al fine di integrare gli estremi di un illecito concorrenziale, è la presenza di un intento escludente, da accertare indiziariamente come un *quid pluris* che si aggiunge alla sommatoria di comportamenti altrimenti leciti. Non si tratta, quindi, di valutare la legittimità di atti alla luce dei vari settori dell'ordinamento investiti, ma di considerare quelle condotte, pur settorialmente lecite, alla luce della loro portata anticoncorrenziale. In tale prospettiva, certi comportamenti di impresa, anche se legittimi dal punto di vista settoriale, possono risultare integrare gli estremi di una fattispecie illecita ai sensi del diritto della concorrenza²⁹⁹.

3. Critica della teorica della complementarità sotto il profilo teorico

Nonostante l'indiscusso successo applicativo, la descritta teoria della complementarità presta a ben vedere il fianco a numerosi rilievi critici, in particolare nel settore delle comunicazioni elettroniche.

²⁹⁸ Tribunale di primo grado, sentenza del 1° luglio 2010, causa T-321/05, *Astrazeneca*, pt. 677, sul punto confermata da Corte di Giustizia, sentenza del 6 dicembre 2012, causa C-457/10 P, pt. 129 ss. In dottrina si v. M. MAGGIOLINO, M.L. MONTAGNANI, *AstraZeneca's abuse of IPR-Related Procedures: A Hypothesis of Antitrust Offence, Abuse of Rights and IPR Misuse*, in 34 *World Competition*, 2011, 245, p. 246; A. MUSELLI, *La difficile riconciliazione del diritto della proprietà intellettuale e del diritto della concorrenza: note a margine dei casi AstraZeneca e Pfizer*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013, 759, p. 770; M. P. NEGRINOTTI, *Abuse of Regulatory Procedures in the Intellectual Property Context: The AstraZeneca Case*, in ECMLR, 2008, 446; J. DREXL., *AstraZeneca and the EU Sector Inquiry: when do patent filings violate competition law*, in J. DREXL, N.L. LEE (a cura di), *Pharmaceutical Innovation, Competition and Patent Law: A Trilateral Perspective*, Edward Elgar, Cheltenham Northampton, 2013, 290.

²⁹⁹ Nello stesso senso, nella giurisprudenza nazionale, Consiglio di Stato, sentenze dell'8 aprile 2014, n. 1673, *Coop* e del 12 febbraio 2014, n. 693, *Pfizer*. Per un commento alla decisione Pfizer, cfr. D. GERADIN, *The Uncertainties Created by Relying on the Vague "Competition on the Merits" Standard in the Pharmaceutical Sector: The Italian Pfizer/Pharmacia case*, in 5 JECLP, 2014, 9, 344, p. 348; cfr. altresì G. DE STEFANO, *Tough Enforcement of Unilateral Conduct at the National Level: Italian Antitrust Authority Sanctions Bayer and Pfizer for Abuse of Dominant Position (aka AstraZeneca Ruling and Essential Facilities Doctrine in Italian Sauce)*, 2012, 4, 396, pp. 399-400.

Da un punto di vista teorico è quantomeno discutibile che il diritto regolamentare abbia esclusivamente funzione conformativa (del mercato) che si giustifica in situazioni di “*fallimento di mercato*” mentre per converso l’intervento *antitrust* abbia funzione di *adjudication*, cioè di applicazione di sanzioni a comportamenti imprenditoriali che violano certe norme di condotta, e non di *regulation*³⁰⁰.

Infatti, da un lato, come analizzato nel precedente capitolo, la regolamentazione delle comunicazioni elettroniche non si limita a rendere possibile o a “*tutelare*” la concorrenza, bensì la “*promuove*” con interventi positivi intaccando mediante l’imposizione di obblighi asimmetrici le stesse posizioni dominanti (le quali *per se* sono legittime secondo il diritto della concorrenza)³⁰¹.

Dall’altro, lo stesso diritto *antitrust*, applica divieti “*a maglie larghe*” che nella maggior parte dei casi non sanzionano fattispecie legalmente tipizzate³⁰², bensì disfunzioni di mercati che le autorità competenti devono accertare sulla base di modelli valutativi basati su discrezionali valutazioni economiche relative a mercati ben funzionanti, non previamente definiti dalla legge.

³⁰⁰ Questa concezione è ancora del tutto prevalente in dottrina. V. riferimenti e critiche in D.A. CRANE, *Technocracy and antitrust*, in 86 *Texas Law Review*, 2008, 1159 ss; ID., *Regulation, Adjudication, and Administration*, in *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, 2011. In Italia essa ha avuto anche riflessi giurisprudenziali significati. V. per esempio TAR Lazio, Sez. I, 8 maggio 2009, n. 4994, caso *Aci Global*. In termini anche TAR Lazio, Sezione I, sentenza n. 1752/2013, successivamente riformata in appello da Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 6 marzo 2015 n. 1104.

³⁰¹ Secondo SCHERER, *Telecommunications Law in Europe*, 2005, p. 101, la circostanza che il diritto regolamentare miri a rimuovere le posizioni dominanti (a prescindere dalle condotte delle imprese) è diretta conseguenza della sua genesi liberalizzatrice. Secondo FREUND-RUHLE, *The evolution from sector-specific regulation towards Competition Law in EU Telecoms markets from 1997 to 2011: Different effects in practical implementation*, 22nd European Regional Conference of the International Telecommunications Society, Budapest 18-21.9.2011, “*the overarching principle [della novella legislative del 2009] is not to create competition any longer but to develop the market under competitive conditions*”. Ciò potrebbe ulteriormente confermare una convergenza tra diritto regolamentare e *antitrust* nel senso che entrambi mirano a preservare lo *status quo ante* concorrenziale (ciò perché il diritto regolamentare avrebbe eroso *medio tempore* le pre-esistenti posizioni dominanti).

³⁰² Cfr. M. LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, 2008, p. 89 ss.

Questo discorso, valido in assoluto, trova oggi ancor maggior riscontro a seguito dell'introduzione dell'istituto degli impegni ai sensi dell'art. 14-ter l. 287/1990 e della ormai indiscussa centralità del concetto di concorrenza dinamica, la quale può essere alimentata e resa permanente solo da un'azione pubblica volta a correggere, con divieti e incentivi, le distorsioni e i rallentamenti del processo concorrenziale. Le autorità di concorrenza devono quindi esercitare continuamente una complessa discrezionalità tecnica, sia nell'accertare le disfunzioni dei mercati, sia nel determinare i rimedi appropriati.

Come ben evidenziato dalla più attenta dottrina *“in questa prospettiva è difficile negare che la politica di concorrenza si avvicini sempre più ad una sorta di regolazione amministrativa dei mercati”*³⁰³. Una regolazione, a ben vedere *“a competenza generale e di carattere correttivo/occasionale (a differenza delle regolazioni di settore, che sono affidate ad autorità speciali ed hanno carattere permanente, essendo rivolte a correggere situazioni in cui i mercati non sono in grado di ottimizzare la soddisfazione di bisogni ritenuti essenziali dal legislatore)”*³⁰⁴.

È quindi a ben vedere riduttivo se non fallace l'intero impianto teorico su cui poggia l'idea della complementarietà, giacché nell'attuale fase di evoluzione dei mercati l'azione delle autorità *antitrust* diviene una sorta di *“politica di risultati”* piuttosto che una politica repressiva di comportamenti devianti³⁰⁵. In

³⁰³ Così. M. LIBERTINI, *Diritto della Concorrenza dell'Unione Europea*, 2014, p. 43. In termini v. anche A. ZITO, *Mercati (Regolazione dei)*, in *Enc. Dir. Annali III*, Milano 2010, p. 812 ss e M. R. FERRARESE, *Diritto e Mercato. Il caso degli Stati Uniti*, 1992. *Contra*, per tutti, S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO - M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, rimarca l'esistenza di una netta separazione tra disciplina *antitrust*, da un lato, e regolazione, dall'altro, supportando l'idea che l'intervento pubblico nell'economia da parte dello Stato debba lasciare spazio all'iniziativa privata e alle regole del mercato, e che in ogni caso si possa ricorrere ad esso solo se temporaneo ed in ottica di una sua successiva *“ritirata”* in favore dei soli interventi a tutela della concorrenza: *“la disciplina della concorrenza non fa parte della regolazione”*, *“la regolazione parte da un punto diverso: che il mercato non vi sia”*, p. 13. In tal senso, la regolazione *“è uno strumento per (man)tenere il fortino fino a che non arriva la concorrenza”*.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ Per uno sviluppo di questo punto v. M. LIBERTINI, *Il “private enforcement” e le sanzioni amministrative*, in *Concorrenza e mercato*, 15/2007, p. 356. Per un'analisi ad

questo senso, “*lo stesso ampio utilizzo delle decisioni con impegni, più che rappresentare una deviazione dal tradizionale imprinting sanzionatorio dell’intervento antitrust, rappresenta a ben vedere un modo diretto e razionale per affrontare le disfunzioni del mercato e giungere in maniera condivisa alla correzione delle stesse*”³⁰⁶.

Ne discende che la politica *antitrust* perde la semplicità concettuale, seppur smentita nei fatti dalle pesantissime *technicalities* applicative) della sua tradizionale impostazione punitiva, ed entra nel terreno della complessità tecnico-discrezionale della regolazione dei mercati: l’analisi dei mercati diviene sempre più complessa e la scelta dei rimedi lo diviene ancora di più.

4. Critica della teorica della complementarità sotto il profilo applicativo: la complessa individuazione di un effettivo “*margin di manovra*” nei settori regolamentati

Anche da un punto di vista pratico la teoria in esame presenta numerose criticità, poiché essa presuppone una difficile valutazione sull’esistenza di effettivi “*margini di manovra delle imprese*” in contesti di mercato fortemente regolamentato. Valutazione che nella prassi applicativa viene viceversa data per presupposta e mai analiticamente considerata.

Eppure il problema riveste carattere centrale.

È infatti noto che la normativa sulla concorrenza si applica solo a condotte adottate dalle imprese di propria *libera iniziativa*.

ampio raggio del ruolo della regolazione nell’analisi economica dei mercati, si v. altresì R. COOTER, V. MATTEI, R. PARDOLESI, T. ULEN, P.G. MONATORI, *Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino 1999, G. ALPA, P. CHIASSONI, A. PERICU, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1999; G. ALPA, voce *Interpretazione economica del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano – Appendice*, IV, Torino, Utet, 1980, p. 315; R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto IV*, I, Torino, Utet, 1987, p. 309; P. CHIASSONI, R. Posner: *pragmatismo e analisi economica del diritto*, in G. ZANETTI (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, Raffaello Cortina, 1999, p. 183; P. CHIASSONI, *Law and Economics. L’analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Torino, 1992.

³⁰⁶ Così. M. LIBERTINI, *Diritto della Concorrenza dell’Unione Europea*, Giuffrè, 2014, p. 44.

Quando invece la condotta anticompetitiva è *imposta* dalla legge o dalle pubbliche autorità, o se la legge crea un contesto regolamentare che elimina qualsiasi possibilità di concorrenza, vi è un problema di imputabilità della condotta.

In analogia al diritto penale, si può dire che in simili circostanze l'ingerenza dello Stato può rappresentare una sorta di scriminante per gli illeciti anticoncorrenziali (la cosiddetta *State action defense*³⁰⁷). In situazioni simili, la condotta delle imprese non è, infatti, a esse attribuibile come condotta volontaria e autonoma e, per questo motivo, non sarebbe equo sanzionarle.

Una diversa soluzione porrebbe, infatti, le imprese di fronte al seguente dilemma: o non attenersi alle disposizioni di legge o regolamentari che impongono una condotta contraria al diritto della concorrenza, e sopportare le conseguenze legali di tale scelta; o assecondare i precetti di legge, esponendosi al rischio di vedersi comminare una condanna *antitrust* e la relativa sanzione per la condotta anticompetitiva³⁰⁸.

³⁰⁷ L'Avvocato generale Maduro, nelle conclusioni dei casi *Cipolla* e *Macrino* del 5 dicembre 2006 (cause riunite C-94/04 e 202/04, Racc p. I-11421, punto 36), definisce la *State defence doctrine* come "il principio della disapplicazione delle norme antimonopolistiche per decisione delle Stato", individuandone la *ratio* nell'esigenza di sottoporre i provvedimenti statali ad un controllo limitato all'ambito del diritto della concorrenza e l'origine nella sentenza *Parker/Brown* della Corte suprema degli Stati Uniti che ha escluso l'applicazione dello *Sherman Act* a misure assunte dagli Stati nell'ambito del loro potere sovrano. Cfr. altresì, in chiave comparatistica con il diritto UE, G. MARENCO, *Government action and antitrust in the United States: What lessons for Community law?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 1987, p. 1 ss., D. EHLE, *State Regulation under the US Antitrust State Action Doctrine and under EC competition law: A comparative analysis*, in ECLR, 1998, p. 380 ss.

³⁰⁸ Cfr. Corte UE sent. 11.11.1997, cause riunite C-359P e 379/95P, *Commissione e Francia c. Ladbroke Racing*. In tale sentenza, la Corte ha affermato che "se un comportamento anticoncorrenziale viene imposto alle imprese da una normativa nazionale [...] gli artt. [101 e 102 TFUE] non trovano applicazione", in quanto "in una situazione del genere la restrizione alla concorrenza non trova origine, come queste norme implicano, in comportamenti autonomi delle imprese". La Corte ha peraltro precisato che ciò si verifica solo quanto "una normativa nazionale [...] crea un contesto giuridico che di per sé elimina ogni possibilità di comportamento concorrenziale" (§ 33). Solo in tali circostanze, secondo la Corte, un'impresa non può essere ritenuta responsabile di una violazione del diritto della concorrenza.

Nel definire il *test* legale rilevante, la Corte di Giustizia e la Commissione hanno per lungo tempo affermato che se una legge nazionale si limita a *sollecitare* o a *facilitare* l'adozione di comportamenti anticoncorrenziali autonomi da parte delle imprese, queste rimangono soggette alle regole di concorrenza e possono incorrere in sanzioni; viceversa, nei casi in cui le misure nazionali che danno copertura ad un certo comportamento potenzialmente anticoncorrenziale lo rendono sostanzialmente vincolato e non lasciano spazio ad un'autonomia di comportamento o ad una effettiva possibile concorrenza, gli artt. 101 e 102 TFUE sono inapplicabili e non vi sarebbe alcun illecito.

A partire dalla nota sentenza *CIF*³⁰⁹, la Corte di Giustizia ha però cambiato orientamento ed ha addirittura affermato che un illecito antitrust deve essere accertato anche in caso di contegno "vincolato", in nome del principio generalissimo per cui (non solo il giudice ma anche) le Autorità nazionali devono disapplicare la disciplina nazionale che sia in contrasto con le norme del Trattato³¹⁰. In tale ipotesi sarebbe dunque doveroso per l'Autorità nazionale

³⁰⁹ Cfr. Corte UE sent. 9.9.2003, C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*. In particolare, in tale causa, si era in presenza di una normativa che imponeva alle imprese del settore (produzione e distribuzione di fiammiferi) di attuare delle condotte anticoncorrenziali, giacché prescriveva un obbligo in capo alle stesse di operare associandosi in un consorzio e conferiva poi a quest'ultimo il potere di ripartire la produzione di fiammiferi fra le imprese consorziate. Tuttavia, e sotto un diverso profilo, si erano registrati comportamenti specifici imputabili al CIF che risultavano ultronei rispetto al dettato normativo. Più precisamente, la produzione di ciascuna impresa, che per disposizione normativa doveva essere deliberata da un'apposita Commissione interna al consorzio, veniva stabilita dal CIF tramite accordi raggiunti all'interno del consorzio. Il CIF godeva pertanto di margini di discrezionalità nell'assolvere gli obblighi a esso imposti e, quindi, avrebbe potuto operare in modo tale da non restringere la concorrenza esistente.

³¹⁰ In dottrina, per un primo commento alla pronunzia della Corte di giustizia, si v. C. RIZZA, *The Duty of National Competition Authorities to Disapply Anti-Competitive Domestic Legislation and the Resulting Limitations on the Availability of the State Action Defence* (Case C-198/01 CIF), in E.C.L.R., 2004, 126; ID. *L'obbligo delle autorità nazionali della concorrenza di disapplicare le norme interne contrarie al Trattato e i conseguenti limiti alla proponibilità della State action defense*, in *Giur. comm.*, 2004, II, 6; B. NASCIMBENE - S. BASTIANON, *La Corte di Giustizia e i poteri dell'Autorità garante della concorrenza*, in *Corriere giur.*, 2003, 1421; S. CASSESE, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*; in *Giornale dir. amm.*, 2003, 1129; M. ANTONUCCI, *I poteri aggiunti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Cons. stato*, 2003, 1577; M. CASTELLANETA, *Ridefiniti anche i poteri*

accertare l'illecito *antitrust* e vietare in futuro il suo ripetersi, e sarebbe solo vietato comminare una sanzione pecuniaria, restando pieno l'effetto della diffida.

In particolare, secondo tale orientamento giurisprudenziale, oggi assolutamente pacifico, l'Autorità *antitrust*: (i) non può infliggere sanzioni alle imprese per comportamenti pregressi alla decisione di disapplicazione qualora tali comportamenti siano stati loro assolutamente e *inevitabilmente imposti* dalla normativa nazionale³¹¹; (ii) deve infliggere sanzioni alle imprese per i loro comportamenti pregressi qualora questi siano stati semplicemente *facilitati* o *incoraggiati* da quella normativa nazionale, pur tenendo in debito conto le specificità del contesto normativo nel quale le imprese hanno agito; (iii) deve infliggere sanzioni alle imprese qualora la normativa nazionale si limiti a *rafforzare* o *approvare* gli effetti di una condotta vietata ai fini *antitrust*. Le Corti europee hanno, infatti, stabilito il principio secondo cui “*se un provvedimento statale ricalca gli elementi di un'intesa stipulata tra gli operatori economici di un settore o è adottato su consultazione e con l'accordo degli operatori economici interessati, detti operatori non possono invocare l'indole coercitiva della disciplina per sottrarsi all'applicazione*” delle regole di concorrenza³¹².

Sul punto la giurisprudenza nazionale, in recepimento del principio dianzi richiamato, ha avuto altresì cura di specificare che “*la 'copertura normativa' dei comportamenti anticoncorrenziali delle imprese e la conseguente loro imputabilità per condotte poste in essere in contesti regolamentati deve, tuttavia, essere intesa in senso restrittivo, potendo essere ammessa solo in presenza di*

sanzionatori del garante: dalla Corte di giustizia un monito per il futuro, in Guida al dir., 2003, 36, 115.

³¹¹ Cfr. ad esempio da ultimo provvedimento 27.3.2013 n. 24293, A441, *Applicazione dell'IVA sui servizi postali*, in cui l'AGCM ha recentemente riconosciuto che “*la condotta di Poste adottata fino alla decisione del presente caso [...] non [era] sanzionabile in quanto giustificata da una norma nazionale imperativa in contrasto con l'articolo 102 TFUE*.”

³¹² Cfr. Trib. UE sent. 18.9.1996, T-387/94, *Asia Motor France e Altri c. Commissione*, § 60 e, in particolare, tra la giurisprudenza ivi richiamata, Corte UE sent. 30.1.1985, 123/83, *Clair*, §§ 19-23.

condotte specificamente imposte che rappresentino puntuale attuazione di disposizioni normative inequivocabili”³¹³.

5. La rilevata esistenza di un *margin* di manovra nel settore delle comunicazioni elettroniche

In applicazione dei principi poc’anzi affermati, la prassi applicativa europea e nazionale ha tuttavia sempre respinto la tesi che l’esistenza di una disciplina regolamentare dettagliata nel settore delle comunicazioni elettroniche escludesse la concreta applicabilità degli artt. 101 e 102 TFUE³¹⁴.

a. Nel caso *Deutsche Telekom*, la Commissione europea ha sanzionato l’operatore storico tedesco per aver commesso un *margin squeeze* nel mercato dei servizi di accesso, nonostante l’ANR avesse stabilito le tariffe dei servizi di accesso all’ingrosso e approvato le tariffe al dettaglio praticate dall’*ex incumbent*, anche mediante l’applicazione di un meccanismo tariffario di *price cap*³¹⁵.

³¹³ TAR Lazio, Sez. I, 9.1.2013, n. 125; Consiglio di Stato, 20.5.2011, n. 3013.

³¹⁴ La prassi e la giurisprudenza comunitaria in tema di rapporti tra diritto *antitrust* e regolamentazione è antitetica rispetto a quella statunitense. Ancora recentemente la Corte Suprema ha affermato che un’impresa che non sia soggetta a obblighi *antitrust* di fornitura non è passibile di alcuna responsabilità ai sensi del diritto della concorrenza per le sue politiche tariffarie, ancorché tali obblighi sussistessero in base a previsioni regolamentari. Inoltre, il giudice nordamericano ha anche espresso un generale *disfavor* avverso gli abusi tariffari in quanto costringono le corti incaricate di applicare il diritto *antitrust* a svolgere un continuo monitoraggio dei prezzi, trasmodando così in attività più propriamente regolamentari (sentenza in data 25.2.2009, caso 555 U.S. (2009), *Pacific Bell*). Sul tema del rapporto tra regolamentazione e diritto *antitrust* nell’ordinamento statunitense, v. anche le precedenti sentenze della Corte Suprema *Trinko*, caso 540 U.S. (2004), e *Credit Suisse*, che hanno di fatto limitato l’applicazione del diritto della concorrenza nei settori regolamentati, ricorrendo alcune specifiche circostanze (essenzialmente, che il problema competitivo sia affrontato da idonei *remedies*). Cfr. In dottrina “*Is there life after Trinko and Credit Suisse? The role of antitrust in regulated industries*” (15.6.2010, in <http://www.ftc.gov/os/testimony/100615antitrusttestimony.pdf>). Sull’impatto di tali decisioni nel dibattito comunitario, v. GERADIN, *Limiting the scope of Article 82 EC: What can the EU learn from the US Supreme Court’s judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom?*, in *Common Market Law Review*, 2004, 41, 6, pp. 1519-1553.

³¹⁵ Cfr. decisione *Deutsche Telekom* in data 21 maggio 2003, C-1/37.451, 37.578, 37.579.

Secondo il Tribunale “*il quadro normativo comunitario*” delle comunicazioni elettroniche “*non incide minimamente sulla competenza ad accertare le infrazioni agli artt. [101 e 102 TFUE] conferita alla Commissione [e alle ANC, Ndr] direttamente [dal] regolamento [...] n. 1/2003, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza*”³¹⁶.

Il Tribunale ha precisato che le rilevanti decisioni del regolatore tedesco “*non contengono alcun riferimento all’art. [102 TFUE]*”. Anzi, tali decisioni “*non escludono che le pratiche tariffarie della ricorrente falsino la concorrenza ai sensi dell’art. [102 TFUE]*”, posto che “*risulta implicitamente*” da esse come “*i concorrenti devono fare ricorso a una sovvenzione incrociata per poter rimanere competitivi sul mercato*” (par. 268)³¹⁷.

Con tale motivazione, il giudice comunitario di prime cure ha respinto le censure dell’*ex incumbent* tedesco, secondo cui la Commissione, “*sconfinando nelle competenze della RegTP [ossia, del regolatore nazionale]*”, avrebbe commesso “*uno sviamento di potere*” e “*violato i principi di proporzionalità, della certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento*” (par. 257).

³¹⁶ Cfr. sentenza in data 10.4.2008, caso T-271/03, *Deutsche Telekom*, par. 263, confermata in appello dalla Corte di Giustizia, caso C-280/08.

³¹⁷ Il Tribunale rigetta l’applicazione della dottrina statunitense della c.d. *implied immunity*, secondo la quale il diritto regolamentare, qualora diretto in concreto a risolvere i medesimi problemi di quello *antitrust*, renderebbe quest’ultimo inapplicabile, salva disposizione contraria. In particolare, tale dottrina trova applicazione qualora la regolazione di settore sia così pervasiva e dettagliata sul presupposto (implicito) che quella *antitrust* non sia *per se* sufficiente. In sostanza, tale dottrina richiede una valutazione sostanziale sulla natura e portata della normativa settoriale, da cui inferire la volontà del Legislatore di escludere l’intervento *antitrust* (nel settore delle comunicazioni elettroniche tale dottrina non è applicabile negli Stati Uniti in ragione di clausola contraria nel *Telecommunications Act* del 1996). La dottrina dell’*implied immunity* è stata inizialmente discussa dalla giurisprudenza statunitense in *United States v National Assn. of Securities Dealers, Inc.*, 422 U.S. 694 (1975); *Gordon v New York Stock Exchange, Inc.*, 422 US 659 (1975); *National Gerimedical Hospital and Gerontology Center v Blue Cross of Kansas City*, 452 US 378 (1981).

b. Nella decisione *Telefonica*, altro caso di *margin squeeze*, la Commissione europea ha sanzionato l'operatore storico spagnolo nonostante le sue tariffe fossero state parzialmente approvate dall'ANR³¹⁸.

