

QUADERNI DI

diritto mercato tecnologia



Numero 2
Anno III
Aprile/Giugno 2013

CON CONTRIBUTI DI:

Alberto Gambino, Filippo Vari, Valeria Falce

e di

Alessio Baldi, Francesco Minazzi, Gilberto Nava, Davide Mula, Giulio Pascali, Eugenio Prosperetti, M. Morena Ragone.

ISSN (Online edition): 2239-7442

***Prime osservazioni sulle tematiche regolamentari e comunitarie
relative alla separazione della rete di accesso di Telecom Italia***

di
Gilberto Nava

Sommario: 1. Premesse. - 2. Il contesto di riferimento. - 3. Il quadro regolamentare. - 3.1 Il nuovo quadro regolamentare comunitario del 2002. - 3.2 I rimedi regolamentari. - 3.3 Le lettere di commenti della Commissione ex art. 7 Direttiva Quadro. - 4. Le Direttive 2009/136/CE *Citizens' Rights* e 2009/140/CE *Better Regulation*. - 5. Genesi, poteri ed evoluzione dell' Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC). - 6. L'intervento dei giudici nazionali. - 7. Modalità applicative dell'art. 50-ter CCE. - 7.1. Gli indirizzi applicativi del BEREC. - 8. Osservazioni sui profili procedurali. - 8.1. La trasparenza del procedimento. - 8.2. L'interazione tra i procedimenti sulle analisi dei mercati rilevanti e la valutazione della separazione della rete. - 8.3. Le tempistiche di realizzazione della Separazione. - 8.4. Analisi delle questioni procedurali. - 8.5. Necessità di condizionare l'introduzione dei nuovi obblighi regolamentari all'effettiva implementazione della Separazione. - 9. Conclusioni.

1. Premesse.

Questo contributo analizza i profili giuridico regolamentari della prima attuazione dell'art. 13-ter della Direttiva 2002/19/CE (Direttiva Accesso) che disciplina la "separazione volontaria da parte di un'impresa verticalmente integrata" nel settore delle comunicazioni elettroniche.

L'analisi viene svolta alla luce dei principi e della giurisprudenza maturata a livello comunitario e nazionale in merito alla individuazione ed all'imposizione di obblighi regolamentari *ex ante* nei mercati di comunicazioni elettroniche all'ingrosso e sulla base del dettato normativo e dei primi indirizzi applicativi introdotti a livello comunitario.

Poiché al momento in cui viene redatto questo contributo non è stata adottata alcuna decisione definitiva, né dal Consiglio di amministrazione di Telecom Italia né dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, imposteremo le nostre riflessioni sulle informazioni disponibili inquadrando nell'attuale *status* dell'evoluzione regolamentare, ed in particolare quale possa essere il percorso del procedimento amministrativo e quali vincoli endogeni - dettati dagli ordinamenti nazionali e comunitari -

ed esogeni - connessi al mercato nazionale ed alle implicazioni istituzionali - possano condizionarlo.

La separazione volontaria rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 50-*ter* del D.Lgs. 259/2003, come introdotto dal D.Lgs. 28 maggio 2012 n. 70 (Codice delle comunicazioni elettroniche "CCE") il quale, recependo l'art. 13-*ter* della Direttiva "Accesso" 2002/19/CE[1], disciplina la "separazione volontaria da parte di un'impresa verticalmente integrata".

In sintesi, questa norma prevede che l'impresa notificata come avente significativo potere di mercato in uno o più mercati rilevanti delle comunicazioni elettroniche, qualora decida di trasferire tutta o una parte dei beni relativi alle reti di accesso[2] ad un'entità commerciale separata o ad un soggetto giuridico sotto controllo di terzi, sia tenuta a informare anticipatamente e tempestivamente l'Autorità della propria decisione. Analoghe comunicazioni andranno effettuate in caso di mutamenti della decisione, nonché in merito al risultato finale del processo di separazione.

Gli effetti della separazione proposta saranno valutati dall'Autorità, ai sensi dell'art. 19 CCE, attraverso un'analisi coordinata dei vari mercati relativi alla rete di accesso, all'esito della quale l'Autorità potrà imporre, mantenere, modificare o revocare le misure regolamentari *ex ante* previste dagli artt. 45-50 CCE nei confronti dei soggetti (neocostituiti o preesistenti) che saranno identificati come aventi notevole forza di mercato.