In tal caso, l'esecutivo comunitario ha affermato che il regolatore spagnolo “non è un'autorità antitrust” e “non è competente ad applicare in Spagna gli artt. [101] e [102] del Trattato”. Anche “la competenza attribuita al regolatore spagnolo di promuovere la concorrenza è molto più generica dell'applicazione del diritto antitrust”³¹⁹, e “il regolatore spagnolo esercita questa competenza insieme ad altri obiettivi e principi regolamentari [...], come ad esempio la promozione degli investimenti” (parr. 678, 680 e 681).

Per tali ragioni, la Corte Generale ha concluso in appello che l'intervento sanzionatorio della Commissione europea non poteva ledere alcun legittimo affidamento degli operatori sulla bontà del quadro regolatorio³²⁰.

c. Nel caso *Telekomunikacja Polska*, nel sanzionare l'*incumbent* polacco per abuso costruttivo di fornitura in relazione ai servizi di accesso all'ingrosso, sebbene esso fosse stato già condannato per le medesime condotte dalla locale

³¹⁸ Cfr. decisione in data 4.7.2007, caso COMP/38.784, *Telefonica*, parr. 511, 665 e ss.; confermata integralmente in prime cure dalla Corte Generale, sentenza in data 29.3.2012, casi T-336 e 398/07, *Telefonica*, che, in punto di rapporti tra concorrenza e regolamentazione, ribadisce i medesimi principi affermati in *Deutsche Telekom*.

³¹⁹ Ai sensi dell'art. 8, comma 2, Direttiva n. 2002/21/CE (Quadro), “le autorità nazionali di regolamentazione promuovono la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica, dei servizi di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati”. Tale disposizione comunitaria è stata recepita dall'art. 13 (“Obiettivi e principi dell'attività di regolamentazione”) del CCE.

³²⁰ Secondo la Corte, “*Telefonica non poteva ignorare che il rispetto della normativa spagnola in materia di telecomunicazioni non la poneva al riparo da un intervento della Commissione ex art. 82 CE*”, né tantomeno la “Commissione [deve] dimostrare l'esistenza di circostanze eccezionali per giustificare il proprio intervento in un caso del genere”. Per rigettare la violazione del principio di leale collaborazione, il giudice comunitario nota, tuttavia, come – pur non essendo obbligatorio – l'ANR spagnola sia stata di fatto “effettivamente associata al procedimento amministrativo” svolto dalla Commissione europea, avendo la possibilità di intervenire a più riprese, ma che la stessa non abbia formulato “osservazioni scritte” sulle proposte della Commissione. V. AUF'MKOLK, *The EU General Court dismisses Spanish telecom incumbent's appeal against a Commission decision that imposed a €151 million fine on the company for a margin squeeze in the regulated national broadband market (Telefónica/Commission)*, e-Competitions, 2012.

ANR, la Commissione europea ha escluso la violazione del *ne bis in idem* poiché gli obiettivi perseguiti dai due interventi delle diverse autorità sono diversi e al gestore storico non sono state contestate violazioni degli obblighi regolamentari³²¹.

d. Analoghe conclusioni sono state raggiunte dalla prassi applicativa dell'AGCM e dalla giurisprudenza nazionale in varie occasioni³²², da ultimo nel più volte menzionato caso *Telecom A428*, nel quale l'AGCM ha contestato all'*incumbent* un abuso costruttivo di fornitura in violazione dell'Art. 102 TFUE per aver reso più lenti e farraginosi i processi di fornitura dei servizi di accesso mediante l'opposizione ai concorrenti di un numero ingiustificatamente elevato di rifiuti di attivazione dei servizi all'ingrosso (cd. KO), finalizzato a rallentare il processo di crescita dei concorrenti nei mercati dei servizi di accesso al dettaglio.

³²¹ Decisione della Commissione europea in data 22.6.2011, caso COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska*, par. 144. In quel caso, tuttavia, la Commissione europea ha detratto dall'ammontare della sanzione quelle ammende che l'operatore polacco aveva già versato alla locale ANR per i medesimi fatti (in dottrina, v. MARTINEZ RIVERO, *Telekomunikacja Polska: Antitrust Enforcement in a Highly Regulated Environment*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, Vol. 3, 1, pp. 45 e ss.; D. KAMINSKI-A. ROGOZINSKA-B. SASINOWSKA, *Telekomunikacja Polska decision: Competition Law enforcement in regulated markets*, *Competition Policy Newsletter*, 3, 2011; K. KUIK, A. MOSCIBRODA, *2010 and 2011 EU Competition Law and Sector-specific Regulatory Case Law Developments with a Nexus to Poland*, in *Yearbook of Antitrust and regulatory Studies*, 5 (7) 2012, pp.157 - 190, T. SKOCZNY (a cura di), University of Warsaw.

³²² Simili esiti sono stati raggiunti dai giudici nazionali in altre giurisdizioni europee (v., ad esempio, VAN EMELLEN, *The Brussels Court of Appeal annuls the interim decision of the President of the Competition Council on the telecom incumbent's bundled tariffs* (Belgacom), 18.12.2007, e-Competitions, N. 15915, www.concurrences.com; NERUDA, *The Slovak Council of the Competition authority imposes significant fine for repeated abuse of dominant position by not granting access to essential facilities* (Slovak Telecom), 21.12.2005, e-Competitions, No21310, www.concurrences.com; CALLOL-MANZARBEITA, *The Spanish telecommunications regulator fines the incumbent € 20 M for abuse related to access to the subscriber loop but raises questions on its relationship with Spanish NCAs regarding competition law enforcement* (Telefónica), 16.11.2006, e-Competitions, No13773, www.concurrences.com; e MANIADAKY, *A Greek Court upholds the concurrent application of Art. 102 TFEU and sector-specific regulation to practices of the incumbent operator in the local loop access market* (Hellenic Telecommunications Organization), 16.11.2010, e-Competitions, No33087, www.concurrences.com).

In particolare, nel suddetto caso l'AGCM, in acritica applicazione della teorica in esame, imputa a Telecom, come *autonome scelte di organizzazione* del sistema di fornitura dedicato agli OLO, la previsione dell'uso sistematico dei KO in luogo delle sospensioni e la definizione del tipo di controlli da effettuare sugli ordinativi (formali, contrattuali, tecnici), che dipenderebbero dalla imposizione della funzione NWS come sportello unico di riferimento per gli OLO.

L'AGCM ravvisa dunque un effettivo margine di manovra, sebbene le scelte organizzative imputate *all'incumbent* rappresentino soltanto la pedissequa attuazione di obblighi regolamentari, imposti dalla normativa vigente per tutte le procedure di passaggio o attivazione delle linee tra Telecom e gli OLO (incluso il passaggio delle linee dagli OLO a Telecom) e, quindi, non dovrebbero essere condotte imputabili a Telecom come parte di una strategia abusiva.

6. Critica della prassi applicativa

La descritta prassi applicativa ha l'indiscutibile merito di estendere l'ambito di applicabilità del diritto *antitrust* anche nei settori fortemente regolamentati impedendo che le imprese sfruttino l'eccesso di regolamentazione come esimente dei propri opportunistici comportamenti anticoncorrenziali.

Al tempo stesso però pone un problema di certezza del diritto, dal momento che espone le imprese al rischio di sanzione per condotte che non presentano profili di anti-giuridicità sotto il profilo regolamentare e possono essere il frutto di una diversa valutazione di "*politica economica*" da parte delle Autorità di concorrenza.

Per circoscrivere la portata dei citati precedenti giurisprudenziali e amministrativi europei, e mitigare l'evocato rischio si può tuttavia osservare come essi siano frutto delle particolarità del caso di specie, e siano stati indotti dalla necessità "*curare*" con il diritto *antitrust* i fallimenti di mercato provocati o quantomeno non impediti dalle ANR³²³.

³²³ In proposito si rinvia alla copiosa letteratura sui "*fallimenti di mercato*", cfr. S. G. BREYER, *Regulation and its reform*, Cambridge- Londra, 1982; S. G. BREYER, R. B. STEWART, *Administrative law and regulatory policy*, Boston-Toronto, 1979, pag. 12 e

Nel caso *Deutsche Telekom*, la condotta del regolatore tedesco non era stata del tutto irreprensibile giacché l'attività del regolatore non aveva minimamente impedito gli abusi del gestore storico (essendone, semmai, corresponsabile). Emblematicamente il Tribunale evidenzia che “*non si può escludere che le autorità tedesche abbiano parimenti violato il diritto comunitario*” (sentenza citata, par. 265)³²⁴.

Nel caso *Telefonica*, la Commissione europea precisa come l'apparente antinomia di giudizio rispetto al regolatore spagnolo sia dovuta alla circostanza che “*il modello di costo impiegato da quest'ultimo non sia basato su dati storici relativi ai costi effettivamente sostenuti da Telefonica, bensì su stime ex ante elaborate da un consulente esterno sulla base di informazioni fornite dalla stessa Telefonica nel 2001*” (par. 1.4.1). Infatti, lo stesso regolatore spagnolo, al pari del consulente esterno, avevano dichiarato “*di non essere in possesso di tutti i dati necessari per applicare il test del margin squeeze*” (par. 495-496). Perciò, “*in tali circostanze*” di asimmetria informativa, la Commissione europea ha ritenuto “*ingiustificato e irragionevole applicare al caso di specie i costi utilizzati nelle decisioni del regolatore spagnolo*” (par. 501; v. anche par. 511)³²⁵.

Nel caso *Telekomunikacja Polska* la Commissione europea ha sentito l'esigenza di quantificare la sanzione *antitrust* detraendo dall'ammontare ipotizzato in base alla gravità dell'abuso quelle (poche) ammende che l'operatore

segg.; G. J. STIGLITZ, *Economics of the public sector*, New York-Londra, 1988, 2^a ed., pag. 61 e segg.; G. J. STIGLER, *Mercato, informazione, regolamentazione*, Bologna, 1994, pag. 301 e segg.; A. OGUS, *Regulation: legal form and economic theory*, Oxford, 1994; R. BALDWIN, C. MCCRUDDEN, *Regulation and Public Law*, London, 1987; C. R. SUNSTEIN, *After rights revolution - Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge, 1990, pag. 49 e segg.; A. PETRETTO, *Mercato, organizzazione industriale e intervento pubblico*, Bologna, 1993.

³²⁴ M. MONTI, *Managing the intersection of utilities regulation and EC Competition Law*, in *The Competition Law Review*, 4, 2, pp. 123-145, Luglio 2008, rileva come di fatto tale sentenza dimostrerebbe come la Commissione europea “*curi*” con il diritto *antitrust* i fallimenti di mercato provocati dalle ANR. Tale soluzione sarebbe però solo temporanea nelle more del raggiungimento di maggiore indipendenza delle ANR dai poteri nazionali (i quali condizionavano sia l'ANR tedesca che quella spagnola).

³²⁵ Anche il giudice comunitario ha stabilito che, sebbene avesse analizzato in parte fenomeni di *margin squeeze*, l'ANR spagnola si era basata su dati di costo che “*Telefonica non poteva non sapere [...] che non corrispondevano alla realtà*”.

polacco aveva già versato alla locale ANR per le violazioni regolamentari relative ai medesimi fatti considerati da Bruxelles. Il che fa ritenere l'intervento della Commissione europea quale suppletivo a fronte del limitato intervento dell'ANR.

È possibile dunque osservare in conclusione che nonostante l'apparente pervasività del controllo *antitrust*, frutto delle concrete modalità applicative della teorica in esame, esso si sia di fatto ritagliato – almeno in ambito europeo – un ruolo sussidiario, con applicazione circoscritta ai casi in cui la regolazione di settore, nella sua concreta applicazione, determini effetti contrastanti con le finalità *antitrust* o non sia stata effettivamente in grado di promuovere e assicurare una conformazione del mercato sufficientemente pro-concorrenziale³²⁶.

Considerazioni opposte valgono viceversa in ambito nazionale alla luce del menzionato caso *Telecom A428*.

A differenza della Commissione nel menzionato caso *Telekomunikacja Polska*, l'AGCM non ha contestato *all'incumbent* di aver opposto KO falsi. Né ha contestato di aver posto in essere verifiche ulteriori e diverse rispetto a quelle imposte dalla regolamentazione. Contesta invece radicalmente le scelte organizzative che a suo dire sarebbero alla base della proliferazione dei KO.

Accertato che le modalità di fornitura dei servizi all'ingrosso non sono autonomamente definite da Telecom ma dettagliatamente imposte dalla normativa di settore, l'AGCM avrebbe dovuto chiudere il caso senza accertamento dell'infrazione perché come visto non sono imputabili comportamenti imposti dalla legge. È stato invece sufficiente l'acritico riferimento alla teoria della complementarità dell'intervento *antitrust* per imporre una sanzione amministrativa di oltre 103 milioni di Euro.

Evidente è dunque qui, sotto le mentite spoglie dell'enforcement *antitrust*, la volontà di contestare un modello regolamentare (*l'equivalence of output*) per spingere il mercato ad accelerare la riforma verso lo scorporo della rete.

³²⁶ Cfr. sul punto M. FILIPPELLI, *Telecom Italia e Trinko: la dialettica tra norme antitrust generale e disciplina regolatoria nelle telecomunicazioni in Europa e negli Stati Uniti*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2009, pp. 24 ss.

7. Il perseguimento di interessi ulteriori nell'*enforcement antitrust*: l'impraticabilità di una prospettiva assiologica

Abbiamo visto che secondo la prassi applicativa in esame, se la regolazione settoriale interviene *ex ante* a definire un quadro di regole ispirate al principio della concorrenza e compatibili con il mercato, l'intervento *antitrust* si colloca nella fase a valle, essendo volto a verificare *ex post* l'eventuale illiceità di comportamenti, che, pur formalmente conformi alla regolazione, sono tuttavia idonei a generare effetti anticompetitivi. Abbiamo altresì visto che ciò succede quando le regole lasciano agli operatori margini di discrezionalità nella loro applicazione e non coprono, come è ovvio che sia, fin nel minimo dettaglio le loro condotte. In questo senso i due strumenti, insieme, garantiscono una più completa tutela del mercato.

Occorre a questo punto verificare *come* in concreto possano intervenire le autorità di concorrenza nel suddetto contesto regolamentato, una volta verificato che l'impresa aveva effettivi margini di manovra. Entriamo così nel secondo ordine di problemi oggetto di analisi.

Al riguardo occorre chiedersi anzitutto se nell'applicare le norme a tutela della concorrenza si possa tenere conto di finalità diverse da quella di salvaguardare la competizione tra le imprese e il pluralismo economico. E quindi se qualcuno degli obiettivi stabiliti nel Trattato e sviluppati dalla regolazione possa essere preso in considerazione nell'applicazione del diritto della concorrenza.

In passato vi è stata qualche decisione che ha tenuto conto di obiettivi – diversi dalla salvaguardia della concorrenza – menzionati nei Trattati.

Al riguardo basta citare la decisione *Ford/Volkswagen* del 1992³²⁷, con la quale la Commissione europea esentò dal divieto un'intesa che l'Autorità antitrust tedesca intendeva vietare. In particolare, si trattava di una *joint venture* costituita

³²⁷ Decisione della Commissione, del 23 dicembre 1992, relativa ad una procedura a norma dell'articolo 85 del trattato (IV/33.814 - *Ford/Volkswagen*) GUCE n. L 020, 28.01.1993 pag. 0014 – 0022.

per la produzione di monovolume tra due delle principali imprese del mercato automobilistico europeo. L'Autorità tedesca valutava negativamente l'intesa sotto il profilo concorrenziale. La Commissione, invece, decise di autorizzare in via eccezionale l'accordo, perché *“il progetto costituisce il maggior investimento singolo estero mai effettuato in Portogallo. Si ritiene che esso porti, fra l'altro, alla creazione di circa 5.000 posti di lavoro e crei indirettamente fino a 10.000 posti di lavoro[...] Il progetto contribuisce quindi alla promozione di uno sviluppo armonioso della Comunità e alla riduzione delle disparità regionali, il che costituisce una delle finalità fondamentali del trattato”*.

Analogamente, in una decisione successiva (1994, nel caso *Philips/Osram*³²⁸), la Commissione autorizzò una joint venture tra i principali costruttori europei di lampadine, non solo per questioni di efficienza, ma anche sulla base delle conseguenze positive in termini di salvaguardia ambientale.

In ambito nazionale, si può citare al riguardo la nota vicenda *Alitalia*, in cui la tutela della concorrenza, come strumento per incrementare il benessere economico, è stata postergata, dal legislatore ad altri valori considerati di rango costituzionale superiore, rientranti tra le finalità sociali e non economiche, garantite dall'art. 41 Cost e dall'art. 1 TUE (sicurezza, dignità, libertà umana, etc³²⁹).

³²⁸ Decisione della Commissione, del 21 dicembre 1994, riguardante un procedimento a norma dell'articolo 85 del trattato CE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE (IV/34.252 - *Philips-Osram*), GUCE L 378, 31.12.1994, p. 37-44.

³²⁹ Cfr. sentenza Corte costituzionale n. 270/2010, *Foro it.*, 2010, I, 2901, con nota di PALMIERI – PARDOLESI. Venendo al caso *Alitalia*, a seguito del *crack* della compagnia di bandiera, l'intervenuta modifica legislativa sull'amministrazione straordinaria ha consentito di assicurare la prosecuzione dell'attività imprenditoriale in crisi, tutelando in primis i lavoratori, autorizzando un'operazione di concentrazione delle due principali compagnie aeree italiane, *Alitalia* ed *Air One*. Sul punto cfr. anche M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza. Il caso del decreto Alitalia*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 3296; S. SPUNTARELLI, *Poteri pubblici e costituzione dell'economia nel 'singolare' caso Alitalia*, in *Foro Amm. TAR*, 2009, pp. 1444-1459; C. OSTI, *Alitalia: la dolorosa storia*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2/2008, 317 e ss.; L. STECCHETTI, *Law cost: ripercussioni della legge 'salva Alitalia'*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, 513; A. NUZZO, *Parmalat, Alitalia e simili: occupazione, risparmio e via italiana nella gestione delle crisi d'impresa*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 110; M. BONINI, *Caso Alitalia: ricostruzione della*

Da allora, però, la tutela della concorrenza nella prassi della Commissione e delle Autorità nazionali è sempre stata considerata come *self contained*, cioè come una politica affidata a forme di attuazione meramente tecnica con esclusione di forme di bilanciamento con altri interessi oggetto di differenti politiche europee.

In questa prospettiva, la valutazione di un'intesa ai sensi del diritto della concorrenza andrà effettuata esclusivamente alla luce dei criteri stabiliti dall'art. 101 TFUE, ad esclusione di considerazioni attinenti ad altre politiche dell'Unione³³⁰. Anche se non manca qualche minoritaria posizione dottrinale³³¹ che prospetta la possibilità di impiegare anche in questo campo la tecnica del bilanciamento. In questa prospettiva, la mancata considerazione della concorrenza, da parte del Trattato di Lisbona, tra le finalità generali dell'Unione potrebbe avere l'effetto di accentuare la permeabilità delle politiche di concorrenza nei confronti di obiettivi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione.

vicenda alla luce della disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato e sul mercato comune, in Rivista it. Diritto pubblico comunitario, 2009, 787; P. FILIPPI, Amministrazione straordinaria Alitalia: la deroga al divieto di concentrazione e l'utilità sociale del salvataggio, in Il fallimento, 2011, 2, 145. In particolare, la crisi di Alitalia ha indotto il legislatore a modificare il testo del D.L. n. 347/2003 modificandolo con il D.L. 28 agosto 2008, n. 134 convertito con modificazioni nella legge 27 ottobre 2008, n. 166 35, per velocizzare l'instaurazione dell'amministrazione straordinaria per le imprese che operano "nei servizi pubblici essenziali". Tale procedura può essere applicata anche quando sia finalizzata alla cessione. Cfr., tra i commenti sul D.L. n. 134/2008: A CAIFA, La ristrutturazione delle grandi imprese affette da crisi industriale, in Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare, a cura di A CAIFA, Torino, 2009, p. 703; ID., La disciplina delle vicende traslative dell'azienda. Ristrutturazione di grandi imprese in crisi, in Dir. e prat. lav., 2009, p. 23 ss.; G. LO CASCIO, Insolvenza Alitalia: una nuova versione dell'amministrazione straordinaria, in Fall., 2008, p. 1117 ss.; ID., Alitalia: conversione del decreto legge sull'insolvenza, in Fall., 2008, p. 1366; P. MANGANELLI, Da Parmalat ad Alitalia: strumenti di gestione della crisi d'impresa, in Dir. e prat. soc., 2008, 23, p. 28; C. PESSINA-L. PITTALUGA, Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: il concordato, Impresa commerciale industriale, 2005, 4, p. 616.

³³⁰ G. PITRUZZELLA, *Regolazione e concorrenza*, Relazione al 60° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 18-20 ottobre 2014.

³³¹ E CANNIZZARO, *Il bilanciamento dei diritti fondamentali e l'art. 117, 1 comma, Cost.*, in *Riv. Dir.Int.*, 2010, 1.10.2012.

Rimane tuttavia che anche ammettendo la sola finalità pro-concorrenziale nell'applicazione del diritto della concorrenza, il discorso dell'interesse perseguito (in termini privatistici) o della funzione (in termini pubblicistici) dell'*enforcement antitrust* rimane scivoloso e passibile di una pluralità di interpretazioni.

Basti qui evidenziare che un comportamento non può essere giudicato anticoncorrenziale o *pro – competitivo* in astratto, bensì esclusivamente in relazione ai diversi valori – sottesi o comunque, connessi a un sistema di mercato concorrenziale – che si ritiene debbano essere perseguiti dalle norme *antitrust*³³²: valori che possono includere, secondo la tradizionale impostazione di stampo ordo-liberale, la protezione delle piccole e medie imprese, la garanzia delle pari opportunità, la correttezza nelle relazioni industriali, la dispersione del potere economico in un'ottica *statica* di mantenimento di un assetto strutturale del mercato aperto e pluralistico risultante dall'esercizio delle libertà economiche individuali³³³; ovvero valori che possono esaurirsi nella salvaguardia di dinamiche competitive atte a produrre i risultati benefici generalmente ascritti al gioco della concorrenza in ottica *dinamica*, in termini di efficiente allocazione delle risorse e promozione degli interessi dei consumatori, secondo la tradizionale impostazione della cd. scuola di Chicago³³⁴, timidamente recepita a partire dal 2009 anche in Europa negli *Orientamenti sulle Condotte Unilaterali escludenti*³³⁵; ovvero ancora

³³² Secondo E. M. Fox , “*definitions have cultural and normative content. What is harm to competition in not pure, scientific, and absolute*”, in E.M. FOX *What is harm to competition? Exclusionary practices and anti – competitive effect* , in *Antitrust Law Journal*, 2002, p. 371.

³³³ Si veda per tutti, G. AMATO, *Antitrust and the bounds of power: the dilemma of liberal democracy in the history of the market*, 1997.

³³⁴ Cfr. in particolare, R.A. POSNER, *The social cost of monopoly and Regulation*, in *Journal of Political Economy*, 1975, p. 805; ID, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, 1976. Sull'origine della Scuola di Chicago v. R. POSNER, *The Chicago Law School of Antitrust*, *Univ. Penn. L. R.*, 925 (1979), n. 127; G. STIGLER, *The Organization of Industry*, Chicago, University of Chicago Press, 1968. Sul tema vedi anche A. CUCINOTTA , R. PARDOLESI , R. J. VAN DEN BERGH, *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Hardback, 2002.

³³⁵ Cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, C (2009) 864, 9 febbraio 2009, disponibili sul sito internet <http://www.european-law.it/upload/1239198375.pdf>. In tema v. G. FAELLA, *L'incerto*

valori che possono estendersi all'integrazione di Stati indipendenti, come in Europa, in cui la disciplina della concorrenza è stata concepita come funzionale all'obiettivo politico dell'integrazione del mercato comune³³⁶.

Lo stesso paradigma dell'interesse del consumatore come obiettivo centrale della normativa *antitrust*, tanto enfatizzato nei citati *Orientamenti del 2009*, si presta ad una certa ambiguità³³⁷, in quanto può essere vista in vari modi: come un indicatore dell'effetto delle condotte sull'efficienza, come orientamento della normativa all'obiettivo finale della massimizzazione del benessere del consumatore finale, rispetto al quale il processo concorrenziale diventa un mezzo; ovvero come un criterio volto a una migliore valutazione delle condotte delle imprese sul mercato, al fine di evitare che la loro attività in effetti pro – concorrenziale sia limitata da un'applicazione formalistica delle norme, nel contesto tuttavia di un orientamento volto a proteggere il funzionamento del processo concorrenziale. Non a caso in dottrina si è parlato di “*relazioni pericolose*” tra *antitrust* e interesse dei consumatori³³⁸.

L'approccio assiologico alla delimitazione dei confini tra regolamentazione e *antitrust* sconta pertanto un limite insuperabile nella natura dinamica e *pluri – funzionale* della stessa disciplina concorrenziale.

Come non esiste un unico obiettivo della regolamentazione (v. Capitolo I, par. 8), così lo stesso *enforcement antitrust* risponde ad una pluralità di funzioni a seconda del modello di concorrenza che si assume a paradigma, per cui non

status dei prezzi predatori e degli sconti selettivi nel diritto antitrust europeo, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, 267.

³³⁶ Sul tema, v. *ex multis*, D. GERBER, *The transformation of European Community Competition Law*, in *Harvard International Law Journal*, 1994, p. 97 ss.

³³⁷ Cfr. la discussione fra G. AMATO – M. SCHWEITZER – P. DENOZZA – D. STRALLI – BRASS – A. NICITA, *Tutela della Concorrenza e tutela dei consumatori. Due temi confliggenti?*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, Agosto 2009, XI, n. 2, p. 381 – 400. Cfr. G. BRUZZONE – M. BOCCACCIO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica*, Convegno AGCM – Luiss- Università degli Studi Roma tre, Roma, 29 gennaio 2010.

³³⁸ A. PERA, *Le relazioni pericolose: antitrust e interesse dei consumatori*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, 2010, 913 ss.

sembra possibile fare riferimento alla categoria dell'interesse giuridicamente protetto come meccanismo di soluzione delle antinomie.

Per di più, gli obiettivi dinamici non sono definibili e implementabili in base a scelte tecniche dotate di un margine accettabile di determinabilità. Al contrario, il perseguimento di questi obiettivi richiede il compimento di scelte opinabili che riflettono il grado di apprezzamento dell'obiettivo da parte del decisore. Adottando un approccio assiologico si rischia quindi di compromettere definitivamente ogni possibilità di fare riferimento a parametri univoci³³⁹.

Appare emblematica in questo senso la più recente esperienza del diritto *antitrust* americano, che proprio facendo leva sulla differenza di obiettivi e strumenti del diritto regolamentare rispetto all'*enforcement antitrust* giunge al risultato – opposto rispetto a quello postulato dalla teorica in esame – di dedurre il primato del primo sul secondo³⁴⁰. La Corte Suprema ha stabilito che, quando si è in presenza di un mercato sottoposto a una regolazione dettagliata e specialistica con obiettivi pro – concorrenziale – nel caso in esame si trattava dei mercati finanziari – si può giustificare una *antitrust immunity* per le attività che siano esplicitamente o implicitamente autorizzate dalla regolazione settoriale e per le attività strettamente connesse con quelle autorizzate. In tal modo, la regolazione settoriale finisce per prevalere sul diritto della concorrenza. E così è stato nel caso in esame³⁴¹.

Ne discende a nostro giudizio l'impraticabilità di un'analisi astratta e meramente assiologica facente leva sull'interesse protetto³⁴² – come quella

³³⁹ Cfr. DENOZZA. F., *Il progetto teorico dell'analisi economica del diritto antitrust e il suo fallimento*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, 2010, 775 ss.

³⁴⁰ Supreme Court of the United States, *Credit Suisse Securities v. Billing et al*, 551 U.S. 264, 2007.

³⁴¹ Identica soluzione è stata adottata in precedenza proprio in materia di telecomunicazioni: Supreme Court of the United States, *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 398, 2004

³⁴² Ad esempio, il Tar Lazio con sentenza 26 gennaio 2012, n. 865, analizzando una sanzione dell'AGCM per abuso di posizione dominante in materia di trasporti ferroviari, ha ritenuto che la competenza dell'AGCM coesiste con la competenza dell'organismo preposto allo specifico settore dei servizi ferroviari, vale a dire l'URSF, in ragione della

tralatiziamente suggerita e recepita dal tradizionale orientamento giurisprudenziale nazionale e europeo già in precedenza commentato e criticato – per tentare di conferire certezza e prevedibilità all'intervento *antitrust* anche rimanendo nel solo solco dell'ottica meramente pro-concorrenziale del suddetto intervento.

8. Il principio di coerenza regolamentare nell'applicazione del diritto della concorrenza

Se il descritto approccio assiologico appare inadeguato per tracciare una linea applicativa chiara e netta dell'*enforcement antitrust* nei settori regolamentati perché plurali sono gli obiettivi e gli interessi perseguibili dal diritto della concorrenza, occorre prendere atto del fatto che l'ambiguità applicativa è un tratto caratteristico del sistema e bisogna indagare i possibili strumenti interpretativi e procedimentali in grado di mitigare tale incertezza.

Il cambio di prospettiva è notevole: si accetta l'impossibilità di una definitiva *actio finium regundorum* e si indagano i suoi possibili strumenti di contemperamento. Si supera l'idea che il conflitto tra autonomia dell'azione dell'AGCM e interdipendenza tra regolamentazione e *antitrust* possa ricondursi ad una soluzione unitaria, valida in ogni circostanza. E si adotta un approccio casistico che mira a inquadrare il problema applicativo concreto risolvendolo di volta in volta alla stregua del principio di concorrenza – perno della costituzione

differente *finalità delle funzioni svolte dai due Istituti*. In particolare, secondo il TAR l'attività dell'Autorità antitrust è indirizzata in via generale alla protezione dei consumatori e degli interessi concorrenziali tra le imprese, mentre l'attività di vigilanza svolta dall'URSF sui servizi ferroviari, come indicato dall'art. 30, co. 3, della direttiva 2001/14/CE in materia ferroviaria, è finalizzata specificamente a garantire che i diritti fissati determinati dal gestore per l'utilizzo delle infrastrutture siano conformi alle disposizioni della stessa direttiva e non siano discriminatori. Sostiene quindi il TAR che le due competenze, quelle dell'AGCM e quelle URSF, coesistono ed hanno finalità complementari, sia pure in qualche misura sovrapponibili, sicché, nello svolgimento delle proprie attività, gli operatori del settore devono considerare l'insieme di queste discipline come un complesso regolamentare integrato e curare il rispetto della regolamentazione nella sua globalità, adottando le misure necessarie.

economica sovranazionale³⁴³ – temperato con un’applicazione coerente con l’azione regolamentare.

A nostro giudizio la principale strada percorribile per assicurare certezza e prevedibilità all’intervento *antitrust* nei settori regolamentati è rappresentato dalla stretta applicazione di quello che si potrebbe definire come il “*principio di coerenza regolamentare*” nell’applicazione della disciplina *antitrust*.

In termini generali, può anzitutto osservarsi che la coerenza dell’ordinamento giuridico è un principio di rilievo costituzionale³⁴⁴ ed europeo³⁴⁵. Esso impone all’azione amministrativa di esprimersi con modalità funzionali ed adeguate alla cura dell’interesse pubblico concretamente perseguito, al fine di assicurare che il privato sia destinatario di precetti armonici, coerenti e non contraddittori, tali da consentirgli di determinare il proprio comportamento alla luce di regole certe, univoche e conoscibili *ex ante*³⁴⁶.

Trasponendo tali principi al problema in esame, si può parlare quindi di un principio di “*coerenza regolamentare*” nell’applicazione del diritto della concorrenza, funzionale ad assicurare che l’intervento pubblico nei due spazi avvenga in maniera coordinata e non contraddittoria.

In virtù di tale principio, l’ANC non può ignorare la regolamentazione e i provvedimenti dell’ANR quando adotta provvedimenti ai sensi delle norme *antitrust* nei settori soggetti a regolamentazione pro-competitiva³⁴⁷. In tali casi,

³⁴³ Su cui S. CASSESE, *La costituzione economica europea*, in *Riv.it.dir.publ.com.*, 2001, p. 907.

³⁴⁴ Da ultimo, Corte costituzionale sentenza 29.5.2013, n. 103.

³⁴⁵ Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenze 15.6.1993, causa C-225/91, *Matra/Commissione*, §§ 41 e 42; 27.1.2000, causa C-164/98 P, *DIR International Film et al./Commissione*, §§ 21 e 30, e Tribunale di primo grado UE, sentenza 31.1.2001, causa T-156/98, *RJB Mining/Commissione*, § 112.

³⁴⁶ L’attività amministrativa deve dare “*indirizzi univoci al mercato*” (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 20.2.2012, n. 13). A tal fine, l’azione delle diverse autorità deve “*coordinarsi in un’ottica di leale collaborazione*”, “*evitare sovrapposizioni*” (TAR Lazio, sez. I, sent. 21.6.2012, n. 5689, caso *Auditel*), nonché “*bis in idem o difformi valutazioni*” (Consiglio di Stato, sez. VI, 10.3.2006, n. 1271, caso *Telecom-A351*).

³⁴⁷ La regolamentazione “*contribuisce a determinare le condizioni di concorrenza*” entro cui le imprese si muovono e rappresentano “*un elemento pertinente ai fini dell’applicazione dell’ [102 TFUE] alla condotta seguita dall’impresa stessa, vuoi per*

l'ANC ha l'obbligo di accertare quali norme settoriali regolino le condotte delle imprese e qualora esse impongano comportamenti anticoncorrenziali ha il dovere di disapplicarle senza comminare alcuna sanzione³⁴⁸.

Inoltre, l'ANC ha l'obbligo di non discostarsi dagli accertamenti svolti dall'autorità di settore nei procedimenti di definizione dei rimedi regolamentari e sanzionatori, se non con adeguata motivazione e dimostrazione concreta dell'inattendibilità di un simile accertamento³⁴⁹, ovvero dell'inidoneità del rimedio regolamentare a risolvere il problema concorrenziale individuato³⁵⁰, ovvero ancora di prove concrete della sostanziale elusione del rimedio regolamentare da parte dell'impresa³⁵¹.

Muovendo da questa prospettiva, si dovrebbe quindi sempre accertare se vi sia stata o meno una lacuna nell'applicazione della funzione regolatoria. Se, in altri termini, si sia verificata la cattura del Regolatore il quale, di conseguenza, ha realizzato in misura affatto insoddisfacente gli obiettivi di promozione della concorrenza che l'ordinamento europeo gli conferisce. In questa evenienza dovrebbe sempre considerarsi possibile l'intervento dell'ANC la quale, pur intervenendo *ex post*, può comunque sostituirsi almeno in parte nell'azione di promozione della concorrenza propria delle ANR.

Al contrario, se l'ANR ha svolto il proprio ruolo senza omissioni o errori evidenti, allora deve ammettersi anche l'interdipendenza tra regolamentazione e antitrust. L'ANC quindi, quantunque non condivida i risultati delle analisi di

definire i mercati interessati, vuoi per valutare il carattere abusivo di tale condotta" (Corte di Giustizia UE, 14.10.2010. causa C – 280/08 P, *Deutsche Telekom*, § 224). Negli stessi termini, si è ritenuto che ai test di prezzo regolamentari "*deve, di regola, attenersi anche l'AGCM quando accerta se è stato o meno commesso un abuso di posizione dominante mediante offerta non replicabile*" (Consiglio di Stato, sez. VI, 10.3.2006, n. 1271, caso *Telecom-A351*).

³⁴⁸ Corte di Giustizia UE, 9.9.2003, causa C-198/01, *CIF/AGCM*, § 53. In termini, da ultimo, TAR Lazio, sez. I, sentenza 9.1.2013, n. 125, caso *Posta elettronica ibrida*.

³⁴⁹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 10.3.2006, n. 1271, caso *Telecom-A351*, § 6.6.4 e sentenze ivi citate.

³⁵⁰ Cfr. *Deutsche Telekom*, Causa T-271/03, § 265; Decisione *Telefonica*, cit. Sez. 1.4.1, § 501.

³⁵¹ Cfr. Decisione *Telekomunikacja Polska*, cit. § 400-405 e 578.

mercato compiute dall'ANR e i *remedies* da essa adottati, li dovrà comunque rispettare. In caso contrario, sarebbe oltre misura deteriorata la posizione delle imprese che si troverebbero in una posizione di completa incertezza giuridica per la quale sulla medesima fattispecie possono essere assoggettate a procedimenti strutturalmente assimilabili ma che, in ragione delle diversità di orientamento o di *policy* delle due Autorità che li istituiscono, possono dar luogo ad esiti opposti.

Si delinea in questo senso una interazione di tipo competitivo tra le due autorità (ANR e ANC) in cui l'intervento si delinea in termini di supplenza di un'autorità nei confronti dell'altra³⁵². Da essa entrambe le autorità traggono un rafforzamento della rispettiva posizione. L'una trova un proprio spazio in un ambito importante come le comunicazioni elettroniche rimesso alla competenza di un'autorità *ad hoc*. L'altra ottiene un incremento della *compliance* delle proprie decisioni da parte dei regolati.

Ne discende come ulteriore corollario che la razionalità, la coerenza e la prevedibilità della regolamentazione *antitrust* deve essere parametrata all'attività provvedimentale dell' ANR oltre che della stessa amministrazione della concorrenza, nonché al nucleo informativo (dalla stessa) reso disponibile al fine di rendere prevedibile l'azione³⁵³. In questo senso si può allora configurare in capo all'ANC un vero e proprio onere di motivazione del precedente amministrativo e delle ragioni che ne supportano i risvolti normativi, a cominciare dalla necessità di dovere abbandonare la regolamentazione sino a quel momento posta in essere³⁵⁴.

³⁵² Cfr. L. SALTARI,, *Accesso e interconnessione, La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, IPSOA, 2008, pp. 179 ss., il quale distingue tra interazione collaborativa e interazione competitiva.

³⁵³ R.J KOZEL – J.A. POJANOWSKY, *Administrative Change*, in *University of California Law Review*, 2011, p. 114 ss

³⁵⁴ Interessante sul punto l'onere motivazionale che progressivamente tende ad imporsi (anche) agli atti amministrativi generali, allo scopo di fare emergere la complessità di interessi che pure nel contesto di questi si manifesta. Si veda al riguardo M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. Trim.dir. pubbl.*, 2009, 707 ss. Cfr anche R.J KOZEL – J.A. POJANOWSKY, *Administrative Change*, cit., secondo cui i mutamenti di policy "voluti" (e direttamente imputabili alla pubblica amministrazione) devono essere idoneamente supportati e adeguatamente motivati, *ivi*, 146 ss.

Ciò vale a maggior ragione nel settore delle telecomunicazioni considerato che: (i) il nuovo quadro europeo delle comunicazioni elettroniche prevede strumenti e procedure che assicurano un'applicazione convergente con i principi di diritto della concorrenza³⁵⁵, perseguendo il fine comune del corretto funzionamento del mercato interno³⁵⁶; (ii) le principali fattispecie oggetto dell'intervento *antitrust* (rifiuto di fornitura e compressione dei margini) individuano i medesimi problemi competitivi per prevenire i quali il rimedio regolamentare è stato appositamente congegnato³⁵⁷; (iii) gli obiettivi dei rimedi regolamentari coincidono in gran parte con quelli che l'AGCM persegue, ossia la parità di trattamento.

La funzione di tale principio, a nostro giudizio immanente al sistema, è ovviamente quello di dare certezza alle imprese sulla correttezza del loro operato e di tutelare il loro legittimo affidamento³⁵⁸, impedendo così interventi

³⁵⁵ Cfr. art. 8, c. 2 Direttiva Quadro; art. 7, Direttiva Quadro; Direttiva Accesso, considerando 13. Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato (2002/C - 165/03), § 14, 19 e 31; Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni (98/C 265/02), § 15.

³⁵⁶ Cfr. art 3, c. 3 TUE, art. 3 TFUE e il Protocollo n. 27 al Trattato di Lisbona sul mercato interno e sulla concorrenza.

³⁵⁷ Artt. 49-50 CCE e artt. 12-13 Direttiva Accesso.

³⁵⁸ Cfr. in dottrina per tutti il classico studio di F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico – dagli anni “trenta all’alternanza”*, Giuffrè, 2001. La tutela del legittimo affidamento costituisce principio generale dell'azione amministrativa, che si risolve “*in un limite all’azione della Pubblica Amministrazione, la quale, nel rispetto dei principi fondamentali fissati dall’art. 97 della Costituzione, è tenuta ad improntare la sua azione non solo agli specifici principi di legalità, imparzialità e buon andamento, ma anche al principio generale di comportamento secondo buona fede, cui corrisponde l’onere di sopportare le conseguenze sfavorevoli del proprio comportamento che abbia ingenerato nel cittadino incolpevole un legittimo affidamento*” (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 15.7.2008, n. 3536, e TAR Lazio, sez. I, sentenza 16.5.2012, n. 4455). Invero, “*secondo una giurisprudenza costante, la possibilità di far valere il principio della tutela del legittimo affidamento è prevista per ogni operatore economico nel quale un’istituzione abbia fatto sorgere fondate aspettative*” (*Ex multis*, Corte di giustizia UE, sentt. 26.6.2012, causa C-335/09P, *Repubblica di Polonia/Commissione*, § 180, e 22.6.2006, causa C-182/03, *Forum187ASBL/Commissione*, § 147). Si rileva come la tutela del legittimo affidamento non è espressamente prevista dai Trattati dell’Unione Europea, ma la Corte di Giustizia fin dalla decisione C – 12/77 del 3 maggio 1978 (Topfer), ha affermato che “*il principio di tutela dell’affidamento fa parte dell’ordinamento giuridico comunitario*” quale corollario del principio di certezza del

disarmonici tra ANR e ANC in termini di: (i) possibile *conflitto* con le decisioni dell'autorità di regolamentazione, qualora la condotta dell'impresa sia conforme alla regolamentazione e dunque lecita secondo le autorità di regolamentazione, ma costituisca, secondo le autorità di concorrenza competenti, una violazione della normativa europea e/o nazionale di concorrenza; oppure (ii) violazione del principio del *ne bis in idem*³⁵⁹ qualora un'impresa venga sanzionata per la medesima condotta anche dall'autorità di regolamentazione³⁶⁰.

Infatti se l'ANC non rispetta il principio di coerenza regolamentare, essa a ben vedere non si limita a sanzionare una condotta, bensì agisce inammissibilmente quale nuovo e diverso regolatore, arrogandosi “*funzioni spettanti*” all'ANR³⁶¹ – il che nell'attuale sistema di ripartizione delle competenze

diritto, riunendo le diverse esperienze europee in un sistema molto pragmatico, che a propria volta ha influenzato la giurisprudenza italiana mediante i principi di ragionevolezza e proporzionalità dell'attività amministrativa.

³⁵⁹ Il principio del *ne bis in idem* vieta di processare (*ne bis in idem* processuale) o sanzionare (*ne bis in idem* esecutivo) il medesimo soggetto due volte per gli stessi fatti che siano stati già oggetto di una decisione definitiva. Nell'ordinamento italiano il *ne bis in idem*, sebbene non contemplato espressamente dalla Costituzione, è ricondotto dalla giurisprudenza costituzionale agli artt. 24 e 111 Cost (cfr. da ultimo sentenza Corte Costituzionale n. 129 del 2008 e si impone comunque al legislatore in base e nei limiti di cui alla CEDU (art. 4, protocollo n. 7), che la preve in entrambe le sue forme (cfr. da ultimo sentenza CEDU *Grande Stevens*, (Ricorsi n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10) 4 marzo 2014. Sui problemi applicativi del *ne bis in idem* nei rapporti tra autorità amministrative indipendenti cfr. in particolare F. TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Giappichelli, 2012.

³⁶⁰ Secondo il Consiglio di Stato, non sussiste una violazione del principio del *ne bis in idem* quando la medesima condotta viene valutata secondo “*diverse qualificazioni giuridiche*” (cfr. Cons. Stato, sent. 20.12.10 n. 9306, *Eni-TTPC/AGCM*, ove il Consiglio di Stato ha ritenuto che non costituisca violazione del principio del *ne bis in idem* l'aver condannato la medesima condotta sia per abuso di posizione dominante, sia per violazione degli impegni assunti innanzi all'Autorità in un precedente provvedimento).

³⁶¹ Ad esempio, il giudice amministrativo ha censurato l'intervento antitrust che imponeva “*una repentina apertura alla concorrenza nel settore*” (TAR Lazio, sez. I, sentenza 3 settembre 2012, n. 7481, caso *SNAM*), ovvero che realizzava in concreto “*una determinazione 'regolativa' del mercato stesso [...] esorbitante rispetto alle attribuzioni di vigilanza, controllo e verifica in ordine al corretto svolgimento delle dinamiche competitive, che l'ordinamento disciplina e demanda all'[AGCM]*” (TAR Lazio, Sez. I, 8.5.2009, n. 5005, caso *Autostrade*).

costituisce un *vulnus* al principio di certezza giuridica – e dettando criteri opinabili senza neanche possedere le necessarie competenze tecniche³⁶².

Insomma, a nostro giudizio il rispetto o meno di tale principio segna il limite invalicabile oltre il quale si trasforma la natura stessa della funzione pubblica esercitata dall'ANC, segnando il passaggio nell'applicazione del diritto *antitrust* da una fisiologica “*regolazione amministrativa dei mercati*” a “*carattere correttivo/occasionale*”³⁶³ ad una patologica attribuzione di funzioni regolative generali a carattere permanente.

9. Il principio di coerenza regolamentare: un esempio pratico in materia di *margin squeeze* e sue implicazioni di sistema

Un esempio concreto della possibile implementazione del principio di coerenza regolamentare come poc'anzi delineato si ha in materia di *margin squeeze*.

Come già accennato in precedenza (v. Cap. II, par. 4.2.), l'applicazione parallela di *test* di prezzo diversi da parte di autorità o giudici distinti è un serio problema per questo tipo di illecito, proprio perché i suoi contorni esatti dipendono da valutazioni discrezionali su prezzi investigati o metodi di quantificazione dei costi e riscontro degli effetti spesso non prevedibili al momento della condotta.

È successo di frequente che l'impresa dominante abbia adeguato la propria politica tariffaria alle indicazioni del regolatore di settore, per poi essere sanzionata in base al diritto della concorrenza. Simili situazioni risultano ancora più paradossali quando il regolatore abbia pubblicato in anticipo con notevole dettaglio i principali criteri del *test* e abbia condotto controlli preventivi e

³⁶² Direttiva Accesso, artt. 5 e 8; CCE, artt. 18 e 19; Art 3, c. 3 TUE e art. 26 TFUE.

³⁶³ Così. M. LIBERTINI, *Diritto della Concorrenza dell'Unione Europea*, 2014, p. 43. In termini v. anche M. R. FERRARESE, *Diritto e Mercato. Il caso degli Stati Uniti*, 1992.

successivi sulle singole offerte, poiché non altrettanto avviene per l'art. 102 TFUE³⁶⁴.

Il principio di diritto europeo è chiaro: il rispetto della regolamentazione di settore non esonera l'impresa investigata da sanzioni per abuso di posizione dominante, salvi i casi in cui tale normativa non consenta alcun tipo di concorrenza o abbia specificamente imposto la condotta contestata. Pertanto, anche se il regolatore abbia fissato direttamente le tariffe dei servizi all'ingrosso e abbia persino accertato in concreto la replicabilità dei prezzi al dettaglio praticati dall'impresa dominante in base ai *test* regolamentari, l'impresa dominante risponde ugualmente di eventuali *price squeeze* riscontrati in forza dell'art. 102 TFUE, perché resta teoricamente libera di fissare prezzi al dettaglio più alti di quanto richiesto dalla regolamentazione³⁶⁵. Né essa può riporre un legittimo affidamento negli accertamenti del regolatore, quando quest'ultimo non sia dotato di una specifica competenza per l'applicazione dell'art. 102 TFUE.

Molti commentatori hanno criticato questo approccio³⁶⁶, soprattutto con riguardo al settore delle comunicazioni elettroniche, dove i regolatori nazionali applicano *test* di replicabilità definiti in base ai principi dell'art. 102 TFUE (anche se formalmente non hanno il potere di applicare direttamente questa disposizione),

³⁶⁴ La *Supreme Court* degli Stati Uniti ha ritenuto che, quando esiste una regolamentazione di settore volta a prevenire e risolvere i problemi della concorrenza, il ruolo del diritto della concorrenza dovrebbe essere più limitato, in quanto gli “*additional benefits*” derivanti dalla sovrapposizione di distinti controlli con fini omogenei “*will tend to be small*”. *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis v. Trinko*, 540 US 398 (2004). P. 412. Su questa pronuncia, si v. in generale J. E. SCHEUERMANN & WILLAM D. SEMINS, *A New Method for Regulatory Antitrust Analysis? Verizon Communications Inc. v. Trinko* 12 RICH. J.L. & TECH. 1 (2005); A. GIANNACCARI, *Il caso Trinko, Mercato concorrenza regole*, 2004, I, 187–192.