La presente analisi, innanzitutto, esamina i presupposti fattuali attualmente disponibili in merito al progetto di separazione della rete di accesso, successivamente approfondisce la disciplina regolamentare introdotta dalla Direttiva 2009/140/CE art. 2, comma 10 nel Nuovo Quadro Regolamentare del 2002[3], ed in particolare nella Direttiva Accesso, che regola il progetto di separazione e gli impatti sui vincoli regolamentari imposti dal nuovo quadro regolamentare comunitario, ed, infine, quali possano essere le modalità e le tempistiche con cui interagiscono reciprocamente l'attuazione delle scelte (volontarie) dell'operatore notificato e le scelte dell'AGCOM in materia di mantenimento o di rimozione degli obblighi regolamentari vigenti, anche alla luce degli indirizzi adottati dal *Body of European Regulators for Electronic Communications* (BEREC).

Nonostante la rilevanza mediatica e finanziaria assunta dall'ipotesi di separazione volontaria della rete di accesso di Telecom Italia, in questo contributo non verranno approfondite valutazioni di natura strategica, economica e di politica industriale connessa a tale fattispecie, ma si focalizzerà l'attenzione su quale possa essere la modalità più rispondente ai principi comunitari e nazionali per gestire il processo di separazione e la sua interazione con i vincoli regolamentari applicati agli operatori dominanti, indipendentemente dal perimetro delle attività e delle risorse che verranno fatte confluire nella nuova società che potrebbe gestire le infrastrutture della rete di accesso e dal modello societario di *governance* che verrà definito. Occorre fin da subito evidenziare che, nell'attuale

modello regolamentare che Telecom Italia ha annunciato di voler utilizzare, la scelta di proporre la separazione volontaria (così come di modificare o ritirare la proposta) ha natura meramente volontaria e potestativa essendo nella piena disponibilità dell'operatore notificato modificare la propria scelta anche nel corso delle analisi di mercato compiute dall'Autorità. Poiché l'unico obbligo posto in capo all'Autorità è rappresentato dall'onere di avviare una analisi congiunta dei mercati rilevanti dell'accesso onde verificare se debbano essere mantenuti, modificati o abrogati gli obblighi regolamentari *ex ante* sulla base della consueta "metrica" prevista agli art. 6, 7, 7-bis e 7-ter della Direttiva Quadro, ne consegue che l'Autorità non ha, da un punto di vista dei poteri conferiti dal CCE, alcun potere di incidere sulla definizione del perimetro della separazione, a maggior ragione per mercati o servizi estranei al mercato dell'accesso, né sul meccanismo di *governance* di una eventuale società separata e sul ruolo che possano svolgere eventuali azionisti terzi (pubblici o privati) rispetto all'operatore verticalmente integrato sia in termini societari che di garanzia per interessi pubblicistici[4].

2. Il contesto di riferimento.

Con comunicato stampa del 30 maggio 2013, Telecom Italia ha informato il mercato che il Consiglio di amministrazione della società aveva approvato il progetto di societizzazione della propria rete di accesso. In particolare, secondo quanto indicato in quel comunicato, "*nella nuova società confluiranno attività e risorse relative allo sviluppo e alla gestione della rete di accesso passiva, sia in rame sia in fibra, nonché alla componente attiva della fibra rappresentata da OLT (Optical Line Termination) e Cabinet*" [5]. La definizione del perimetro delle risorse fisiche che dovrebbero confluire nella nuova società è essenziale poiché i diversi servizi all'ingrosso previsti dagli obblighi regolamentari vigenti (e.g. *unbundling del local loop*[6], *virtual unbundling del local loop* per le reti di nuova generazione, *bitstream*[7], *wholesale line rental*[8] etc.) dovrebbero essere forniti agli altri operatori ed alla divisione retail della stessa Telecom Italia sulla base delle effettive risorse fisiche e logiche oggetto di separazione perciò l'identificazione e la regolazione dei servizi all'ingrosso che migrerebbero nel nuovo regime di separazione rispetto all'attuale è fondamentale a definire il nuovo regime di obblighi regolamentari. Nello stesso comunicato stampa Telecom Italia ha riferito, tra l'altro, di aver avviato dinanzi all'Autorità le procedure previste dall'art. 50-ter CCE. Telecom Italia ha, inoltre, precisato che il progetto di Separazione prevede la costituzione di due distinte società: la nuova società dell'accesso (OPAC), che fornirà a tutti gli operatori i servizi infrastrutturali "passivi" delle reti fisse in rame e in fibra, e la società Telecom Italia Service che, acquistando

servizi all'ingrosso da OPAC, fornirà servizi *retail* nonché i restanti servizi all'ingrosso di rete fissa, oltre a tutti i servizi di telefonia mobile, in concorrenza sul mercato finale con gli altri operatori alternativi presenti nel mercato italiano.