³⁶⁵ Cfr. Corte UE sent. 14.10.2010, C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, § 85, e sent. 17.2.2011, C-52/09, *TeliaSonera*, §§ 50-51; Trib. UE sent. 29.3.2012, T-336/07, *Telefónica*, §§ 327-337.

³⁶⁶ Vedi da ultimo A.F. ÖZKAN, *Margin Squeeze Amid the Modernisation of Article 102 TFEU: Endorsement of the Effects-based Approach?*, in *The competition Law review*, 2014, vol. 10, p. 145 ss.

in attuazione del quadro regolamentare di riferimento di diritto europeo e con la collaborazione della Commissione e delle autorità nazionali di concorrenza³⁶⁷.

Infatti, quantomeno con riguardo ai mercati delle comunicazioni elettroniche, i regolatori possono essere considerati meglio posizionati per valutare i prezzi dell'*incumbent*, poiché vigilano permanentemente sull'evoluzione dei prezzi e dei costi del settore, inclusi quelli dell'impresa investigata. Inoltre, anche quando i *test* regolamentari perseguono fini ulteriori o complementari rispetto alla tutela della concorrenza (come la promozione degli investimenti), l'applicazione retroattiva di *test* divergenti in forza dell'art. 102 TFUE rischia inevitabilmente di pregiudicare il raggiungimento degli obiettivi regolamentari e, in ultima analisi, la corretta attuazione dei Trattati e delle direttive europee.

Ma, soprattutto, la duplicazione dei controlli sulla replicabilità dei prezzi da parte dell'Autorità e del regolatore impone un costo molto alto alle imprese in termini di certezza del diritto. Infatti, il *price squeeze* è una di quelle fattispecie in cui l'Autorità non solo cumula le funzioni di soggetto inquirente e giudicante (sia pure assoggettato a un successivo controllo giurisdizionale di legittimità), ma definisce anche in maniera retroattiva i criteri da applicare al caso concreto, sfruttando gli ampi margini di indeterminatezza dell'art. 102 TFUE; con una funzione assimilabile anche più che per altri abusi a quella di un vero e proprio legislatore (che, peraltro, in materie penali non dovrebbe nemmeno dettare disposizioni retroattive).

Pertanto, quando non sussiste un'oggettiva giustificazione per l'applicazione di *test* divergenti (ad esempio, perché i *test* regolamentari sono illegittimi o inadeguati), in virtù del sopra menzionato principio di coerenza

³⁶⁷ Sul *price squeeze* e l'importanza dei *test* di replicabilità si v. P. CROCIONI & C. VELJANOVSKI, *Price Squeezes, Foreclosure and Competition Law* in *Journal of Network Industries* 4, 2003, pp. 28–60; D. GERADIN & R. O'DONOGHUE, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector* in *Journal of Competition Law and Economics* 1(2), 2005, pp. 355–425; D. W. CARLTON, *Should 'Price Squeeze' Be A Recognized Form of Anticompetitive Conduct* in *Journal of Competition Law & Economics* 4(2), 2008, pp. 271–8.

regolamentare la mera diversità di opinioni tra amministrazioni confligge potenzialmente con numerosi principi di portata costituzionale, tra i quali non ultimo quello del buon andamento della pubblica amministrazione³⁶⁸.

La giurisprudenza europea e la prassi decisionale della Commissione formatesi in materia risentono della primazia del diritto europeo rispetto alla normativa nazionale e della posizione gerarchicamente sovraordinata della Commissione europea rispetto alle amministrazioni nazionali nell'attuazione dei Trattati europei³⁶⁹.

Ma si tratta a ben vedere di un argomento debole e recessivo perché anzitutto dal punto di vista formale la normativa delle comunicazioni elettroniche attua un principio fondamentale dello spazio giuridico comunitario: la libera circolazione dei servizi funzionale alla costituzione del mercato comune³⁷⁰. Si tratta questo di un valore senz'altro di pari grado di quello della tutela della concorrenza, tanto più che a seguito del trattato di Lisbona, la concorrenza appare

³⁶⁸ Sul principio di buon andamento della pubblica amministrazione, cfr. P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della P.A.*, in Scritti in onore di P. Calamandrei, Padova 1958, IV, 136; N. SPERANZA, *Il principio di buon andamento – imparzialità nell'art. 97 Cost.*, in *Foro Amm.* 1972, II, 86; C. De Seta, *Principi giurisprudenziali in tema di buon andamento*, in *Ammin. e Contab.* 1985, 27; G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, 1993, 268ss.

³⁶⁹ Ad esempio, la Corte Generale, nella citata sentenza in data 29.3.2012, causa T-398/07, *Telefonica*, ha rilevato che “*in considerazione dei principi che disciplinano la gerarchia delle norme, tali atti [ie, le direttive del settore delle comunicazioni elettroniche] non possono, al di fuori delle disposizioni del Trattato che l'autorizzino, derogare ad una disposizione del Trattato, nella specie l'art. 82 CE*”.

³⁷⁰ V. sentenza della Corte di Giustizia in data 31.1.2008, caso C380/05, *Europa7*, secondo cui “*l'art. 49 CE osta all'applicazione di qualsiasi normativa nazionale che abbia l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile della prestazione di servizi puramente interna ad uno Stato membro (sentenza 8 settembre 2005, cause riunite C-544/03 e C-545/03, Mobistar e Belgacom Mobile, Racc. pag. I-7723, punto 30). Nel settore delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica tali principi sono stati attuati dal NQNC*” (parr. 79-80). A ciò aggiungasi che gli artt. 170 e 26 TFUE collegano la promozione delle reti di comunicazione trans-europee alla realizzazione del mercato interno, e che l'art. 95 CE (oggi, 114 TFUE) - quello che stabilisce la potestà legislativa comunitaria avente “*per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno*” - è stata la base giuridica delle direttive di settore.

tutelata come “*strumento*” necessario (anche se non sufficiente) per raggiungere obiettivi di benessere collettivo³⁷¹ e non come “*valore in sé*”³⁷².

In ogni caso, tale *ratio* non ricorre nei conflitti tra amministrazioni nazionali, particolarmente quando entrambe applicano norme di diritto europeo: situazione, questa, su cui i giudici europei non si sono ancora specificamente pronunciati.

Per di più, anche la tradizionale distinzione secondo cui il diritto della concorrenza implicherebbe controlli successivi delle condotte fondate su dati concreti a consuntivo (c.d. *ex post*), mentre la regolamentazione svolgerebbe solo verifiche preventive sulla base di mere stime, non giustifica di per sé l’uso di *test* di prezzo diversi, quantomeno nei casi in cui anche l’Autorità si avvalga di stime previsionali o il regolatore di settore abbia effettuato verifiche *ex post*.

Queste considerazioni contribuiscono a spiegare perché la giurisprudenza italiana, a differenza di quella europea relativa al caso del conflitto tra Commissione e autorità nazionali, abbia voluto limitare la possibilità di opinioni divergenti tra l’AGCM e l’AgCom. In un caso in cui l’AGCM aveva censurato una pratica di *margin squeeze* nel settore delle telecomunicazioni, il Consiglio di Stato ha affermato che “[q]uanto alla valenza dei tests di prezzo [regolamentari] in linea di principio [...], dovendo il mercato essere normato da regole certe e conoscibili ex ante, a tali tests di prezzo deve, di regola, attenersi anche l’AGCM, quando accerta se è stato o meno commesso un abuso di posizione dominante mediante offerta non replicabile”³⁷³.

³⁷¹ La giurisprudenza comunitaria ha da tempo affermato che le disposizioni specifiche in tema di concorrenza devono essere interpretate in coerenza con le disposizioni di principio, contenute nei primi articoli del Trattato (cfr. Corte di Giustizia CE, 21.2.1973, C – 6/72, *Europemballage – Continental Can*).

³⁷² Cfr. A. MUSSO, *la disciplina della concorrenza nella costituzione per l’Europa*, in *Studi in onore di Gerhard Schricker*, 2005, p. 435 ss. In termini v. anche M. LIBERTINI, *Diritto della Concorrenza dell’Unione Europea*, 2014, p. 58.

³⁷³ Cfr. Cons. Stato sent. 10.3.2006 n. 1271, § 11.5.5.e). Coerentemente, in più di un caso, il giudice civile ha escluso la sussistenza di una abusiva compressione dei margini alla luce della positiva valutazione della replicabilità dell’offerta svolta dall’AgCom (Trib. Milano ord. 23.12.2008, *Tiscali c. Telecom Italia* e ord. 31.1.2009, *AIPP c. Telecom Italia*, e *Assoprovider c. Telecom Italia*). Invece, nel provv. DATA n. 24339, A428, *Wind-*

Sussistono tuttavia ancora concrete difficoltà applicative del principio in esame anche a livello nazionale, se è vero che nel più volte menzionato caso A428 l'AGCM ha contestato all'*incumbent* anche un *margin squeeze* applicando un test di prezzo diverso e dichiaratamente incompatibile con la normativa di settore.

10. I raccordi procedurali tra le diverse autorità chiamate ad applicare le norme di concorrenza

L'impossibilità pratica di risolvere le antinomie e le sovrapposizioni nelle applicazioni delle regole di concorrenza mediante gli ordinari strumenti interpretativi, soprattutto in un settore fortemente regolamentato quale quello delle comunicazioni elettroniche, porta ad indagare i raccordi di tipo procedurale in grado di mitigare le possibili contrapposizioni tra ANC e ANR da un lato (raccordi di tipo orizzontale) e tra Commissione europea e autorità nazionali dall'altro (raccordi di tipo verticale o a "rete")³⁷⁴.

Entriamo così nella terza delle questioni sopra formulate.

L'esigenza di un approccio procedimentale al problema è avvertito ormai da tempo anche a livello europeo³⁷⁵.

Fastweb/Condotte Telecom Italia, pur confermando in astratto la validità del principio sancito dal Consiglio di Stato, l'Autorità si è distaccata dai criteri di valutazione delle offerte seguiti dall'AgCom (cfr., ad esempio, il § 527).

³⁷⁴ Sulla necessità di indagare i raccordi procedurali e sulla generalizzazione del modello procedimentale, per lo più sviluppato in senso processuale, al fine di allocare pretese e diritti cfr. F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.* 2010, p. 299 ss e M. CLARICH, *Garanzia del Contraddittorio nel procedimento*, ivi, 2004, p. 59 ss.

³⁷⁵ La letteratura sul tema dei nuovi modelli procedurali europei è vasta. Cfr. S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, p. 689, 2002; AA. VV. a cura di R. PEREZ, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, 2004; G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo Europeo. Principi e Istituti*. 2008; G DELLA CANANEA – CLAUDIO FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione Europea*, seconda edizione 2013, p. 157; L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Giuffrè, 2007; L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Il Mulino, 2006; ID, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Seconda Edizione 2012, p. 301 ss; R. CAIAZZO, *Antitrust e telecomunicazioni (l'Attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel settore delle telecomunicazioni nei suoi primi vent'anni)*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione*

Il diritto europeo infatti non si limita più a dettare le norme comuni per la disciplina di alcuni settori. Individua anche l'assetto organizzativo e funzionale delle autorità, europee e nazionali, chiamate ad applicare la disciplina comune. Lo ha fatto, tra l'altro, con le direttive del 2002 sulle comunicazioni elettroniche e con il regolamento n. 1/2003 concernente l'applicazione delle norme sugli illeciti concorrenziali dettate dagli articoli 101 e 102 del trattato³⁷⁶.

La principale discontinuità va ricercata nell'attribuzione alla Commissione europea di competenze sostanzialmente regolatorie. Si modifica così il modello d'attuazione indiretta. È superata la netta dicotomia tra legislazione comunitaria e applicazione nazionale e si passa ad un nuovo paradigma d'integrazione amministrativa in Europa in cui il controllo della Commissione determina una fase d'integrazione dell'attività nazionale d'attuazione che può eventualmente concludersi con l'esercizio del potere di veto in sede regolamentare ai sensi dell'art. 7 e 7bis Direttiva Quadra, o addirittura con l'avocazione del caso, in sede di enforcement *antitrust* ai sensi dell'art. 11, Regolamento 1/03³⁷⁷.

In entrambi i casi si istituisce un sistema attuativo composito, in parte europeo in parte nazionale che merita di essere analizzato perché di fatto strumentale alla concreta implementazione del principio di coerenza regolamentare³⁷⁸.

dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato, 2010, 913 ss. Cfr. in proposito L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo. Saggio sul pluralismo europeo*, 2009.

³⁷⁶ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato.

³⁷⁷ Cfr. SALTARI L., *Accesso e interconnessione, La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, IPSOA, 2008, pp. 213 ss.

³⁷⁸ Cfr. M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. Amm.*, 2004, 705 ss. ID, *La "rete europea di concorrenza e la costruzione del diritto antitrust*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, vol IV, Giuffrè, pp. 35 - 53

10.1. Il procedimento ex art. 7 Direttiva Quadro

Il primo strumento di raccordo, operante già sul piano regolamentare, è rappresentato dalla cd. procedura ex art. 7 Direttiva Quadro³⁷⁹.

Ai sensi della citata disposizione, le ANR devono notificare preventivamente alla Commissione europea (e alle altre ANR) le proposte di imposizione dei *remedies*. Queste ultime hanno 30 giorni per trasmettere le proprie osservazioni, che le ANR devono tenere nel “*massimo conto*”. Una parte della giurisprudenza nazionale interpreta questo requisito in modo stringente chiedendo all’ANR di produrre adeguata motivazione in caso di non accoglimento delle osservazioni comunitarie e non già di limitarsi a fornire una risposta “*tautologica*”³⁸⁰.

In tale contesto, la Commissione europea gode di poteri di veto solo allorché il progetto nazionale miri a identificare un mercato rilevante diverso da quelli indicati dalla Raccomandazione sui mercati rilevanti ovvero individui imprese che detengono significativo potere di mercato o intenda imporre un *remedy* diverso da quelli tipici previsti dalla Direttiva Accesso (cfr. art. 8, comma 3, Direttiva Accesso).

In tutti gli altri casi, la Commissione europea può al massimo chiedere (*rectius* “invitare” con raccomandazione) all’ANR di ritirare una proposta di

³⁷⁹ F. MARINI-BALESTRA, *The European concert of electronic communications : ten years of applying article 7 procedures*, ECLR, 34(6) 2013, pp. 291-299.

³⁸⁰ TAR Lazio, Sez. III-ter, sentenza in data 14.11.2011 n. 9739. Questa sentenza è stata riformata dal Consiglio di Stato, Sez. III, con decisione in data 15.5.2012 n. 2802, senza però approfondimenti specifici sul tema (il giudice di appello si limita ad affermare che l’AgCom avrebbe motivato la sua decisione di non accogliere le osservazioni comunitarie). Il giudice ha comunque specificato che non gli compete di verificare nel merito se abbia ragione l’ANR o la Commissione europea, ma solamente di verificare se la prima abbia effettivamente replicato alle osservazioni critiche dell’esecutivo comunitario (TAR Lazio, Sez. III-ter, sentenze in data 11.7.2012 nn. 6321 e 6323). Successivamente, il TAR Lazio, Sez. I, sentenza in data 10.10.2012 n. 8381 ha riaffermato il proprio orientamento di cui alla sentenza n. 9739/2011, ritenendo che i commenti della Commissione europea abbiano uno specifico valore in quanto finalizzati “*a contribuire allo sviluppo di un mercato unico delle telecomunicazioni assicurando la cooperazione tra autorità di regolazione e tra queste e Commissione, in vista di una coerente e trasparente applicazione delle direttive in subjecta materia in tutti gli Stati membri*”.

remedy qualora ritenga essa possa creare ostacoli al mercato comune o non sia compatibile con il diritto comunitario (nuovo art. 7bis, Direttiva Quadro, introdotto dalla novella del 2009).

La decisione finale spetta tuttavia alle ANR. Infatti, anche a valle di una Raccomandazione della Commissione che invita l'ANR a ritirare la misura nazionale, l'ANR può con motivazione rinforzata insistere sulla misura esponendosi al più al rischio di avvio di una procedura di infrazione ex art. 258 TFUE³⁸¹.

A prescindere dall'esercizio del potere di veto (il quale risulta esercitato in grosso modo lo 0.7% dei casi³⁸², ossia in 7 casi su circa 1000 notificazioni ricevute dalla Commissione europea), la lettera di commenti ex art. 7 della Direttiva Quadro ha costituito uno dei principali strumenti di *soft law* per perseguire quotidianamente l'armonizzazione delle regole a livello comunitario, garantendo un ruolo di guida alla Commissione europea.

Il valore "*pratico*" di tali lettere è senz'altro superiore a quello giuridico (esse sono pacificamente ritenute non vincolanti dalla giurisprudenza, sia nazionale sia comunitaria³⁸³). Come risulta dalla *Communication on market reviews under the EU Regulatory Framework (3rd report)*³⁸⁴, le ANR tengono prevalentemente conto delle osservazioni della Commissione europea, le quali poi, almeno nei casi più rilevanti, servono a indicare a tutte le ANR (non solo alla

³⁸¹ Cfr. Raccomandazione della Commissione europea sul calcolo delle tariffe per l'accesso alla rete in rame, resa nota in data 12 dicembre 2013, emanata all'indirizzo di Agcom sulla proposta di delibera unbundling approvata dall'Agcom il 11 luglio 2013. Si v. altresì sentenze TAR Lazio nn. 2769, 2772, 2775/2015.

³⁸² V. *Overview of notifications*, disponibile alla pagina web http://circa.europa.eu/Public/irc/infso/ecctf/library?l=/overview_comission&vm=detailed&sb=Date_d

³⁸³ Cfr. Tribunale di I Grado, ordinanze in data 12.7.2007, caso n. T-109/06, *Vodafone*; e in data 22.2.2008, caso T-295/06, *BASE*; e, a livello interno, *inter multis* TAR Lazio, Sez. III-ter, sentenze in data 11.2.2011 n. 1336 e in data 1.12.2011 n. 9484. Da ultimo, la citata sentenza del TAR Lazio n. 9739/2011 ha confermato l'orientamento che riconosce carattere non vincolante alle lettere in questione, enfatizzando però gli obblighi di motivazione in capo all'ANR qualora decida di discostarsi dall'opinione della Commissione (il giudice parla espressamente di "*obbligo rafforzato di motivazione*").

³⁸⁴ Bruxelles, 1.6.2010, COM(2010)271 final.

diretta destinataria) quale sia l'opinione della Commissione europea sulle tematiche di maggiore importanza dal punto di vista regolamentare.

La procedura *ex art. 7* rileva dunque “*l'emersione di uno spazio giuridico europeo*”. La più attenta dottrina parla al riguardo di co-amministrazione o co-decisione, nel senso che essa delinea un sistema in cui larga parte dell'applicazione del diritto europeo è lasciato agli organi interni in stretto coordinamento con l'esecutivo europeo³⁸⁵.

Si tratta allora di capire fino a che punto si può spingere la Commissione europea in questa procedura *ex art. 7*, se cioè essa debba limitarsi a controllare dall'esterno sotto il profilo tecnico la correttezza delle decisioni nazionali, ovvero essa possa spingersi fino a sindacare nel merito le decisioni nazionali introducendo nel processo decisionale interessi diversi da quelli già considerati dalle ANR.

In teoria la Commissione europea dovrebbe intervenire solo a tutela della concorrenza nel mercato interno (ossia, solo per tutelare specifici interessi di portata europea), lasciando tutte le altre decisioni di merito alle ANR sotto il controllo dei giudici nazionali (cui soli spetterebbe il compito di vagliare il rispetto degli altri interessi)³⁸⁶. Per l'effetto, essa dovrebbe contestare il progetto di decisione nazionale solo laddove essa si ponesse in insanabile contrasto con il diritto europeo e il mercato interno.

Militano a favore di tale conclusione una molteplicità di considerazioni.

Anzitutto, sul piano sistematico, la Direttiva Quadro assegna alla Commissione europea solo il compito di definire orientamenti *coerenti* con i principi della concorrenza (ambito questo di dominio dell'esecutivo comunitario, nella sua veste di “*guardiano del Trattato*”, tra cui le disposizioni *antitrust*) coerentemente con il rispetto del principio di sussidiarietà.

³⁸⁵ Cfr. G DELLA CANANEA – CLAUDIO FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione Europea*, seconda edizione 2013, p. 157.

³⁸⁶ In dottrina, v. LAROUCHE-DE VISSER, *The triangular relationship between the Commission, NRAs and National courts revisited*, in *Communications & Strategies*, 64, 2006.

Inoltre, da un punto di vista letterale, il nuovo art. 7bis della Direttiva Quadro menziona come base dei “*seri dubbi*” della Commissione in tema di *remedies* unicamente il potenziale contrasto con il “*diritto comunitario*”, laddove l’art. 7 in materia di potere di veto riguarda seri dubbi sulla compatibilità con il diritto comunitario e “*in particolare*” con gli obiettivi regolamentari di cui all’art. 8, medesima Direttiva Quadro. Come osserva attenta dottrina, “*potrebbe quindi desumersi che la Commissione possa svolgere una verifica più “ficcante” solamente qualora intenda vietare l’adozione di specifiche misure, senza godere di altrettanta lata facoltà in sede di analisi di remedies (nel qual caso il bilanciamento degli obiettivi regolamentari spetterebbe unicamente alle ANR)*”³⁸⁷.

Si aggiunga poi che l’imposizione dei *remedies* ordinari spetta unicamente alle ANR (ove non ricorra l’ipotesi del potere di veto attribuito alla Commissione europea), le quali peraltro sarebbero anche le “*meglio posizionate*” a valutare idoneità ed efficacia dei *remedies* nel contesto nazionale.

Tuttavia, la prassi si è evoluta in tutt’altra direzione: la Commissione europea critica le proposte nazionali anche laddove non vi siano palesi rischi per gli interessi comunitari, effettuando un vero e proprio giudizio di merito sull’idoneità delle misure proposte anche sulla base delle condizioni di mercato nazionali³⁸⁸.

Inoltre, nonostante le lettere *ex art. 7* Direttiva Quadro siano rivolte a una specifica ANR con riferimento a uno specifico caso e precisino che “*la posizione espressa dalla Commissione sulla presente notifica non pregiudica altre posizioni*

³⁸⁷ Cfr. F.M. BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, Cedam, 2013, p. 65.

³⁸⁸ Ad esempio, la Commissione europea ha contestato la ricostruzione dell’AgCom relativa alle condizioni di concorrenza infrastrutturale esistente nel nostro Paese (nella specie, essa ha dubitato che gli OLO fruissero sempre dei servizi di ULL laddove disponibili, evitando l’acquisto dei servizi di accesso a banda larga all’ingrosso o bitstream access; v. lettera in data 6.8.2010, prot. SG-Greffe (2010) D/12083); ancora la Commissione europea ha valutato la tempestività dell’intervento che si ri-prometteva di effettuare l’AgCom ed è entrata *funditus* nell’opportunità di prevedere prezzi distinti per i servizi di accesso per le utenze residenziali e non residenziali (v. lettera in data 21.10.2010, prot. SG-Greffe (2010) D/16578).

che la Commissione potrà assumere con riferimento ad altri schemi di provvedimento”³⁸⁹, nei casi più importanti la Commissione europea utilizza tali lettere per inviare i propri orientamenti a tutte le ANR e cita soluzioni già raggiunte in altri contesti³⁹⁰.

Il che consente di affermare che, di fatto, la Commissione europea sfrutta la procedura *ex art. 7* per effettuare un esteso controllo di merito sulle attività delle ANR, che si trovano così sottoposte al sindacato della Commissione europea³⁹¹.

Accomunando essa funzioni propriamente regolamentari con funzioni di *enforcement antitrust*, il ruolo centrale della Commissione già nella fissazione delle “*regole del gioco*” dovrebbe evidentemente facilitare lo sviluppo armonico delle regole di concorrenza funzionale anche ad assicurare certezza regolamentare alle imprese. Il descritto meccanismo *ex art. 7* rappresenta pertanto a ben vedere un valido strumento di prevenzione di possibili conflitti. Non a caso in letteratura si è parlato di “*concerto regolamentare*” per qualificare la peculiare figura di organizzazione amministrativa che esso determina³⁹².

10.2. L’*European Competition Network*

Un secondo strumento di raccordo, operante questa volta sul piano dell’*enforcement antitrust* nei rapporti tra ANC e Commissione europea, è rappresentato dal *European Competition Network*, la “*rete*” europea formata dalla

³⁸⁹ Tale formulazione ricorre in tutte le lettere (v., ad esempio, la lettera inviata all’AgCom in data 29.6.2006, prot. SG-Greffe(2006)D/203407, casi IT/2006/0407-0408).

³⁹⁰ Ad esempio, nella lettera in data 29.10.2009, prot. SG-Greffe(2009)D/8059, casi IT/2009/0987-0988-0989, la Commissione europea ha rammentato all’AgCom di essersi già espressa contro l’imposizioni di prezzi “*equi e ragionevoli*” (e non già orientati al costo) in precedenti lettere inviate alle ANR slovena e spagnola.

³⁹¹ Cfr. LAROCHE, *Europe And Investment In Infrastructure With Emphasis On Electronic Communications*, Tilburg University, 2007, secondo cui la Commissione europea interpreta il suo ruolo come forma di “*review instance*”, mirante a verificare *ex novo* le decisioni delle ANR.

³⁹² Cfr. S. CASSESE, *Il Concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, p. 689 ss.

Commissione e dalle autorità nazionali di concorrenza istituita dal Regolamento CE 1/03³⁹³.

L'*European Competition Network* è un sistema decisionale “a rete” di cui fanno parte la Commissione e le singole ANC. Esso sviluppa una forma sufficientemente evoluta di cooperazione amministrativa, con modalità di coordinamento in parte disegnate dallo stesso regolamento, in parte rimesse alla *soft regulation*³⁹⁴.

Come noto, la finalità primaria del Regolamento consiste nell’*“applicazione efficace e uniforme degli articoli 81 e 82 del trattato nella Comunità”* anche nella prospettiva del futuro *“allargamento”* (considerando 1 del regolamento)³⁹⁵. La realizzazione di tale finalità è affidata: a) al *“maggiore coinvolgimento”* delle autorità nazionali di concorrenza (si veda il considerando 6) e al loro potere-dovere di applicare direttamente l’articolo 101, compreso il paragrafo 3 prima di pertinenza esclusiva della Commissione, e l’articolo 102 in casi di intese e di abusi di posizione dominante che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri; b) al conferimento di maggiori poteri istruttori e decisori alla Commissione; c) all’inserimento delle autorità nazionali di concorrenza e della Commissione nella *“rete”*.

Quest’ultima, dunque, costituisce uno strumento essenziale per la realizzazione della finalità primaria del regolamento comunitario.

In particolare, sotto quest’ultimo profilo il regolamento n. 1/2003 ha previsto, anzitutto, una *“stretta collaborazione”* della Commissione con le varie

³⁹³ L’idea di un modello *“a rete”* applicato al sistema europeo di concorrenza è stata espressa più volte da G. AMATO durante il periodo di presidenza dell’Autorità Antitrust. Si vedano, tra i suoi scritti, *Le autorità indipendenti*, nel volume curato da L. VIOLANTE, *Storia d’Italia*, Annali 14, *Legge Diritto Giustizia*, Einaudi, 1997, p. 367 ss. Sulla particolare natura del procedimento europeo a rete si dimostra ancora molto interessante la raccolta di saggi presente in A. PREDIERI – M. MORISI, *L’Europa delle reti*, 2000. Più di recente S. SCREPANTI, *La dimensione ultrastatale delle autorità indipendenti: i “sistemi comuni” europei e globali*, in *Riv. Dir.pubbl.com*, 2009, p. 913 ss.

³⁹⁴ Cfr. in particolare la *Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza* (C 101/03, 27 aprile 2004).

³⁹⁵ Per un primo approfondimento si veda E. GUERRI, *L’applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/03*, Giappichelli, 2005. V. anche L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Giuffrè, 2005.

autorità nazionali di concorrenza e fra autorità nazionali. Si tratta di una collaborazione plurale, che dà luogo a rapporti verticali e orizzontali all'interno della "rete"³⁹⁶. Per di più, la collaborazione fra autorità nazionali e tra queste e la Commissione è *"improntata alla parità, al rispetto, alla solidarietà"*³⁹⁷.

Come osservato dalla più attenta dottrina *"non si agisce più lungo un asse verticale caratterizzato da un movimento ascendente-discendente, ma secondo un movimento orizzontale, e per così dire "a rete", tra soggetti e Istituzioni sia europee sia nazionali con competenze analoghe e "concorrenti" verso obiettivi comuni"*³⁹⁸.

Ai fini della presente ricerca, tre sono i profili funzionali da porre in evidenza: la "rete" veicola informazioni; delinea forme di cooperazione procedimentale in fase istruttoria; produce decisioni.

a. La "rete" raccoglie e veicola informazioni sui procedimenti destinati all'applicazione degli articoli 101 e 102 del trattato.

Tali informazioni servono, anzitutto, alla ripartizione dei casi fra le autorità³⁹⁹. In particolare, le autorità nazionali di concorrenza informano per iscritto la Commissione prima o immediatamente dopo l'avvio della prima misura formale di indagine. L'informazione è trasmessa anche alle altre autorità nazionali di concorrenza (articolo 11, paragrafo 3). A sua volta, la Commissione fornisce un'informativa alle autorità nazionali riguardo all'avvio di procedure in applicazione degli articoli 101 e 102 (articolo 11, paragrafo 2).

Se ha avviato la Commissione, la competenza resta incardinata in capo ad essa (par. 6). Se ha avviato un'autorità nazionale di concorrenza, sarà di regola

³⁹⁶ Cfr. suoi nuovi modelli procedurali L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, a cura di L. Torchia, II ed., Il Mulino, 2012.

³⁹⁷ Così è detto nel punto 7 della Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della "rete" delle autorità garanti della concorrenza.

³⁹⁸ Così A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli 2007, p. 86.

³⁹⁹ Per un approfondimento L.F. PACE, *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del regolamento 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE*, in *Riv.it.dir.pubbl.com*, 2004, p. 147 ss e più ampiamente ID., *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Giuffrè 2005, p. 361.

questa stessa autorità a proseguire, a meno che essa ritenga di non essere “ben situata” per decidere o che altre autorità si considerino “ben situate”. Si ha, in tali casi, una “ri-allocazione” della competenza, che va decisa entro un termine breve, possibilmente tramite accordo fra le autorità. I criteri di ripartizione della competenza sono principalmente: il territorio sul quale si producono gli effetti dell’illecito; la capacità dell’autorità di far cessare l’infrazione; la capacità di raccogliere le prove. Se la competenza non è della Commissione, la soluzione ottimale è che spetti ad una sola autorità nazionale; vi può comunque essere “azione parallela” di più autorità nazionali⁴⁰⁰.

In secondo luogo, le informazioni, anche riservate, vengono scambiate e utilizzate nella “rete” come mezzi di prova, dunque a fini istruttori⁴⁰¹. Oltre ai limiti posti dal regolamento allo scambio di informazioni (articolo 12), che riguardano la riservatezza, la finalità specifica dell’applicazione degli articoli 101 e 102 e l’oggetto dell’indagine per il quale le informazioni sono state raccolte, sono da sottolineare i particolari problemi riguardanti i programmi di *leniency*: cioè quelle misure, praticate da alcune autorità di concorrenza, che consentono di non sanzionare o di sanzionare in misura ridotta le imprese che forniscono informazioni tempestive su intese alle quali hanno preso parte⁴⁰².

⁴⁰⁰ Cfr. su tali profili la *Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell’ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza*, in Gazzetta ufficiale C 101 del 27.4.2004, §§ 43 e ss.

⁴⁰¹ E’ stato sottolineato che lo scambio di informazioni riservate è uno dei tratti caratteristici del passaggio da una *soft* ad una *hard cooperation*: v., in proposito, B. ZANETTIN, *Cooperation Between Antitrust Agencies at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 119 ss.

⁴⁰² Le informazioni rese da un’impresa che ha partecipato ad un cartello e lo denuncia, per ricevere immunità o benevolenza da una autorità nazionale di concorrenza che pratica la *leniency*, potranno essere “messe in rete” e utilizzate solo a certe condizioni. Non tutte le autorità, infatti, hanno adottato programmi di *leniency* e vi sono differenze tra quelli resi operativi: in un sistema in cui è possibile la competenza parallela di più autorità, l’impresa che ha deciso, per ottenere la *leniency*, di fornire notizie sul cartello cui ha partecipato, deve avere garanzie sufficienti di non esserne penalizzata. Ne risulterebbe altrimenti vanificato l’incentivo delle imprese a ricorrere ai programmi di *leniency*, che possono essere fondamentali per perseguire forme gravi di collusione. Su tutti questi problemi cfr. in dottrina M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2007, p. 265 e in giurisprudenza l’ordinanza di remissione alla Corte di

b. La rete delinea inoltre forme di cooperazione procedimentale che si articolano sotto forma di: (a) assistenza prestata da funzionari delle autorità nazionali di concorrenza agli agenti Commissione nel corso di audizioni e ispezioni condotte dalla Commissione; (b) effettuazione di ispezioni da parte delle autorità nazionali per conto della Commissione.

Nella prima ipotesi il procedimento è integralmente comunitario e si esercitano i poteri ispettivi attribuiti dal Regolamento n. 1/2003 alla Commissione, in particolare gli accertamenti “in altri locali”, che consentono di ispezionare “il domicilio di amministratori, direttori e altri membri del personale delle imprese o associazioni di imprese”, a seguito di autorizzazione del giudice dello Stato membro interessato (articolo 21).

Nella seconda ipotesi, si tratta di un procedimento ispettivo nazionale, cui si applica il diritto nazionale sui poteri di accertamento, che si inserisce nella più ampia procedura comunitaria per la constatazione dell’illecito derivante da intesa o da abuso di posizione dominante (art. 22, comma 2).

In entrambi i casi le autorità nazionali di concorrenza svolgono una funzione servente a favore della Commissione.

Vi sono, poi, forme di assistenza reciproca fra autorità nazionali di concorrenza: un’ autorità nazionale può procedere a qualsiasi accertamento o altra misura di acquisizione dei fatti in nome e per conto di altre autorità nazionali. In tal caso, un procedimento ispettivo condotto secondo il diritto di uno Stato membro s’inserisce in una più ampia procedura di accertamento d’illecito svolta in base ad altro diritto nazionale (art. 22, comma 1).

Vi sono, infine, modalità di assistenza degli agenti della Commissione in favore dei funzionari delle autorità nazionali di concorrenza per ispezioni effettuate da queste ultime per conto della Commissione (art. 22, comma 2).

In definitiva, le varie funzioni di assistenza che vengono fornite tramite la “rete” riflettono l’aspetto di “solidarietà” richiamato nella menzionata

Giustizia di quesito pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato in relazione al cartello I722, caso *DHL*, Cons. Stato, sez. VI, ordinanza n. 4508/2014.

Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento del *network*.

c. La “*rete*” produce infine decisioni con funzioni di indirizzo.

E’ l’aspetto più rilevante, che David Gerber ha chiamato “*normative force*”, cioè la formazione delle decisioni, della “*giurisprudenza*” delle autorità⁴⁰³. Nell’attuale sistema, le decisioni che interpretano e applicano gli articoli 81 e 82 del trattato saranno adottate dalla Commissione e dalle autorità nazionali di concorrenza a seguito del dialogo e dei procedimenti che prendono corpo “*nella rete*”⁴⁰⁴. Le decisioni, poi, saranno naturalmente sottoposte a controllo giurisdizionale, comunitario o nazionale.

Quanto alla funzione decisionale, la Commissione mantiene forte preminenza rispetto alle autorità nazionali di concorrenza. Tale preminenza trova nel nuovo regolamento diversi sostegni.

In primo luogo, va sottolineato il rapporto fra norme comunitarie e norme nazionali. Quando le autorità nazionali di concorrenza applicano la loro rispettiva legislazione alle intese o agli abusi che incidono sugli scambi intracomunitari, esse debbono applicare anche gli articoli 81 e 82. L’applicazione delle norme nazionali da parte delle autorità dei vari Stati membri non può condurre al divieto di intese che non sono vietate in base al diritto comunitario della concorrenza (articolo 3 del regolamento). Ne deriva una limitazione della possibile sfera decisionale delle autorità nazionali di concorrenza.

In secondo luogo, la Commissione gode di maggiori poteri istruttori e decisori. Basti pensare agli accertamenti presso i domicili privati e ai rimedi strutturali, che solo dalla Commissione possono essere disposti (articoli 21 e 7).

In terzo luogo, la Commissione può, sia pure in casi eccezionali e per ragioni d’interesse pubblico comunitario, adottare decisioni dichiarative

⁴⁰³ Si veda D.J. GERBER, *The Evolution of a European Competition Law Network*, paper presentato al Workshop 2002 “*EU Competition Law and Policy*”, in, *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

⁴⁰⁴ Cfr. F. LAFARGE, *Administrative Cooperation between Member States and the Implementation of EU Law*, in *European Public Law*, 2010, 597 ss.

sull'inapplicabilità del divieto di cui all'articolo 81 o all'articolo 82, soprattutto per quel che riguarda nuove fattispecie non consolidate nella giurisprudenza e nella prassi (considerando 14 e articolo 10).

In quarto luogo, le autorità di concorrenza degli Stati membri, ed anche le giurisdizioni nazionali, non possono adottare decisioni, ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato, che siano in contrasto con la decisione della Commissione avente ad oggetto le stesse intese o pratiche (articolo 16). Ciò al fine di evitare conflitti fra decisioni e di garantire certezza ed uniformità nell'applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza (considerando 22). E' da precisare che si tratta di ipotesi in cui le decisioni delle autorità o dei giudici nazionali, da un lato, e della Commissione, dall'altro, vertono sulla medesima fattispecie. Non viene conferita, dunque, alla decisione della Commissione la forza del precedente nei confronti delle decisioni adottate in sede nazionale: se, infatti, vi fosse l'efficacia propria del precedente, questa dovrebbe valere non solo nella rara ipotesi di fattispecie identica, ma anche e soprattutto nell'ipotesi di fattispecie simile⁴⁰⁵.

In quinto luogo, la Commissione può esprimere, su richiesta delle imprese, un "orientamento informale" su questioni nuove o non risolte riguardanti l'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato (considerando 38). Gli orientamenti informali non saranno vincolanti né per gli Stati, né per le autorità, né per le Corti, ma avranno importante valore indicativo.

Infine, l'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione in materia di intese o di abusi di posizione dominante "*priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato*" (articolo 11, paragrafo 6). E' una sorta di avocazione automatica della competenza in capo alla Commissione, che discende dall'avvio del procedimento comunitario per l'accertamento degli illeciti concorrenziali. L'avocazione della competenza è un tratto caratteristico del

⁴⁰⁵ La giurisprudenza europea ha già chiarito che i giudici nazionali non possono adottare decisioni in contrasto con quelle della Commissione "*quando si pronunciano su accordi o pratiche che sono già oggetto di decisione da parte della Commissione*", cioè quando la fattispecie è identica: v. Corte di giustizia CE, 14 dicembre 2000, causa C-344/98, *Masterfoods*, Racc. 2000 p. I-11369.

modello di sovraordinazione gerarchica⁴⁰⁶: la preminenza della Commissione nei confronti delle autorità nazionali di concorrenza assume, dunque, un'intensità particolare⁴⁰⁷.

Nella *Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza* (2004/C 101/03) vengono specificati analiticamente i presupposti dell'avocazione. Tra gli altri: (a) il rischio di decisioni confliggenti tra autorità nazionali di concorrenza; (b) il rischio di decisioni delle autorità nazionali di concorrenza in aperto conflitto con la giurisprudenza europea consolidata. Sotto quest'ultimo profilo, è interessante evidenziare che secondo la Comunicazione “*i principi enunciati dalla giurisprudenza degli organi giurisdizionali comunitari e nelle decisioni e nei regolamenti precedenti della Commissione dovrebbero servire da parametro di valutazione*” (§ 57, b)⁴⁰⁸; (c) l'indebito prolungamento del procedimento relativo al caso da parte delle ANC; (d) la necessità di adottare una decisione di politica comunitaria della concorrenza, specie se la questione riguardi più stati membri.

In sostanza questa norma – a differenza dell'art. 7 Direttiva Quadro – attribuisce alla Commissione il diritto generale di dire l'ultima parola (cd *Kompetenz Kompetenz*) laddove una ANC adotti una decisione che si ponga in contrasto con la politica europea della concorrenza. Peraltro, in presenza di una rete di stretta cooperazione tra Commissione e ANC, tale previsione costituisce

⁴⁰⁶ Così M. D'ALBERTI, *La “rete” europea delle Autorità di concorrenza*, in www.learlab.com.

⁴⁰⁷ Cfr. commento di V. GIGLIO, art. 11 Regolamento n. 1/03, in *Commentario breve al diritto della Concorrenza*, a cura di L.C. UBERTAZZI, p. 2116.

⁴⁰⁸ L'esigenza di adottare a livello nazionale standard definiti non solo nelle sentenze dei giudici comunitari, ma anche nelle decisioni della Commissione pone delicati problemi: sembra quasi che si pretenda di attribuire alle decisioni della Commissione un valore di precedente vincolante nei confronti delle decisioni delle autorità di concorrenza degli Stati membri, in nome di uno “*stare decisis amministrativo*” che non trova riscontri di sorta né nell'ordinamento comunitario né in altri sistemi giuridici. E' significativo rammentare che la giurisprudenza amministrativa italiana considera le decisioni della Commissione come “*punti di riferimento*” da tenere in adeguata considerazione: in altri termini, la decisione della Commissione può semmai valere per le autorità degli Stati membri come *persuasive precedent*, con valore di orientamento interpretativo, e non come *binding precedent* (si veda, in proposito, Tar Lazio, Sez. I, 24 maggio 2002, n. 4632).

l'unico meccanismo formale di risoluzione delle controversie. Si tratta tuttavia di una norma che, sebbene centrale da un punto di vista sistematico, ha avuto scarsissimo impatto pratico dal momento che ad oggi non risultano casi di avocazione delle competenze da parte della Commissione europea⁴⁰⁹.

La ragione della mancato esercizio del potere di avocazione va ravvisata a monte nel successo del meccanismo a rete come strumento conformativo. Infatti nel complesso, l'attività dell'European Competition Network ha conosciuto un grado di successo piuttosto elevato, e ciò non solo rispetto all'osservanza formale delle procedure ma, più in generale, per l'espressione di una rilevante coesione nel perseguimento della *mission* assegnata⁴¹⁰.

In conclusione, il meccanismo a rete appena descritto palesa che il diritto europeo non si limita più a prevedere la disciplina comune in particolari settori, ma regola anche gli assetti organizzativi e funzionali delle autorità, sia comunitarie che nazionali, chiamate ad applicare la disciplina comune.

Così, il diritto europeo viene ad incidere sulla regolazione di procedimenti, poteri e *status* di autorità nazionali, limitando le scelte dei legislatori degli Stati membri e delle ANC e delle ANR. E' il fenomeno che Sabino Cassese ha definito "irruzione" europea nel diritto amministrativo nazionale⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Nel Practical Law Competition, 2014 si legge che "ECN statistics published by DG Competition report that 1,717 Article 101 or 102 cases had been pursued by ECN members between 1 May 2004 and 28 February 2014, and over 721 envisaged decisions were notified to the Commission under Article 11(4) of the Modernisation Regulation. [...] To date, the Commission has never initiated proceedings under Article 11(6) in order to relieve another NCA of its competence to deal with a case". In termini vedi anche GERARDIN, LAYNE-FARRAR, Petit, 2014, secondo cui "since the entry into force of reg. 1/2003 [...] in none of these case, have proceedings been initiated by the Commissione pursuant to article 11(6) with a view to relieving an NCA of its competence to deal with a case".

⁴¹⁰ Cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Relazione sul funzionamento del regolamento 1/03* (C 206, 29 aprile 2009). In dottrina cfr. F. MUNARI, *L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE. Primi bilanci, problemi irrisolti e parziali soluzioni*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2009, p. 147.

⁴¹¹ Si veda S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2003, p. 37. ID, *European Administrative Proceedings*, in *Law and contemporary Problems*, 2004, p. 21 ss.

Si tratta a ben vedere di un'irruzione positiva nell'ottica di assicurare la prevedibilità del contesto normativo e regolamentare di riferimento anche in sede applicativa del diritto *antitrust*.

Se si considera che l'art. 1 l. 287/1990 dispone tra l'altro che la legge nazionale di concorrenza va interpretata “*in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza*”, proprio il coordinamento in fase applicativa assicurato dalla rete spinge inevitabilmente l'AGCM a conformarsi alle decisioni europee della Commissione, pur in un contesto in cui l'ANC mantiene la piena autonomia in ordine alla decisione dei singoli casi. Il che consente una tendenziale uniformità negli esiti proprio perché viene “*predeterminata*” l'equivalenza della disciplina sostanziale⁴¹², riconducendo così ad unità le spinte centrifughe che potenzialmente promanano dall'attività delle singole amministrazioni statali⁴¹³.

10.3. I Protocolli di intesa tra AgCom e AGCM

Con specifico riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche, meritano inoltre di essere analizzati anche i protocolli di intesa tra AgCom e AGCM che determinano un'ulteriore forma di coordinamento procedimentale questa volta di tipo orizzontale tra ANC e ANR⁴¹⁴.

⁴¹² L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, 2006, 27 ss. definisce il sistema di *enforcement* della disciplina *antitrust* “*unitario ma non uniforme*”, anche se ne viene teorizzata la necessaria equivalenza (finalistica) nell'applicazione della disciplina sostanziale. L'autrice individua quindi nella predeterminazione della disciplina sostanziale l'elemento caratterizzante e, sembrerebbe, anche sufficiente ai fini della complessiva armonizzazione delle regole *antitrust* in ambito europeo.

⁴¹³ Cfr. L. DE LUCIA, *Cooperazione e conflitto nell'Unione amministrativa europea*, in *Riv.dir.pubbl.com.*, 2011, 13 ss. Per considerazioni maggiormente focalizzate sul tema oggetto di analisi cfr. G.F. LICATA, *Limiti al principio dell'autonomia procedurale e rafforzamento della cooperazione amministrativa nell'Unione Europea*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2012, p. 905 ss.

⁴¹⁴ Cfr. G. GITTI, *Gli accordi con le Autorità indipendenti*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, 2010, 1111 ss.

I Protocolli attualmente in vigore sono stati adottato nel 2004 e nel 2013. Quest'ultimo specifica che l'AGCOM e l'AGCM esercitano funzioni tra loro complementari, in ciò perseguendo interessi convergenti, ossia lo sviluppo e il mantenimento di adeguati livelli di concorrenza nei mercati e la tutela degli interessi dei consumatori.

La suddetta convergenza di interessi comporta, nel rispetto dell'autonomia e dell'indipendenza delle rispettive funzioni, la necessità di instaurare rapporti di cooperazione per coordinare e rendere più efficace l'esecuzione dei rispettivi mandati istituzionali.

Tale cooperazione si inserisce nel più generale principio di leale collaborazione tra le pubbliche istituzioni che trova riscontro, per l'AGCOM, nell'articolo 2, comma 22, della legge 14 novembre 1995, n. 481, secondo cui *“le pubbliche amministrazioni e le imprese sono tenute a fornire, alle Autorità, oltre a notizie e informazioni, la collaborazione per l'adempimento delle loro funzioni”* e, per l'AGCM, nell'articolo 10, comma 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, secondo cui *“l'Autorità ha diritto di corrispondere con tutte le pubbliche amministrazioni e con gli enti di diritto pubblico, e di chiedere ad essi, oltre a notizie ed informazioni, la collaborazione per l'adempimento delle sue funzioni”*.

Il coordinamento si estrinseca anzitutto con reciproci obblighi di segnalazione con funzione di composizione preventiva di eventuali conflitti.

In particolare, l'art. 1 del Protocollo 2013 prevede: (a) segnalazioni dell'AGCOM all'AGCM di casi in cui, nell'ambito di procedimenti condotti dall'AGCOM medesima, emergano ipotesi di eventuali violazioni, da parte degli operatori, delle norme alla cui applicazione è preposta l'AGCM e, in particolare, della legge n. 287/1990, delle disposizioni comunitarie in tema di concorrenza, del D.Lgs. n. 206/2005 e del D.Lgs. n. 145/2007; (b) segnalazioni dell'AGCM all'AGCOM di casi in cui, nell'ambito di procedimenti condotti dall'AGCM medesima, emergano ipotesi di eventuali violazioni, da parte degli operatori, delle norme alla cui applicazione è preposta l'AGCOM e, segnatamente, delle disposizioni recate dalla c.d. “Riforma Quadro

UE per le comunicazioni elettroniche” (direttiva 2009/136/CE, direttiva 2009/140/CE, Regolamento (CE) n. 1211/2009), dal c.d. “Quadro comunitario per i servizi postali dell’Unione europea” (direttive 97/67/CE e successive modifiche e integrazioni), nonché dalla legislazione nazionale e dai provvedimenti di regolazione relativi ai settori delle comunicazioni elettroniche, dei servizi media audiovisivi e radiofonici e dei servizi postali.