Ci troviamo perciò nella seconda fattispecie individuata dall'art. 50-ter, comma 1, ossia la scelta di un operatore verticalmente integrato di istituire un'entità commerciale societariamente separata ma sotto il proprio controllo che sia dotata delle attività, delle risorse e dei processi operativi per fornire a tutti gli operatori che operano nei mercati al dettaglio delle comunicazioni elettroniche, comprese le proprie divisioni o società che sono attive in concorrenza nei medesimi mercati al dettaglio, di prodotti di accesso pienamente equivalenti. Occorre da subito rilevare che il legislatore comunitario non ha posto come elemento dirimente la societizzazione della rete di accesso poiché adeguati strumenti regolamentari e strutturali potrebbero realizzare una efficace *equivalence of inputs* (EoI) e di *outputs*[9] (EoO) anche in presenza di una mera divisionalizzazione delle risorse ed attività della rete di accesso, ma ha sottolineato che il fattore rilevante in caso di societizzazione sia il controllo da parte di soggetti terzi rispetto all'operatore dominante.

Con comunicato del 4 giugno 2013, la stessa Autorità ha affermato di avere *“incaricato gli uffici di avviare l'analisi dei possibili riflessi dell'operazione sulle condizioni di mercato e concorrenziali, nonché sulla regolamentazione dei mercati dell'accesso”* e che, a tal fine, vi è la *“necessità di dar corso ad un'interlocuzione tecnica con Telecom Italia per acquisire ulteriori elementi informativi”*.

L'indirizzo strategico dell'AGCom nell'analisi della proposta di Telecom Italia si può, in una prima fase, desumere dalla presentazione del Presidente dell'Autorità al Parlamento della Relazione annuale 2013 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro dove, in occasione dell'evento istituzionalmente preposto per comunicare al Parlamento (il suo *“dante causa”*[10]) i programmi sulle principali attività *in fieri*, si è affermato che *“l'operazione delineata da Telecom è coraggiosa ed innovativa, e può ben rappresentare una soluzione permanente alla contrapposizione incumbent/entranti tipica delle industrie a rete: tanto più lo scorporo sarà ampio (con il perimetro degli asset ceduti comprendenti anche elementi attivi della rete) e profondo (verso una separazione effettiva del controllo) tanto più il dividendo regolamentare potrà essere significativo. Situazioni intermedie implicheranno inevitabilmente valutazioni gradualità.”* In altri termini l'Autorità ha indicato che tanto più saranno gli elementi della rete di accesso attivi e passivi che confluiranno nella società separata e quindi più ampia sarà la tipologia dei servizi all'ingrosso che saranno forniti secondo il modello dell'EoI e tanto più limitata sarà la possibilità di Telecom Italia di decidere le future scelte strategiche ed operative di OPAC (grazie alla cessione del controllo azionario o mediante specifici

meccanismi di *governance*) e tanto più si potrà ipotizzare che alle restanti divisioni dell'operatore incumbent possano essere rimossi i vincoli regolamentari esistenti. In questo contributo analizzeremo se e come sarà possibile attuare questa strategia regolamentare anche in relazione ai poteri conferiti dal quadro regolamentare comunitario ed al contestuale operare di molteplici attori (Commissione europea, BEREC, AGCM, Governo, giudici amministrativi).

Da ultimo l'Autorità ha comunicato in data 25 luglio 2013 di aver concluso l'analisi preliminare sulla "*reliability/seriousness of the intended transaction*"[11] proposta da Telecom Italia e che, dopo aver ricevuto dalla società proponente ulteriori approfondimenti sulle tematiche già oggetto di una specifica interlocuzione tecnica e la relativa formalizzazione delle ulteriori proposte, nel corso del mese di settembre 2013 avrebbe iniziato l'analisi coordinata dei mercati rilevanti, come previsto dall'art. 13ter, comma 2 della Direttiva Accesso[12].