Il coordinamento opera poi sul piano informativo, al fine di facilitare il reciproco esercizio delle proprie funzioni.

A tal fine l’art. 2 del Protocollo 2013 prevede che l’AGCOM e l’AGCM si scambiano reciprocamente e periodicamente informazioni : (a) sulle linee generali di intervento; (b) sulle attività oggetto di vigilanza, se necessario anche in fase preistruttoria; (c) sui procedimenti avviati e sui relativi esiti sia in materia di concorrenza sia in materia di tutela del consumatore.

In terzo luogo, il coordinamento può operare direttamente sul piano istruttorio.

Rilevano a tal riguardo: (a) la possibilità di effettuare, nei limiti di legge, ispezioni congiunte relativamente a fattispecie di comune interesse, eventualmente anche avvalendosi della Guardia di Finanza; (b) la possibilità di svolgere indagini conoscitive congiunte in materie di interesse comune⁴¹⁵; (c) la previsione di un parere obbligatorio ma non vincolante sui provvedimenti dell’AGCM (art. 1, co. 6, lett. c), n. 11, l. n. 249 del 1997⁴¹⁶.

Con specifico riguardo a quest’ultima disposizione la prassi applicativa ha evidenziato che il parere ha efficacia conformante più nella (successiva) fase contenziosa che nella stessa fase procedimentale. Infatti, poiché il parere viene

⁴¹⁵ Un recente significativo esempio è l’Indagine conoscitiva sulla concorrenza statica e dinamica nel mercato dei servizi di accesso e sulle prospettive di investimento nelle reti di telecomunicazioni a banda larga e ultra – larga conclusa in data 8 novembre 2014, consultabile http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/4514-ic-48-testo-integrale.html

⁴¹⁶ Sulla natura del parere reso dall’AgCom si è espresso il TAR Lazio, Sez. I, sentenza 7286/2002, Seat Pagine Gialle/Cecchi Gori Communications, chiarendo che ove il preventivo e obbligatorio parere non intervenga nei termini indicati dalla legge, l’AGCM potrà procedere in ogni caso dando corso al procedimento.

concesso sullo schema di provvedimento finale adottato dall'AGCM è ben difficile che quest'ultima riveda il Provvedimento a istruttoria chiusa. Più probabile che esso venga valorizzato in sede contenziosa per stigmatizzare le eventuali contraddittorietà palesate nel parere, qualora esse non siano state recepite nel provvedimento finale.

De jure condendo, sarebbe quindi auspicabile che in riforma dell'attuale sistema si preveda che il parere arrivi almeno prima della fase finale dell'istruttoria di modo che esso sia opportunamente valutato già nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie anche al fine di consentire un adeguato contraddittorio su di esso alle parti indagate già nella fase istruttoria⁴¹⁷.

Rimane comunque che il Parere rappresenta un ulteriore e significativo strumento di coordinamento funzionale ad assicurare il rispetto del descritto principio di coerenza regolamentare. Ed è interessante evidenziare che mentre il procedimento ex art. 7 Direttiva Quadro assicura tale obiettivo in via preventiva nella fissazione delle regole del gioco, e il sistema a rete di implementazione della disciplina antitrust opera sul successivo momento applicativo ma solo su un piano generale della normativa applicabile, il raccordo orizzontale assicurato dal parere consente di mettere in contatto direttamente le due Autorità cui spetta rispettivamente la competenza a dire l'ultima parola addirittura in fase procedimentale.

⁴¹⁷ Si auspica in altri termini un ritorno alla precedente normativa. Sul punto V. PISAPIA, *Note in tema di ripartizione delle competenze fra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e Antitrust*, in *Pol. Dir.*, 1999, p. 241 ss.

CONCLUSIONE

Distinguendo tra miti giuridici “*ingenui*” e miti giuridici “*sapienti*”, uno dei maggiori esponenti della cultura giuridica italiana di tutti i tempi osservava che il mito “*è non raramente sprone ad attività più o meno utili, ispirando riforme la cui opportunità o necessità si rileva alle coscienze in tale forma, animando ad ardimenti che il ragionamento esatto, ma freddo farebbe insterilire, sviluppando come da un embrione che la racchiude e la cela, una sapienza che a poco a poco da inconsapevole diventa consapevole, spiegando una forza inizialmente latente e inoperosa, che ad un certo punto riesce ad affermarsi*”⁴¹⁸.

Se si osserva con occhio scevro da pregiudizi l’evoluzione dei servizi di pubblica utilità degli ultimi vent’anni è difficile oggi negare al principio di concorrenza il titolo di *mito sapiente* in grado di orientare e conformare la “*realtà effettuale della vita giuridica*”⁴¹⁹. L’idea che si potessero applicare meccanismi concorrenziali ai servizi pubblici economici considerati per natura un monopolio, mediante la dissociazione tra servizio e gestione, nel giro di soli vent’anni è passata dall’essere una dotta prolusione accademica in un’università inglese periferica a vero e indiscusso *mainstream* che ha attirato l’interesse da parte degli operatori, degli accademici, dei legislatori e delle autorità regolamentari e di concorrenza di tutto il mondo⁴²⁰.

Si è così passati da un sistema chiuso basato sullo schema del monopolio legale, a un modello aperto (e concorrenziale) applicato a un oggetto fino allora reputato impossibile.

Il settore delle telecomunicazioni – oggi comunicazioni elettroniche – assume valenza paradigmatica nella descrizione di tale processo, avendo

⁴¹⁸ SANTI ROMANO, *Mitologia Giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 134.

⁴¹⁹ Cfr. T. ASCARELLI, *Per uno studio della realtà giuridica effettuale*, in *Il diritto dell’economia*, 1956, 775 ss. L’illustre autore suggeriva di non fermarsi alla sola valutazione astratta delle norme e nemmeno alla semplice analisi della giurisprudenza, ma sottolineava la necessità di un’indagine che guardasse all’evoluzione della vicenda giuridica in funzione delle diverse trasformazioni delle strutture economiche e sociali.

⁴²⁰ Il riferimento è a S.C. LITTLECHILD, *Privatisation, competition and regulation*, London, 2002.

raggiunto dimensioni tali da essere un fattore determinante del capitalismo moderno e avendo rappresentato un vero e proprio “laboratorio” delle riforme sotto il decisivo influsso del diritto europeo.

Il presente lavoro ha indagato un aspetto specifico di tale processo: il rapporto tra regolamentazione e *enforcement antitrust* funzionale ad assicurare la concorrenzialità nel settore in esame, cercando di coniugare in una prospettiva unitaria gli aspetti giuridici, economici e finanche ingegneristici che lo caratterizzano, anche in un’ottica di evoluzione storica degli istituti.

Da questa pur ristretta prospettiva la ricerca consente di trarre alcune considerazioni di sistema sia in relazione allo specifico settore in esame, sia più in generale sui moderni meccanismi di regolamentazione dei mercati e di svelare l’esistenza di numerosi *miti ingenui* che come spesso accade costellano tutte le vere grandi innovazioni e impediscono di leggere le novità di lungo periodo pur di fornire un’accomodante e universale chiave di lettura dell’esistente.

Primo. Il rapporto tra regolamentazione e *enforcement antitrust* non può essere studiato in astratto perché condizionato dallo specifico contesto di riferimento in cui vive. Si tratta dunque di un rapporto che ha natura instabile e intrinsecamente evolutiva. Le risposte valide in un contesto di mercato non sono necessariamente vere in un altro e anche nell’ambito dello stesso mercato possono essere diverse le soluzioni ottimali a seconda dell’obiettivo finale e dello stato di avanzamento delle tecnologie che condizionano il contesto (v. l’emblematico esempio delle cd. asimmetrie tariffarie descritte nel Capitolo II). Di qui la necessità di un’indagine strutturale che guardi alle peculiarità del mercato in esame anche in ottica diacronica.

Così ad esempio, per le telecomunicazioni si sono alternati tre momenti distinti. Una originaria fase in cui la regolamentazione *ex ante* e l’*enforcement antitrust* avevano il comune obiettivo di stampo prettamente *pro-concorrenziale* di rendere possibile l’ingresso nel mercato dei nuovi operatori mediante il superamento dell’esclusiva legale e un’applicazione rigida dei principi dell’*essential facility*. Una seconda fase di consolidamento, avviata con il recepimento del *framework europeo* del 2002, in cui da un lato le ANR,

applicando uno strumentario di indagine proprio del diritto della concorrenza, hanno imposto obblighi di accesso e di interconnessione sull'*incumbent* (i cd. *remedies*) e hanno sviluppato una sapiente politica tariffaria basata sull'idea della *ladder of investment*; dall'altro le ANC sono intervenute in maniera consistente a reprimere le condotte devianti degli *incumbent* basando il loro intervento su una rigida applicazione del principio di complementarità, consentendo così il rafforzamento delle quote di mercato degli operatori concorrenti. Una terza fase, avviata nel 2009 con la riforma delle direttive europee, ulteriormente precisata nel 2013, caratterizzata da un arretramento della regolamentazione pro-concorrenziale a vantaggio di un'applicazione diretta delle regole di concorrenza da parte delle ANC, da una progressiva diminuzione dei mercati rilevanti nei quali le ANR possono imporre *remedies*, ma soprattutto da una decisiva incentivazione all'infrastrutturazione, funzionale ad assicurare una *facility based competition* tra operatori allo scopo di superare quello che è da sempre considerato il vizio genetico di fondo del sistema: l'esistenza di un'infrastruttura essenziale, la parte terminale della rete, di proprietà dell'operatore storico, verticalmente integrato.

In quest'ottica vanno infatti letti a nostro parere sia i dichiarati obiettivi di politica industriale del nuovo corso della regolamentazione implementati mediante nuove politiche tariffarie dei servizi di accesso all'ingrosso (superamento dell'asimmetrie tariffarie, incentivazione *all'unbundling* etc), sia a ben vedere i più recenti sviluppi in materia di abuso di posizione dominante a livello europeo e nazionale (in particolare, il caso A428), tutti di fatto miranti a incoraggiare in modo diretto o indiretto, il passaggio ad un modello di *equivalence of input* mediante lo scorporo della rete.

L'emersione di un obiettivo di lungo periodo di stampo industriale palesa la natura ingenua delle affermazioni di principio su un prossimo futuro ritrarsi della regolamentazione ad esclusivo vantaggio della disciplina *antitrust*, contenuta anche nella più recente normativa di derivazione europea.

Secondo. Il passaggio dei beni dal dominio pubblico o collettivo a quello privato, pur generalmente auspicato in molti studi di analisi economica, non è

privo di problemi⁴²¹. L'imperfetta configurazione dei diritti di proprietà che si succedono al diritto dominicale pubblico può determinare una "tragedia degli anticomuni": una situazione in cui più soggetti dispongono del potere di impedire l'esercizio delle prerogative dominicali su un dato bene⁴²². Ciò determina posizioni di rendita e moltiplica i costi di transizione. Si frammenta così il processo economico, conducendo a un "sottoutilizzo delle risorse" e, dunque, a risultati palesemente inefficienti. In alcuni casi, pertanto, le privatizzazioni funzionali ad assicurare la liberalizzazione del servizio, possono produrre una situazione peggiore rispetto a quella di partenza. Ciò accade in particolare tutte le volte in cui le dismissioni e le allocazioni di beni rimangono vittima di interessi particolari, ai quali sono attribuiti diritti e prerogative prima concentrati in mano pubblica⁴²³.

La teoria degli *anticommons* trova a ben vedere fertile terreno di applicazione proprio con riguardo alla disciplina delle reti di telecomunicazioni.

⁴²¹ Cfr. per un inquadramento generale del problema *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Sez. II, Mulino 2006, a cura di R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN. Cfr. anche PARDOLESI R., *Analisi economica del diritto*, in "Enciclopedia del Diritto", 2002, VI, Giuffrè, Milano.

⁴²² Secondo l'analisi economica del diritto, il termine "tragedia dei comuni" indica la situazione che si verifica ogni volta che il libero sfruttamento dei beni collettivi genera fenomeni di "sovraconsumo" che conducono al deperimento delle risorse, mentre il termine "tragedia degli anticomuni" indica un evento che si verifica quando la coesistenza di più diritti di veto crea le condizioni per l'utilizzo subottimale di una risorsa comune. Il primo termine è stato coniato da G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162 (1968), p. 1243 ss. Il secondo da F.I. MICHELMAN, "Ethics, economics and the law of property", in "Nomos series", 1982, 24, 1; e successivamente ripreso e sviluppato da M.A HELLER, *The tragedy of anticommons: property in the transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law review*, 111 (1998), p. 622 ss. Per una prima applicazione della teoria degli anticomuni alle reti di telecomunicazione v. M.A HELLER, *The UNE Anticommons: why the 1996 Telecom Reforms blocked Innovation and Investment*, in *Yale Journal on Regulation*, 25 (2005), p. 275 ss. Sul carattere perfettamente simmetrico delle due tragedie e ritardo dell'analisi economica nell'occuparsi della seconda, J.M. BUCHANAN – Y.J. YOON, YONG J., *Simmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, in *Journal of Law and Economics*, 43, (aprile 2000), p. 1.

⁴²³ Per un inquadramento generale del problema cfr. G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le "tragedie dell'interesse comune"*, in *Associazione Italiana dei professori di diritto amministrativo*, Annuario 2006, pp. 125 ss.

Si è visto infatti come regole speciali disciplinano minuziosamente le condizioni economiche e contrattuali di accesso da parte degli operatori alternativi, nell'intento di promuovere la concorrenza anche nella telefonia locale, superando la rendita che l'operatore dominante altrimenti ricaverebbe dal controllo dell'ultimo miglio (v. Capitolo II, in particolare, par. 6).

L'impianto regolatorio, tuttavia, è stato radicalmente criticato, proprio perché frammenta le prerogative proprietarie del titolare della rete attraverso il riconoscimento di poteri di condizionamento in capo alle autorità pubbliche e l'attribuzione di diritti di accesso agli altri operatori. Questo sistema, infatti, rischia di disincentivare gli investimenti nell'innovazione tecnologica e nello sviluppo della rete sia degli operatori alternativi sia dell'operatore storico. I primi, invece di completare la propria rete, tenderanno al più a ricorrere all'*unbundling*, acquistando, senza rischio di mercato e a prezzi nominali, il diritti di passaggio sulle infrastrutture esistenti dell'operatore storico e dovendo al più sopportare i costi della co-locazione nella centrale locale. L'operatore storico, a sua volta, sarà disincentivato a investire ulteriormente nella rete dal momento che i benefici da ciò derivanti sono sostanzialmente espropriati dal regolatore, quando ne impone la condivisione con le imprese concorrenti. Inoltre, l'operatore dominante subirà i costi amministrativi derivanti dall'osservanza del pesante regime regolatorio (si pensi alla predisposizione dei complessi accordi di interconnessione e più in generale agli oneri contabili che ne conseguono) e dai rischi derivanti dal conseguente inevitabile altissimo livello di contenzioso tra gli operatori (si pensi alle richieste risarcitorie avanzate nei confronti di Telecom per l'ultimo abuso sanzionato, A428, pari attualmente a circa 3,5 miliardi di Euro). La regolazione della rete fissa di telecomunicazioni, dunque, determina una tipica "*tragedia degli anticomuni*"⁴²⁴.

Questa può essere superata in diversi modi. In ottica statica e a struttura esistente, muovendo verso una più razionale distribuzione dei diritti di proprietà, che eviti la frammentazione delle tradizionali prerogative dominicali e la

⁴²⁴ Cfr. per quest'ordine di idee T.R. BEARD, *The law and Economics of Unbundling and Impairment*, in *Journal of Law, Technology and Policy*, 2 (2003), p. 475 ss.

moltiplicazione delle pretese aventi ad oggetto il medesimo bene: in tal senso possono leggersi sia le misure di scorporo della rete, sia le misure volte a rafforzare la cd. neutralità della rete aumentando il suo grado di indipendenza rispetto ai fornitori dei servizi. In entrambe i casi, tuttavia, verrebbero a mancare gli incentivi necessari ad adottare quegli investimenti volti ad aumentare la capacità e la velocità di connessione della rete. Appare dunque preferibile adottare un'ottica dinamica che guardi all'obiettivo dell'infrastrutturazione come unico strumento di lungo periodo per superare la frammentazione e ponga al suo centro politiche tariffarie di incentivazione che spingano da un lato gli operatori alternativi a non accontentarsi della rete esistente, dall'altro l'operatore dominante a "difendersi" mediante l'innovazione al fine di conservare o mantenere la propria posizione di predominio⁴²⁵.

La teoria degli *anticommons*, dunque apre una prospettiva innovativa e per certi versi ribaltata rispetto alle rappresentazioni correnti del problema dei beni ad uso comune o ripartito del mercato. Con riguardo al regime delle reti, essa fornisce uno straordinario argomento in favore delle imprese *incumbent*; ma trascura che il regime dell'*unbundling* può essere censurato, all'opposto, anche per la debolezza dell'intervento regolatorio, la complessità delle procedure e la fragilità delle misure che dovrebbero garantire l'accesso. Ancora una volta, quindi, a bene vedere si pone una questione di politica industriale come soluzione di lungo periodo al problema competitivo posto dalla proprietà dell'infrastruttura essenziale.

Terzo. La tradizionale presa di posizione in sede dottrinale e giurisprudenziale sul tema del coordinamento tra normativa generale e normativa settoriale in materia di tutela della concorrenza evoca generalmente il principio di specialità – e il corollario principio di complementarità – come chiave di lettura

⁴²⁵ Cfr. R.W. CRANDALL, *The remedy for the bottleneck Monopoly in Telecom: Isolate it, Share it, or Ignore it?*, in *University of Chicago Law Review*, 72 (2005), p. 3 ss.

dei rapporti. Entrambi i principi meritano tuttavia profondo ripensamento nell'attuale fase di sviluppo del mercato⁴²⁶.

Secondo un'impostazione ormai classica del problema, il concetto di specialità può essere riferito ai rapporti tra ordinamenti (ordinamento generale e ordinamenti di settore), ai rapporti tra norme (norme generali e norme speciali), e ai rapporti tra autorità preposte all'applicazione delle norme. I tre livelli di analisi non vanno confusi e appaiono logicamente distinti⁴²⁷. Tuttavia nessuna delle tre declinazioni del principio di specialità appare in grado di dare una chiave di lettura decisiva.

Non lo è anzitutto la teoria degli ordinamenti giuridici settoriali⁴²⁸, che ha avuto larga applicazione in passato soprattutto nel settore creditizio, ma che non si presta a essere riferita alle regolazioni di settore emerse a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso e che hanno un saldo riferimento europeo nelle direttive di liberalizzazione.

Infatti, sebbene il settore delle comunicazioni elettroniche, per le sue caratteristiche, le sue pratiche e le sue norme rappresenti un contesto di sistema distinto rispetto al mercato in generale, come è facilmente riscontrabile in termini giuridici con il suo ordinamento di settore, specifico a quello del mercato in generale, è indubbio che proprio il mercato unico che si vuole esteso a livello europeo non tollera la disarticolazione del mercato nazionale in tanti mercati settoriali, motivo per cui le ANC conservano una competenza funzionale trasversale all'applicazione delle regole di concorrenza anche in settori oggetto di pervasiva regolamentazione pro-concorrenziale. In assenza di una norma espressa

⁴²⁶ Cfr. ZOPPINI A., *Diritto privato vs. diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 515

⁴²⁷ Il testo ripropone l'impostazione data alla diversa questione dei rapporti tra disciplina generale e settoriale a tutela dei consumatori da M CLARICH, "*Le competenze in materia di diritto dei consumatori delle autorità di regolazione settoriale*" intervento al convegno organizzato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a Roma, 29 gennaio 2010 su "*Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*".

⁴²⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Studi giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. II, p. 708; ID., *Istituto di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, II (1949), pp.105-119.

che attribuisca all'ANR il potere di applicare direttamente gli artt. 101 e 102 TFUE nel proprio settore di competenza (come succede ad esempio in Inghilterra, con OfCom), è fuori di dubbio che l'AGCM conservi inalterati i propri poteri in materia di enforcement *antitrust* anche nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Nemmeno la seconda dimensione della specialità, quella cioè tra norme generali (a tutela della concorrenza in generale) e norme speciali (funzionali ad assicurare la concorrenzialità del settore), riferita alla disciplina delle comunicazioni elettroniche, è in grado di dare una chiave di lettura universale e pervasiva dei rapporti tra i due ambiti normativi.

Da un lato, sarebbe sbagliato impostare il problema in termini di supremazia della disciplina generale della concorrenza (artt. 101 e 102 TFUE) rispetto alla normativa regolamentare (direttive europee e codice delle comunicazioni elettroniche) perché dal punto di vista formale la normativa delle comunicazioni elettroniche attua un principio fondamentale dello spazio giuridico comunitario: la libera circolazione dei servizi funzionale alla costituzione del mercato comune. Si tratta questo di un valore senz'altro di pari grado di quello della tutela della concorrenza, tanto più che a seguito del trattato di Lisbona, la concorrenza appare tutelata come “*strumento*” necessario (anche se non sufficiente) per raggiungere obiettivi di benessere collettivo e non come “*valore in sé*”.

Dall'altro, sarebbe ugualmente sbagliato richiamare il principio di specialità tra norme equiparate, per postulare la supremazia del diritto regolamentare su quello generale ed escludere quindi la generale possibilità di intervento *antitrust* nel settore. Ed infatti, per quanto analitiche sembrano a prima vista le varie fattispecie che definiscono le azioni e i comportamenti vietati dalla regolamentazione è indubbio che essi possano lasciare spazio e margine di manovra per comportamenti devianti rilevanti da un punto di vista concorrenziale.

E qui emerge il terzo profilo della specialità prima individuato, cioè quello tra le autorità competenti ad applicare le norme. A questo riguardo rileva il

diverso tipo di specialità che caratterizza l’Autorità garante della concorrenza e del mercato rispetto alle autorità di settore.

L’AGCM può essere considerata come un’autorità investita di una funzione specializzata riferita alla generalità dei settori e delle attività. Le autorità di settore invece sono preposte a un settore speciale di imprese regolate, ma nei confronti di queste esercitano funzioni de-specializzate.

Più precisamente l’AGCM è un’autorità ormai investita per legge di competenze orizzontali che prescindono dalla particolare tipologia di attività o di imprese. E ciò è tanto più vero, in seguito all’eliminazione delle disposizioni speciali per il settore della radiodiffusione ed editoria e per il settore del credito che attribuivano la competenza primaria in materia antitrust alle autorità di settore e che avevano rappresentato una vera e propria incoerenza del sistema.

Le autorità di settore, in particolare l’AgCom, esercitano invece le proprie competenze soltanto nei confronti di particolari categorie di imprese, ma le loro competenze includono sia quella di porre norme generali e astratte, sia quella di verificare il rispetto delle regole nei casi concreti, sia infine quella di risolvere in via non giurisdizionale le controversie tra operatori e tra quest’ultimi e gli utenti⁴²⁹.

Entrambe, seppure in forma diverse, sono chiamate a perseguire una pluralità di finalità, sia pur nel contesto di una regolazione pro concorrenziale⁴³⁰.

Il problema allora non si pone in termini di supremazia e/o esclusione reciproca, ma in termini di coordinamento, imponendo così anche una necessaria cooperazione tra le autorità chiamate ad applicare i diversi ambiti normativi, per

⁴²⁹ Per una aggiornata visione d’insieme, cfr. L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, relazione al Convegno su “*Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*”, tenutosi il 28 febbraio 2013 presso il Consiglio di Stato, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴³⁰ Cfr. M. CLARICH, *L’Autorità Garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L’evoluzione dell’autorità Garante della concorrenza e del mercato*, 2010, 239 ss.

giungere a risultati coerenti, non contraddittori e, in grado di garantire la tutela del legittimo affidamento degli operatori nel mercato.

Merita pertanto ripensamento anche l'ormai tralatizia descrizione dei rapporti tra regolamentazione e intervento *antitrust* in termini di complementarità.

Divenuta ormai un vero e proprio dogma utile per descrivere l'indiscussa prassi applicativa delle ANC, questa teoria si pone al più il problema dell'*an* dell'intervento, ma non il problema del *quomodo*. Essa deve pertanto essere temperata dal quello che abbiamo definito come il "*principio di coerenza regolamentare*" nell'applicazione della normativa *antitrust* (v. Capitolo III).

In virtù di tale principio, l'ANC non può ignorare la regolamentazione e i provvedimenti dell'ANR quando adotta provvedimenti ai sensi delle norme *antitrust* nei settori soggetti a regolamentazione pro-competitiva. In tali casi, l'ANC ha l'obbligo di accertare quali norme settoriali regolino le condotte delle imprese e qualora esse impongano comportamenti anticoncorrenziali ha il dovere di disapplicarle senza comminare alcuna sanzione.

Inoltre, l'ANC ha l'obbligo di non discostarsi dagli accertamenti svolti dall'autorità di settore nei procedimenti di definizione dei rimedi regolamentari e sanzionatori, se non con adeguata motivazione e dimostrazione concreta dell'inattendibilità di un simile accertamento, ovvero dell'inidoneità del rimedio regolamentare a risolvere il problema concorrenziale individuato, ovvero ancora di prove concrete della sostanziale elusione del rimedio regolamentare da parte dell'impresa.

La razionalità, la coerenza e la prevedibilità della regolamentazione *antitrust* deve, pertanto, essere parametrata all'attività provvedimentale dell' ANR oltre che della stessa amministrazione della concorrenza, nonché al nucleo informativo (dalla stessa) reso disponibile al fine di rendere prevedibile l'azione.

Solo in questo modo, a nostro giudizio, si riesce a temperare il rischio, insito nell'approccio cd. economico al diritto antitrust, che i divieti siano applicati solo a seguito di un accertamento "*caso per caso*" della lesione in concreto del

bene giuridico tutelato. E la giustizia del caso singolo viene ricondotta a sistema, assicurando un minimo di certezza alle imprese indagate⁴³¹.

Quarto. La tendenza di fondo del sistema sembra essere quella di una regolazione amministrativa dei mercati che si avvalga di entrambi gli strumenti (regolamentazione e *antitrust*) per perseguire i propri obiettivi di politica industriale, in cui lo stesso *enforcement antitrust* “*si avvicina sempre più ad una sorta di regolazione amministrativa dei mercati*”. Una regolazione, a ben vedere “*a competenza generale e di carattere correttivo/occasionale (a differenza delle regolazioni di settore, che sono affidate ad autorità speciali ed hanno carattere permanente, essendo rivolte a correggere situazioni in cui i mercati non sono in grado di ottimizzare la soddisfazione di bisogni ritenuti essenziali dal legislatore)*”⁴³².

L’analisi del rapporto tra regolamentazione e *antitrust* nell’attuale fase di sviluppo dei mercati sembra dunque contraddire l’impostazione classica del problema seguita da pur autorevolissima dottrina⁴³³ che tende viceversa a rimarcare l’esistenza di una netta separazione tra disciplina *antitrust*, da un lato, e regolazione, dall’altro, supportando l’idea che l’intervento pubblico nell’economia da parte dello Stato debba lasciare spazio all’iniziativa privata e alle regole del mercato, e che in ogni caso si possa ricorrere ad esso solo se temporaneo ed in

⁴³¹ Sull’utilizzazione dell’approccio economico nel diritto *antitrust*, cfr. in senso critico DENOZZA F., TOFFOLETTO A., *Contro l’utilizzazione dell’approccio economico nell’interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3 (2006), p. 563 ss. *Contra* R. PARDOLESI, *Chi ha Paura dell’Interpretazione Economica del Diritto Antitrust?*, in “*Mercato Concorrenza Regole*”, I, 2007, pp. 119-128. Più in generale sull’analisi economica applicata al diritto pubblico, cfr. M. CLARICH, “*La Law and economics e la frontiera del diritto pubblico (discussione sul libro di Giulio Napolitano e Michele Abrescia, Analisi economica del diritto pubblico)*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3/2009, pag. 765 e ss.

⁴³² Così. M. LIBERTINI, *Diritto della Concorrenza dell’Unione Europea*, 2014, p. 43. In termini v. anche A. ZITO, *Mercati (Regolazione dei)*, in *Enc. Dir. Annali III*, Milano 2010, p. 812 ss e M. R. FERRARESE, *Diritto e Mercato. Il caso degli Stati Uniti*, 1992.

⁴³³ Il riferimento è a S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO - M. D’ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*.

ottica di una sua successiva “*ritirata*” in favore dei soli interventi a tutela della concorrenza.

Il prossimo futuro, con i problemi derivanti dalla creazione *ex novo* di reti di nuova generazione, saprà indicarci se le idee del presente lavoro e le soluzioni pratiche in esso contenute, abbiano o meno radici sufficienti nei moventi che governano l’evoluzione della società.

Come osservava John Maynard Keynes nella spesso citata conclusione della *Teoria Generale*, nella quale critica Karl Marx per l’eccessivo valore che egli attribuiva agli interessi costituiti nell’ambito del processo politico: “*le idee degli economisti e dei filosofi politici, quelle giuste come quelle sbagliate, sono più potenti di quanto comunemente si ritenga. In realtà il mondo è governato da poche cose all’infuori di quelle. [...] Pazzi al potere, i quali odono voci nell’aria, distillano le loro frenesie da qualche scribacchino accademico di pochi anni addietro. Sono sicuro che il potere degli interessi costituiti è assai esagerato, in confronto con l’affermazione progressiva delle idee. [...] Presto o tardi sono le idee, non gli interessi costituiti, che sono pericolose sia nel bene che nel male*”⁴³⁴.

Uno stimolo formidabile per continuare a ricercare.

⁴³⁴ J.M. KEYNES, *Teoria Generale dell’occupazione, dell’interesse e della moneta*, Utet, p. 577

BIBLIOGRAFIA

- A.A.V.V. a cura di ALPA G., CHIASSONI P., PERICU A., PULITINI F., RODOTÀ S., ROMANI F., *Analisi economica del diritto privato*, Giuffrè, 1999.
- A.A.V.V. a cura di BASSAN F., *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la riforma comunitaria del 2009*, Giuffrè, 2010.
- A.A.V.V. a cura di BASSI F., MERUSI F., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, 1993.
- A.A.V.V. a cura di CASTALDO A., DA EMPOLI S., NICITA A., *La tripla convergenza – Innovazione, regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, Carocci, 2008.
- A.A.V.V. a cura di CLARICH M., CARTEI G.F., *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2004.
- A.A.V.V. a cura di R. PEREZ, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2004.
- A.A.V.V. a cura di COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., PARDOLESI R., ULEN T., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Mulino, 2006.
- A.A.V.V. a cura di ETRO F., KOKKORIS I., *Competition law and the enforcement of article 102*, Oxford University Press, 2010.
- A.A.V.V. a cura di GONZALEZ-DIAZ F.E., SNELDERS R., *EU Competition Law - Abuse of Dominance under Article 102 TFUE*, Claeys & Casteels, 2013, p. 229 ss.
- A.A.V.V. a cura di HAYWARD J., *Industrial enterprise and European integration*, Oxford University Press, 1995.
- A.A.V.V. a cura di MAJONE A., *Deregulation or re – regulation?*, London, Pinter, 1989.
- A.A.V.V. a cura di MAXWELL W., *Electronic Communications: The new EU Framework*, Oceana Publication Inc., 2002.
- A.A.V.V. a cura di MORBIDELLI G., DONATI F., *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, 2005.

- A.A.V.V. a cura di MORBIDELLI G., DONATI F., *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Giappichelli, 2003.
- A.A.VV a cura di SCHERER J., *Telecommunications Law in Europe*, Tottel Publishing, 2005.
- A.A.V.V. a cura di VESPERINI G., NAPOLITANO G., *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, Università degli Studi della Tuscia, Viterbo, Istituto Giuridico, 1998.
- AKMAN P., GARROD L., *When Are Excessive Prices Unfair?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 7 (2011), p. 403 ss.
- ALPA G., voce *Interpretazione economica del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano – Appendice*, IV, Utet, 1980.
- AMATO G., *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Il Mulino, 1998.
- AMATO G. – M. SCHWEITZER – P. DENOZZA – D. STRALLI – BRASS – A. NICITA, *Tutela della Concorrenza e tutela dei consumatori. Due temi confliggenti?*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, Agosto 2009, XI, n. 2, p. 381 – 400
- ANTONIOLI M., *Concorrenza e antitrust: aspetti pubblicistici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, Giuffrè, 1997, p. 601 ss.
- ANTONUCCI M., *I poteri aggiunti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Il Consiglio di Stato*, 9 (2003), p. 1577.
- ASCARELLI T., *Per uno studio della realtà giuridica effettuale*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, p. 775 ss.
- BALDWIN R., CAVE M., *Understanding regulation*, Oxford University Press, 1999.
- BALDWIN R., *Rules and Government*, Clarendon Press, 1995.
- BALDWIN R., MCRUDDEN C., *Regulation and public law*, Weidenfeld and Nicolson, 1987.
- BALZANO M., GRILLO M., *Concorrenza e regolazione: limiti dell'intervento antitrust*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2 (2002), p. 485 ss.
- BASSAN F., *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, 2002.

- BASSAN F., *L'evoluzione della struttura istituzionale nelle comunicazioni elettroniche: una rete non ha bisogno di un centro*, in AA.V.V., *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, p. 33 ss.
- BARILE P., *Il dovere di imparzialità della P.A.*, in *Scritti in onore di P. Calamandrei*, Cedam, 1958, p. 136 ss.
- BARROS P.P., CARMO SEABRA M., *Universal service: does competition help or hurt?*, in *Information Economics and Policy*, 11(1) (1999), p. 45 ss.
- BEARD T.R., *The law and Economics of Unbundling and Impairment*, in *Journal of Law, Technology and Policy*, 2 (2003), p. 475 ss.
- BELLAMY C., CHILD G.D., *European Union Law of Competition*, Oxford University Press, 2013.
- BELLODI L., *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario*, Editoriale scientifica, 1999.
- BENDER C.M., GÖTZ G., *Coexistence of service-and facility-based competition: The relevance of access prices for “make-or-buy”-decisions*, Joint discussion paper series in economics, 7 (2011).
- BENTIVOGLI C., TRENTO S., *Economia e Politica della Concorrenza*, Carocci, 1998.
- BERNINI G., *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Il Mulino, 1991.
- BERTI J., *Le essential facilities nel diritto della concorrenza comunitario*, in *Concorrenza e Mercato*, 6 (1998), p. 355 ss.
- BOGNETTI G., FAZIOLI R., *Lo sviluppo di una regolazione europea nei grandi servizi pubblici a rete*, in *Economia Pubblica*, 3 (1996), p. 26 ss.
- BONINI M., *Caso Alitalia: ricostruzione della vicenda alla luce della disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato e sul mercato comune*, in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 787 ss.
- BOURREAU M., PINAR D., *Service-based vs. facility-based competition in local access networks*, in *Information Economics and Policy*, 16(2) (2004), p. 287 ss.
- BOURREAU M., PINAR D., MANANT M., *A critical review of the “ladder of investment” approach*, in *Telecommunications Policy*, 34(11) (2010), p. 683 ss.

- BRADANT F.D., MANACORDA P.M., VANNUCCHI G., *Le telecomunicazioni: concorrenza, sviluppo reti di nuova generazione*, in P.M. MANACORDA (a cura di), *I nodi delle reti, Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Passigli Editore, 2010, p. 325 ss.
- BREALEY R.A., MEYERS S.C., ALLEN F., *Principles of Corporate Finance*, McGraw-Hill/Irwin, 2014.
- BREYER S., *Regulation and its reform*, Harvard University Press, 1982.
- BREYER S., STEWART R. B., *Administrative law and regulatory policy*, Little Brown and Co., 1979.
- BRUNO F., NAVA G., *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni. Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche*, editoria, Giuffrè, 2006.
- BRUTI LIBERATI E., *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete – Il caso dell’energia elettrica e del gas naturale*, Giuffrè, 2006.
- BRUTI LIBERATI E., *Le scelte dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato tra tecnica e politica: il caso delle essential facilities*, in *Concorrenza e Mercato*, 1998, p. 449 ss.
- BUCHANAN J.M., YONG J.Y., *Simmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, in *Journal of Law and Economics*, 43 (2000), p. 1 ss.
- CAFAGNA L., *L’Ultimo-Quarto-di Secolo: l’Età della Globalizzazione*, in *Industria*, 4 (2001), p. 580 ss.
- CAGGIANO G., *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Giappichelli, 2008.
- CAIAFA A., *La ristrutturazione delle grandi imprese affette da crisi industriale*, in A. CAIAFA (a cura di), *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Utet Giuridica, 2009, p. 703.
- CAIAFA A., *La disciplina delle vicende traslative dell’azienda. Ristrutturazione di grandi imprese in crisi*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1 (2009), p. 23 ss.
- CAIAZZO R., *L’Accesso alla rete*, in F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle Comunicazioni Elettroniche, Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, p. 157.
- CAIAZZO R., *Antitrust e telecomunicazioni (l’Attività dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel settore delle telecomunicazioni nei suoi primi vent’anni)*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), 20

anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato, 2010, 913 ss.

CAMBINI C., RAVAZZI P., VALLETTI T., *Il mercato delle telecomunicazioni. Dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*, Il Mulino, 2003.

CAMBINI C. , GIANNACCARI A., *Le telecomunicazioni nell'era della convergenza tra nuove regole e apertura al mercato*, in F. PAMMOLLI, C. CAMBINI, A. GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia. Proposte di riforma e linee di intervento settoriali*, Il Mulino, 2007, p. 108.

CAMILLI E.L., CLARICH M., *I poteri quasi giudiziari delle autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Il Mulino, 2010, p. 107 ss.

CRANDALL R.W., *The remedy for the bottleneck Monopoly in Telecom: Isolate it, Share it, or Ignore it?*, in *University of Chicago Law Review*, 72 (2005), p. 3 ss.

CANNIZZARO E., *Il bilanciamento dei diritti fondamentali e l'art. 117, 1 comma, Cost.*, in *Rivista Diritto Internazionale*, 1 (2010).

CAPATINI M., *La disciplina dell'accesso e dell'interconnessione*, in M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il Codice delle Comunicazioni Elettroniche*, p. 244.

CAROLI CASAVOLI H., *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 12 (2001), p. 469 ss.

CARTEI G.F., *Il Servizio Universale*, Giuffrè, 2002.

CARLTON D. W., *Should 'Price Squeeze' Be A Recognized Form of Anticompetitive Conduct* in *Journal of Competition Law & Economics*, 4(2) (2008), p. 271 ss.

CASSETTE P., *I diritti fondamentali*, Giappichelli, 2002.

CASSESE S., *La trasformazione dei Servizi Pubblici*, in *Economia Pubblica*, 5 (1995), p. 5 ss.

CASSESE S., *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1998, p. 26 ss.

- CASSESE S., *La costituzione economica europea*, in *Riv.it.dir.publ.com.*, 2001, p. 907.
- CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Laterza, 2004.
- CASSESE S., *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, p. 689, 2002.
- CASSESE S., *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, 2 (2002), *Mercato Concorrenza Regole*, p. 265 ss.
- CASSESE S., BONELLI F. *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, p. 54.
- CASSESE S., *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*; in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, p. 1129 ss.
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1 (2003), p. 37 ss.
- CASSESE S., *European Administrative Proceedings*, in *Law and contemporary Problems*, 68(1) (2004), p. 21 ss.
- CASTELLANETA M., *Ridefiniti anche i poteri sanzionatori del garante: dalla Corte di giustizia un monito per il futuro*, in *Guida al diritto*, 36 (2003), p. 115.
- CAVE M., CROWTHER P., *Co-ordinating regulation and competition law ex ante and ex post*, in BERGMAN M. (a cura di), *The Pros and Cons of Antitrust in Deregulated Markets*, 2004, p. 11.
- CAVE M., *Remedies for Broadband Services*, in *Journal of Network Industries*, 5 (2004), p. 23 ss.
- CAVE M., *Encouraging infrastructure competition via ladder of investment*, in *Telecommunications Policy*, 30 (2006), p. 223 ss.
- CAVE M., PROSPERETTI L., DOYLE C., *Where are we going? Technologies, markets and long-range public policy issues in European communications*, in *Information Economics and Policy*, 18(3) (2006), p. 242 ss.
- CAVE M., *Snakes and ladders: Unbundling in a next generation world*, in *Telecommunications Policy*, 34(1) (2010), p. 80 ss.

- CAVE M., *The ladder of investment in Europe, in retrospect and prospect*, in *Telecommunications Policy*, 38(8) (2014), p. 674 ss.
- CAVE M., *Broadband regulation in Europe. Present and future*, in *Competition and regulation in Network Industries*, 8(4) (2007), p. 405 ss.
- CAVE M., VOGLESANG I., *How access pricing and entry interact*, in *Telecommunications Policy*, 27 (2003), p. 717 ss.
- CAVE M., *Encouraging infrastructure competition via ladder of investment*, in *Telecommunications Policy*, 30 (2006), p. 223 ss.
- CERVIGNI G., *L'intervento pubblico nelle essential facility: aspetti teorici e analisi istituzionale*, in *Concorrenza e Mercato*, 1998, p. 295 ss.
- CERVIGNI G., D'ANTONI M., *Monopolio naturale, concorrenza, regolamentazione*, Carocci, 2001.
- CHIASSONI P., *L'analisi economica del diritto e teorie economiche: un inventario di strumenti*, in G. ALPA, P. CHIASSONI, A. PERICU, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 499.
- CHIASSONI P., *R. Posner: pragmatismo e analisi economica del diritto*, in G. ZANETTI (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Raffaello Cortina, 1999, p. 183.
- CHIASSONI P., *Law and Economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Giappichelli, 1992.
- CHELI E., Prefazione, in G. DE MINICO, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. La banda larga e i servizi a rete*, Jovene Edizioni, 2010.
- CINTIOLI F., *Reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Giuffrè, 2008, p. 143.
- CINTIOLI F., *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, 2010, 775 ss.
- CINTIOLI F., *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, in *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino 2007, 141 ss.

- CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, 1 (1998), p. 181 ss.
- CLARICH M., *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2004, p. 15.
- CLARICH M., *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in *I garanti delle regole*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), Il Mulino, 1996, p. 41.
- CLARICH M., MARRONE , *Concorrenza (Autorità garante della concorrenza e del mercato)*, in *Enciclopedia giuridica*, VII (1995).
- CLARICH M., *Garanzia del Contraddittorio nel procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 1 (2004), p. 59 ss.
- CLARICH M., *L'imposizione degli obblighi regolamentari ex ante nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Fasc. 1-2009, pag. 23 e ss. (coautore R. CASSANO).
- CLARICH M., “*La Law and economics e la frontiera del diritto pubblico (discussione sul libro di Giulio Napolitano e Michele Abrescia, Analisi economica del diritto pubblico)*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3/2009, pag. 765 e ss.
- CLARICH M., *Le competenze in materia di diritto dei consumatori delle autorità di regolazione settoriale*, intervento al convegno organizzato dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a Roma, 29 gennaio 2010 su “*Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*”.
- CLARICH M. , *L’Autorità Garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L’evoluzione dell’autorità Garante della concorrenza e del mercato*, 2010, 239 ss.
- COCCONI M., *L’obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3 (2009), p. 707 ss.
- COLANGELO G., *I rischi della concorrenza patteggiata: note a margine del caso Aci global*, in *Diritto industriale*, 4 (2009), p. 353 ss.
- COOTER R., MATTEI V., PARDOLESI R., ULEN T., MONATORI P.G., *Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, 1999.

- CORSINI G., *L'Italia a banda larga. La nuova frontiera delle telecomunicazioni*, Ed. Il Sole-24 Ore, 2002, p. 9 ss.
- CORSO G., *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, 1999, p. 7 ss.
- CRANE D.A., *Technocracy and antitrust*, in *Texas Law Review*, 2008, p. 1159 ss.
- CRANE D.A., *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Oxford University Press, 2011.
- CROCIONI P., VELJANOVSKI C., *Price Squeezes, Foreclosure and Competition Law* in *Journal of Network Industries*, 4 (2003), p. 28 ss.
- CUCINOTTA A., R. PARDOLESI , R. J. VAN DEN BERGH, *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Hardback, 2002.
- D'ALBERTI M., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, 2008.
- D'ALBERTI M., *Comunicazioni elettroniche e concorrenza*, R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2004, p. 39.
- D'ALBERTI M., *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia giuridica*, IV, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1997.
- D'ALBERTI M., *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Diritto Amministrativo*, 2004, p. 705 ss.
- D'ALBERTI M., *La "rete europea di concorrenza e la costruzione del diritto antitrust*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, vol IV, Giuffrè, pp. 35 - 53
- D'ALBERTI M., *La "rete" europea delle Autorità di concorrenza*, in www.learlab.com.
- D'ALESSIO G., *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Clua, 1993.
- DE BUL P.W.J., PEITZ M., *Dynamic regulation and entry in telecommunications markets: a policy framework*, in *Information Economics and Policy*, 16(3) (2004), p. 411 ss.
- DE LUCIA L., *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo. Saggio sul pluralismo europeo*, Giappichelli, 2009.
- DE LUCIA L., *Cooperazione e conflitto nell'Unione amministrativa europea*, in *Rivista di diritto pubblico comunitario*, 2011, p. 13 ss.

- DELLA CANANEA G., *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, 2005.
- DELLA CANANEA G., *Diritto amministrativo Europeo. Principi e Istituti*. 2008.
- G. DELLA CANANEA, *Complementarietà e competizione tra le autorità indipendenti*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, 2010, 913 ss.
- DEL MONTE A., *Manuale di organizzazione e politica industriale*, UTET, 1994.
- DE MICHELIS G., *Agenda Digitale: di che cosa si sta parlando*, in *Amministrare*, 43(1) (2013), p. 69 ss.
- DE SETA C., *Principi giurisprudenziali in tema di buon andamento*, in *Amministrazione e Contabilità*, 1985, p. 27.
- DE STEFANO G., *Tough Enforcement of Unilateral Conduct at the National Level: Italian Antitrust Authority Sanctions Bayer and Pfizer for Abuse of Dominant Position (aka AstraZeneca Ruling and Essential Facilities Doctrine in Italian Sauce)*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 3(4) 2012, p. 396 ss.
- DE STREEL A., *The relationship between Competition Law and sector-specific regulation: the case of electronic communications*, in *Reflets et Perspectives*, XLVII(1) (2008), p. 53 ss.
- DE VITA M., *Regolamentazioni pubbliche: principi comunitari e disciplina antitrust*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 4 (1997), p. 707 ss.
- DEFFAINS B., BENZONI L., *Market homogenization or regulatory harmonization? The welfare cost of a European mobile market without the later-entrant operators*, in *The Journal of Regulation*, 2012.
- DENOZZA F., TOFFOLETTO A., *Contro l'utilizzazione dell'approccio economico nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3 (2006), p. 563 ss.
- DENOZZA. F., *Il progetto teorico dell'analisi economica del diritto antitrust e il suo fallimento*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, 2010, 775 ss.
- DONATI F., *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, G. Giappichelli, 2007.

- DREXL J., *AstraZeneca and the EU Sector Inquiry: when do patent filings violate competition law*, in J. DREXL, N.L. LEE (a cura di), *Pharmaceutical Innovation, Competition and Patent Law: A Trilateral Perspective*, Edward Elgar, Cheltenham Northampton, 2013, p. 290.
- ECONOMIDES N., *Competition policy in network industries: An introduction*, in JANSEN D. (a cura di), *The New Economy and Beyond: Past, Present and Future*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006, p. 90.
- ECONOMIDES N., LIANOS I., *The Elusive Antitrust Standard on Bundling in Europe and in the United States in the Aftermath of the Microsoft Cases*, in *Antitrust Law Journal*, 76(3) (2009), p. 483 ss.
- EHLE D., *State Regulation under the US Antitrust State Action Doctrine and under EC competition law: A comparative analysis*, in *European Competition Law Review*, 1998, p. 380 ss.
- EVANS D.S., PADILLA A.J., *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, p. 97 ss.
- EZRACHI A., GILO D., *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2008, p. 249 ss.
- FAELLA G., PARDOLESI R., *Squeezing price squeeze: la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 12 (2010), p. 29 ss.
- FARRELL J., KLEMPERER P., *Coordination and lock-in: Competition with switching costs and network effects*, in *Handbook of industrial organization*, 3 (2007), p. 1967 ss.
- FATTORI P., TODINO M., *La Disciplina della Concorrenza in Italia*, Il Mulino, 2010.
- FATTORI P., DEVITA M., *Il regime sanzionatorio delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante*, Collana temi e problemi dell'Autorità garante della concorrenza e il mercato, 1996.
- FERRARESE M.R., *Diritto e Mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Giappichelli, 1992.
- FILIPPI P., *Amministrazione straordinaria Alitalia: la deroga al divieto di concentrazione e l'utilità sociale del salvataggio*, in *Il fallimento*, 2 (2011), p. 145 ss.

- FILIPPELLI M., *Telecom Italia e Trinko: la dialettica tra norme antitrust generale e disciplina regolatoria nelle telecomunicazioni in Europa e negli Stati Uniti*, in *Rivista di diritto industriale*, 2 (2009), p. 24 ss.
- FONDERICO G. – A. GENOVESE, “*Concorrenza e regolamentazione asimmetrica nelle telecomunicazioni*”, in *Europa e diritto privato*, 1999, 1
- FOX E.M., *What is harm to competition? Exclusionary practices and anti – competitive effect* , in *Antitrust Law Journal*, 2002, p. 371 ss.
- FREUND N., RUHLE E. O., *The evolution from sector-specific regulation towards Competition Law in EU Telecoms markets from 1997 to 2011: Different effects in practical implementation*, 22nd European Regional Conference of the International Telecommunications Society, Budapest 18-21 settembre 2011.
- FRIGNANI A., WAELBROECK M., *Disciplina della concorrenza nella CE*, UTET, 1996.
- FRIGNANI A., PARDOLESI R., *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Zanichelli Editore, 1993.
- FURSE M., *Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: the Law of Excessive Pricing Under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition*, in *European Competition Journal*, 2008, p. 59 ss.
- GALLO E., PONTAROLLO E., *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni: l'approccio italiano*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 8(3) (2006), p. 521 ss.
- GERADIN D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications*, Oxford University Press, 2003.
- GERADIN D., O'DONOGHUE R., *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector* in *Journal of Competition Law and Economics*, 1(2) (2005), p. 355 ss.
- GERADIN D., *The Necessary Limits to the Control of “Excessive” Prices by Competition Authorities – A View from Europe*, Tilburg University Legal Studies, Working Paper, 2007.
- GERADIN D., *The Uncertainties Created by Relying on the Vague “Competition on the Merits” Standard in the Pharmaceutical Sector: The Italian Pfizer/Pharmacia case*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 9 (2014), p. 344 ss.

- GERBER D., *The transformation of European Community Competition Law*, in *Harvard International Law Journal*, 35(1) (1994), p. 97 ss.
- GERBER D., *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 1998, 228
- GIANNACCARI A., *Il caso Trinko*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1 (2004), p. 187 ss.
- GIANNINI M.S., *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Studi giuridici in onore di Santi Romano*, Cedam, 2 (1940), p. 708.
- GIANNINI M.S., *Istituto di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 2 (1949), p.105 ss.
- GITTI G., *Gli accordi con le Autorità indipendenti*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, 2010, 1111 ss.
- GLADER M., KOKKORIS I., *Excessive Pricing*, in F.E. GONZALES-DIAZ, R.SNELDERS (a cura di), *EU Competition Law - Abuse of Dominance Under Article 102 TFEU*, Claeys & Casteels, 2013, p. 615 ss.
- GRAHAM C., *Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 24.
- GRENFELL M., *Can Competition Law Supplant Utilities Regulation?*, in C. MCCRUDDEN (a cura di), *Regulation and Deregulation. Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, Clarendon Press, 1999, p. 221.
- GRUBER H., PANTELIS K., *Procompetitive infrastructure sector regulation and diffusion of innovation: The case of broadband networks*, 22nd European Regional Conference of the International Telecommunications Society, Budapest, 18-21.9.2011.
- GUAL J., TRILLAS F., *Telecommunications policies: measurement and determinants*, in *Review of Network Economics*, 5(2) (2006).
- GUERRI E., *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/2003*, Giappichelli, 2005.
- GUGLIEMMETTI G., *“Essential Facilities” nelle decisioni dell’Autorità garante*, in *Concorrenza e Mercato*, 1998, p. 389 ss.

- HAHN R.W., *Regulatory impact analysis: a cross-country comparison*, in P. NEWMAN (a cura di), *The New Palgrave dictionary of Economics and the Law*, III (1998), Macmillan, p. 276.
- HANCHER L., BUENDIA SERRA J.L., *Cross-Subsidization and EC Law*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 901 ss.
- HARDIN G., *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, vol. 162, n. 3859, American Association for the Advancement for Science, 1968, p. 1243 ss.
- HELLER M.A., *The tragedy of anticommons: property in the transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law review*, 111 (1998), p. 622 ss.
- HELLER M.A., *The UNE Anticommons: why the 1996 Telecom Reforms blocked Innovation and Investment*, in *Yale Journal on Regulation*, 25 (2005), p. 275 ss.
- HURKENS S., LOPEZ A.L., *The Welfare Effects Of Mobile Termination Rate Regulation In Asymmetric Oligopolies: The Case Of Spain*, Working Paper, Net Institute, 2011.
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2004.
- JONES A., SUFRIN B., *EC Competition Law*, 2008.
- KAMECKE U., KORBER T., *Technological neutrality in the EC regulatory framework for electronic communications: A good principle widely misunderstood*, in *European Competition Law Review*, 29(5) (2008), p. 330 ss.
- KAMINSKI D., ROGOZINSKA A., SASINOWSKA B., *Telekomunikacja Polska decision: Competition Law enforcement in regulated markets*, in *Competition Policy Newsletter*, 3 (2011).
- KATZ M., SHAPIRO C., *Systems competition and network effects*, in *The Journal of Economic Perspectives*, 8(2) (1994), p.93 ss.
- KEELER T.E., FOREMAN S.E., *Regulation and Deregulation*, in P. NEWMAN (a cura di), *The New Palgrave dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, III (1998), p. 213.
- KEYNES J.M., *Teoria Generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, Utet, 1971.
- KIESSLING T., BLONDEEL Y., *The impact of regulation on facility-based competition in telecommunications*, in *Communications & Strategies*, 34 (1999).

- KOZEL R.J., POJANOWSKY J.A., *Administrative Change*, in *University of California Law Review*, 2011, p. 114 ss.
- KUIK K., MOSCIBRODA A., *2010 and 2011 EU Competition Law and Sector-specific Regulatory Case Law Developments with a Nexus to Poland*, in T. SKOCZNY (a cura di), *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 5(7) (2012), p.157.
- LAFARGE F., *Administrative Cooperation between Member States and the Implementation of EU Law*, in *European Public Law*, 16 (2010), p. 597 ss.
- LAROUCHE P., *Legal Issues Concerning Remedies in Network Industries*, in D. GERADIN (a cura di), *Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs. Sector Specific Regulation*, Antwerp-Oxford, 2004, p. 21.
- LAROUCHE P., DE VISSER M., *The triangular relationship between the Commission, NRAs and National courts revisited*, in *Communications & Strategies*, 64 (2006), p. 125 ss.
- LAROUCHE P., *Europe And Investment In Infrastructure With Emphasis On Electronic Communications*, Tilburg University, 2007.
- LATTANZI F., CARDARELLI F., *Il Servizio Universale*, in F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle Comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2010, p. 109.
- LEONE A., *La risoluzione delle controversie tra operatori*, in F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle Comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2010, p. 273.
- LESTAGE R., FLACHER D., *Infrastructure investment and optimal access regulation in the different stages of telecommunications market liberalization*, in *Telecommunications Policy*, 38(7) (2014), p. 569 ss.
- LICATA G.F., *Provvedimenti antitrust a contenuto normativo*, Giuffrè, 2013.
- LICATA G.F., *Limiti al principio dell'autonomia procedurale e rafforzamento della cooperazione amministrativa nell'Unione Europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5 (2012), p. 905 ss.
- LIBERTINI M., *Regolazione e Concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2 (2005), p. 195 ss.
- LIBERTINI M., *Una disciplina antitrust speciale per le comunicazioni elettroniche*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2003, p. 910 ss.
- LIBERTINI M., Voce "Concorrenza", in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, Milano, 2011, p. 191 ss.

- LIBERTINI M., *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, 2008, p. 89.
- LIBERTINI M., *Diritto della Concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2014.
- LIBERTINI M., *Il "private enforcement" e le sanzioni amministrative*, in *Concorrenza e mercato*, 15 (2007), p. 356 ss.
- LIBERTINI M., *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza. Il caso del decreto Alitalia*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 4 (2010), p. 3296 ss.
- LITTLECHILD S.C., *Privatisation, competition and regulation*, Institute Of Economic Affairs, 2002.
- LITTLECHILD S.C., *The regulation of British telecommunications' profitability*, London, Department of Industry, 1983.
- LO CASCIO G., *Insolvenza Alitalia: una nuova versione dell'amministrazione straordinaria*, in *Il Fallimento*, 2008, p. 1117 ss.
- LO CASCIO G., *Alitalia: conversione del decreto legge sull'insolvenza*, in *Il Fallimento*, 2008, p. 1366 ss.
- MAGGIOLINO M., MONTAGNANI M.L., *AstraZeneca's abuse of IPR-Related Procedures: A Hypothesis of Antitrust Offence, Abuse of Rights and IPR Misuse*, in *World Competition*, 34 (2011), p. 245 ss.
- MAJONE A., LA SPINA G., «Deregulation» e privatizzazione: differenze e convergenze, in *Stato e mercato*, 2 (1992), p. 259 ss.
- MANGANELLI P., *Da Parmalat ad Alitalia: strumenti di gestione della crisi d'impresa*, in *Diritto e pratica delle società*, 23 (2008), p. 28 ss.
- MANGINI V., OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, Giappichelli, 2012.
- MARCHETTI P., UBERTAZZI L.C., *Commentario Breve al diritto della concorrenza*, Cedam, 2001.
- MARCOU G., *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, in *II Filangieri*, 1 (2004).
- MARENCO G., *Government action and antitrust in the United States: What lessons for Community law?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 1987, p. 1 ss.

- MARINI BALESTRA F., *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, Cedam, 2013.
- MARINI BALESTRA F., *Le sanzioni dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM)*, in M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Cedam, 2011, p. 861.
- MARINI BALESTRA F., *The European concert of electronic communications: ten years of applying article 7 procedures*, in *European Competition Law Review*, 34(6) (2013), p. 291 ss.
- MARTINEZ RIVERO E., *Telekomunikacja Polska: Antitrust Enforcement in a Highly Regulated Environment*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 3(1) (2012), p. 45 ss.
- MELAMED A.D., *Network industries and antitrust*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 23 (1999), p. 147 ss.
- MELI V., *Lo Sfruttamento Abusivo di Posizione Dominante Mediante Imposizione di Prezzi “Non Equi”*, Giuffrè, 1989.
- MERUSI F., *La nuova disciplina dei Servizi pubblici*, in *Annuario Aipda 2001, 2002*, p. 63 ss.
- MERUSI F., *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Il Mulino, 2002.
- MERUSI F., *Le Regole dei Servizi pubblici*, in *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Il Mulino, 2012, p. 93 ss.
- MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, 2000.
- MERUSI F., *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 2 (2002), p. 181 ss.
- MERUSI F., *La certezza dell’azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Diritto amministrativo*, 4 (2002), p. 528 ss.
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico – dagli anni “trenta all’alternanza”*, Giuffrè, 2001.
- MICHELMAN F.I., *Ethics, economics and the law of property*, in J.R. PENNOCK, J.W. CHAPMAN (a cura di), *Nomos: Ethics economics and the Law*, New York University Press, 1982, p. 3.
- MILNE C., *Stages of universal service*, in *Telecommunications Policy*, 22(9) (1998), p. 775 ss.

- MONTEDURO M., *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il Diritto dell'Economia*, Mucchi, 26(82) (2013), p. 232 ss.
- MONTI M., *Managing the intersection of utilities regulation and EC Competition Law*, in *The Competition Law Review*, 4(2) (2008), p. 125 ss.
- MORRIS A.P., YANDLE B., DORCHAK A., *Regulating by Litigation: The EPA'S regulation of Heavy-duty Diesel Engines*, in *Administrative Law Review* (56) (2004), p. 404 ss.
- MOTTA M., DE STREEL A., *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*, in C.D. EHLERMANN, I. ATANASIU (a cura di), *What is An Abuse of a Dominant Position?*, Hart Publisher, 2006, p. 91 ss.
- MUNARI F., *L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE. Primi bilanci, problemi irrisolti e parziali soluzioni*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 12(1) (2009), p. 147 ss.
- MUSELLI A., *La difficile riconciliazione del diritto della proprietà intellettuale e del diritto della concorrenza: note a margine dei casi AstraZeneca e Pfizer*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013, p. 759 ss.
- MUSSO A., *la disciplina della concorrenza nella costituzione per l'Europa*, in *Studi in onore di Gerhard Schricker*, Giuffrè, 2005, p. 435 ss.
- NALEBUFF B., *Bundling, tying and Portofolio Effects*, DTI Economics Paper No. 1, London, 2003.
- NAPOLITANO G., *Regole e Mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, 2005.
- NAPOLITANO G., *I Beni pubblici e le "tragedie dell'interesse comune"*, in *Associazione Italiana dei professori di diritto amministrativo*, Annuario 2006, p. 125 ss.
- NASCIMBENE B., BASTIANON S., *La Corte di Giustizia e i poteri dell'Autorità garante della concorrenza*, in *Corriere giuridico*, 11 (2003), p. 1421 ss.
- NAVA G., *Regolamentazione e contenzioso tra operatori nelle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, 2012.
- NEGRINOTTI M.P., *Abuse of Regulatory Procedures in the Intellectual Property Context: The AstraZeneca Case*, in *European Competition Law Review*, 29(8) (2008), p. 446 ss.

- NIHOUL P., RODFORD P., *EU Electronic Communications Law, Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford-New York, 2004.
- NUZZO A., *Parmalat, Alitalia e simili: occupazione, risparmio e via italiana nella gestione delle crisi d'impresa*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, p. 110 ss.
- OGUS A., *Regulation. Legal form and economic theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- OLDALE A.-PADILLA A.J., *From State Monopoly to the "Investment ladder: Competition Policy and the NFR*, in "Swedish Competition Authority, The Pros and Cons of Antitrust in Deregulated Markets, pp. 51 – 77.
- OROFINO M., *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Giuffrè, 2008.
- OSTI C., *Alitalia: la dolorosa storia*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2 (2008), p. 317 ss.
- O'DONOGHUE R., PADILLA J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013.
- ÖZKAN A.F., *Margin Squeeze Amid the Modernisation of Article 102 TFEU: Endorsement of the Effects-based Approach?*, in *The competition Law review*, 10 (2014), p. 145 ss.
- PACE L. F., *Il caso "Centro Europa 7" dinanzi alla Corte di giustizia: ampliamento del campo di applicazione dell'art. 49 TCE ([Osservazione a] Corte di giustizia delle Comunità Europee, 31 gennaio 2008, causa C-380/05)*; in *Giustizia Costituzionale*, 53(5) (2008), p. 4000 ss.
- PACE L. F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Giuffrè, 2005.
- PACE L. F., *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del regolamento 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE*, in *Rivista italiana del diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 147 ss.
- PARDOLESI R. - A. PALMIERI, *Sull'Interfaccia (Problematica) fra Regolazione Economica e Disciplina della Concorrenza*, in "Il Foro Italiano", III, 2012, pp. 493-496
- PARDOLESI R., *Analisi economica del diritto*, in *Digesto IV*, I, UTET, 1987, p. 309.

- PARDOLESI R., A. ARCURI, *Analisi Economica del Diritto*, in “*Enciclopedia del Diritto*”, 2002, VI, Giuffrè, Milano.
- PARDOLESI R., PALMIERI A., *nota a sentenza Corte costituzionale n. 270/2010*, in *Foro italiano*, I (2010), p. 2901 ss.
- PARDOLESI R., *Chi ha Paura dell’Interpretazione Economica del Diritto Antitrust?*, in “*Mercato Concorrenza Regole*”, I, 2007, pp. 119-128.
- PERA A., *Concorrenza e antitrust*, Il Mulino, 2004.
- PERA A., *Le relazioni pericolose: antitrust e interesse dei consumatori*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L’evoluzione dell’autorità Garante della concorrenza e del mercato*, 2010, 913 ss.
- PEREZ R., *Telecomunicazioni e Concorrenza*, Giuffrè, 2002.
- PEREZ R., *Comunicazioni Elettroniche*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, I, Giuffrè, p. 783 ss.
- PEREZ R., *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2004.
- PESCE G., *Tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi e sanzionatori e soluzioni non giurisdizionali per la definizione delle controversie tra imprese*, in M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il Codice delle Comunicazioni Elettroniche*, Giuffrè, 2004, p. 405.
- PESSINA C., PITTALUGA. L., *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: il concordato*, in *Impresa commerciale industriale*, 4 (2005), p. 616 ss.
- PETRETTO A., *Mercato, organizzazione industriale e intervento pubblico*, Il Mulino, 1993.
- PILATI A., *A chi piace il servizio universale?*, Beltel, 1999.
- PISAPIA V., *Note in tema di ripartizione delle competenze tra “Autorità per le garanzie nelle comunicazioni” e “Antitrust”*, in *Politica del diritto*, 2 (1999), p. 241 ss.
- PITRUZZELLA G., *Regolazione e concorrenza*, Relazione al 60° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 18-20 ottobre 2014.
- POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, 2007.
- PONTAROLLO E., OGLIETTI A., *Regole e regolatori nelle telecomunicazioni europee*, Il Mulino, 2003.

- POSNER R.A., *The Economics of the Law*, University of Chicago Press, 1972.
- POSNER R.A., *Economic analysis of law*, Little Brown, 1992.
- POSNER R.A., *The social cost of monopoly and Regulation*, in *Journal of Political Economy*, 83(4) (1975), p. 805 ss.
- POSNER R.A., *The Chicago Law School of Antitrust*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 127 (1979), p. 925 ss.
- PREDIERI A., MORISI M., *L'Europa delle reti*, Giappichelli, 2000.
- PRETO A., *In principio è la rete: Suggestioni comunicative per una società connessa*, Marsilio Editori, 2014.
- PROSPERETTI L., *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica e esperienze recenti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, p. 2 ss.
- PROSPERETTI L., MERINI M., *Dal vecchio al nuovo quadro regolatorio: la prospettiva economica*, in M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2004, p. 17.
- PROSPERETTI L., SIRAGUSA M., BERETTA M. E MERINI M., *Economia e Diritto Antitrust: Un' Introduzione*, Carocci, 2006.
- QUADRI F., *Il Codice delle Comunicazioni Elettroniche*, in *Nuove leggi civili commentate*, 6 (2003), p.1327 ss.
- RADICATI DI BROZOLO L.G., *Simmetria e asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, in *Diritto dell'Informazione*, 1997, p. 493 ss.
- RADICATI DI BROZOLO L.G., *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche, Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3 (2002), p. 575 ss.
- RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, 1998.
- RENNA M., *I beni a destinazione pubblica*, Giappichelli, 2003.
- RITTER L., BRAUN W.D., *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2004.
- RIZZA G.C., *The Duty of National Competition Authorities to Disapply Anti-Competitive Domestic Legislation and the Resulting Limitations on the Availability of the State Action Defence (Case C-198/01 CIF)*, in *European Competition Law Review*, 2 (2004), p. 126 ss.

- RIZZA G.C., *L'obbligo delle autorità nazionali della concorrenza di disapplicare le norme interne contrarie al Trattato e i conseguenti limiti alla proponibilità della State action defense*, in *Giurisprudenza commerciale*, II (2004), p. 6 ss.
- ROMANO S., *Mitologia Giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, 1947.
- ROSS S.A., WESTERFIELD R.W., JAFFE J., *Corporate Finance*, McGraw-Hill/Irwin, 2013.
- SALTARI L., *Accesso e interconnessione, La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, IPSOA, 2008.
- SALTARI L., *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Giuffrè, 2007
- SANDULLI A., *La proporzionalità della azione amministrativa*, Cedam, 1998.
- SANDULLI M.A., *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, 2010, 449 ss.
- SATTA F., *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2 (2010), p. 299 ss.
- SCHEUERMANN J. E. & SEMINS W. D., *A New Method for Regulatory Antitrust Analysis? Verizon Communications Inc. v. Trinko*, in *Richmond Journal of Law and Technology*, 12(1) (2005), p. 1 ss.
- SCOCA F.G., *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Diritto Amministrativo*, 2008, 257 ss.
- SCOCA F.G., , *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, in BARUCCI P. – RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, 2010, 259 ss.
- SHUMPETER J.A., *La teoria dello sviluppo economico*, Sansoni, 1971.
- SCREPANTI S., *La dimensione ultrastatale delle autorità indipendenti: i "sistemi comuni" europei e globali*, in *Rivista di diritto pubblico comunitario*, 5 (2009), p. 913 ss.
- SIRAGUSA M., *Le Essential Facilities nel diritto italiano e comunitario della concorrenza*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust tra diritto italiano e comunitario*, Bruyant/Giuffrè, 1998, p. 165.

- SIRAGUSA M., CIULLO S., *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3 (2002), p. 527 ss.
- SIRAGUSA M., D'OSTUNI M., MARINI BALESTRA F., *I mercati rilevanti del prodotto e servizi e la regolamentazione ex ante*, in F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2010, p. 169.
- SIRAGUSA M., BERETTA M., *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1 (1999), p. 260 ss.
- SOTTILI P., *La Liberalizzazione dei servizi pubblici: disciplina comunitaria e stato di attuazione in Italia*, in A. ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Giuffrè, 1996, p. 243.
- SPERANZA N., *Il principio di buon andamento – imparzialità nell'art. 97 Cost.*, in *Foro amministrativo*, II (1972), p. 86 ss.
- SPUNTARELLI S., *Poteri pubblici e costituzione dell'economia nel "singolare" caso Alitalia*, in *Foro amministrativo del TAR*, 2009, p. 1444 ss.
- STECCHETTI L., *Low cost: ripercussioni della legge "salva Alitalia"*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 10(3) (2008), p. 513 ss.
- STIGLER G.J., *Mercato, informazione, regolamentazione*, Il Mulino, 1994.
- STIGLER G.J., *The Organization of Industry*, University of Chicago Press, 1968.
- STIGLITZ J., *Economia del settore pubblico, fondamenti teorici*, Hoepli, 2003.
- STIGLITZ J., *Il ruolo economico dello Stato*, Il Mulino, 1992.
- SUNSTEIN C. R., *After rights revolution - Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.
- THATCHER M., *Regulatory Reform and Internationalization in Telecommunications*, in J. HAYWARD (a cura di), *Industrial Enterprises and European Integration*, Oxford University Press, 1995, p. 239.
- TELESE G., *La liberalizzazione dei servizi pubblici a rete in ambito comunitario e la disciplina del diritto di accesso alle infrastrutture: aspetti generali*, in L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI, (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Giuffrè, 2001, p. 169.

- TESAURO G., TODINO M., *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento IV, Giuffrè, 2002, p. 112 ss.
- TIRIO F., *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Giappichelli, 2012.
- TOFFOLETTI L., *La nozione di essential facility*, in *Concorrenza e Mercato*, 1998, p. 329 ss.
- TORCHIA L., *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, relazione al Convegno su “*Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*”, tenutosi il 28 febbraio 2013 presso il Consiglio di Stato, in www.giustizia-amministrativa.it.
- TORCHIA L., *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell’ordinamento europeo*, Il Mulino, 2006.
- TORCHIA L., *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, 1992.
- TORCHIA L., *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, a cura di L. Torchia, II ed., Il Mulino, 2012
- TOSATO G.L., BELLODI L., *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Giuffrè, 2004.
- VALENTINI S., *Diritto e istituzioni della regolazione*, Giuffrè, 2005.
- VASQUES L., *Essential facilities doctrine: dalla giurisprudenza statunitense alle norme comunitarie e nazionali sull’abuso di posizione dominante: spunti problematici*, in *Concorrenza e Mercato*, 1998, p. 407 ss.
- VERSTERDORF B., *Article 102 TFEU and sanctions: Appropriate When?*, in *European Competition Law Review*, 2011, p. 573.
- VOGELSANG I., *Price Regulation of Access to Telecommunications Networks*, in *Journal of Economic Literature*, 41(3) (2003), p. 830 ss.
- WHISH R., *Competition law*, Oxford University Press, 2012.
- WHISH R., BAILEY D., *Competition Law*, Oxford University Press, 2012.
- ZANETTIN B., *Cooperation Between Antitrust Agencies at the International Level*, Hart Publishing, 2002.
- ZITO A., *Mercati (Regolazione dei)*, in *Enciclopedia del Diritto Annali III*, Milano, 2010, p. 805 ss.

ZOPPINI A., *Diritto privato vs. diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 515

ZOPPINI A., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in OLIVIERI G. – ZOPPINI A. (a cura di), *Contratto e antitrust*, 2008, p. 3 ss.