Pur nella carenza di dati ufficiali sulla Separazione, da alcune fonti pubbliche è possibile trarre ulteriori informazioni sulla stessa. In particolare, come vedremo successivamente, un fattore rilevante è rappresentato dal fatto che le tempistiche per il completamento della Separazione sono state quantificate in almeno 15-18 mesi dal *management* di Telecom Italia, ma che altre fonti parlano di "*non meno di venti mesi*" mentre il Presidente dell'AGCM Pitruzzella ha ipotizzato che "*l'operazione richiederebbe dai 24 ai 30 mesi per essere completata.*"

Occorre in questa sede descrivere brevemente la natura dell'*Equivalence of Inputs* (EoI) e tracciare la differenza rispetto al principio dell'*Equivalence of Outputs* (EoO)[13], regime attualmente vigente grazie all'implementazione della separazione funzionale della rete disciplinata dalla delibera 718/08/CONS e dalla creazione della divisione di Telecom Italia denominata Open Access. L'EoI prevede che i prodotti dell'accesso offerti al dettaglio nel mercato a valle dall'operatore incumbent siano realizzati e forniti a monte con i medesimi elementi funzionali (ossia inputs in termini di connessioni fisiche, apparati informatici, data base etc.) e di costo con i quali sono forniti a valle i prodotti dai concorrenti. Nel caso di EoO, invece, i prodotti dell'accesso forniti dall'operatore incumbent agli operatori alternativi sono comparabili in termini di funzionalità e di prezzo con i prodotti dell'accesso che fornisce alle proprie divisioni commerciali, ma vengono resi disponibili con differenti sistemi ed apparati e con diversi processi operativi. Come vedremo successivamente, ovviamente soltanto il primo dei due modelli di equivalence risulta totalmente efficace da un punto di vista competitivo poiché rende la modalità operativa con cui vengono forniti i prodotti dell'accesso una variabile che non condiziona la dinamica concorrenziale.

3. Il quadro regolamentare.

Ci limitiamo a richiamare, per quanto funzionale alla presente analisi, alcuni principi che presidiano l'azione regolamentare delle Autorità nazionali di regolamentazione (ANR)[14] definiti dal nuovo quadro regolamentare del 2002 e, in particolare, le modifiche introdotte con la riforma del quadro normativo comunitario del 2009 (Direttiva 2009/136/CE c.d. *Citizens' Rights* e Direttiva 2009/140/CE c.d. *Better Regulation*) con lo scopo di superare la frammentazione regolamentare e le discrepanze rilevate tra l'operatività delle diverse ANR nella prospettiva del consolidamento di un mercato interno delle comunicazioni elettroniche[15].

L'esame degli strumenti a disposizione della Commissione, della loro prassi applicativa e la valutazione della loro rilevanza nella prospettiva del vaglio giurisprudenziale ci consentono di comprendere quali siano i vincoli ed i limiti procedurali e sostanziali che AGCom dovrà affrontare per completare efficacemente il proprio procedimento di analisi dei mercati rilevanti e definizione dei rimedi anche nell'ipotesi di una scelta definitiva da parte di Telecom Italia di separazione volontaria della rete di accesso.

3.1 Il nuovo quadro regolamentare comunitario del 2002.

Dopo una prima fase del processo di liberalizzazione e regolazione dei mercati nazionali delle telecomunicazioni (collocabile negli anni '90)[16] con l'adozione delle direttive di liberalizzazione[17] e di armonizzazione[18], con il nuovo quadro regolamentare del 2002 il legislatore comunitario aveva impostato un modello finalizzato ad armonizzare l'evoluzione della regolamentazione nei diversi Stati membri[19] adottando la consolidata "cassetta degli attrezzi" del diritto della concorrenza per la definizione della concorrenzialità del mercato e per la qualificazione dell'operatore avente significativo potere di mercato e, e prevedendo la definizione da parte della Commissione, mediante l'adozione di raccomandazioni[20], di quali fossero i mercati rilevanti ritenuti meritevoli di una regolamentazione *ex ante* nonché di quali fossero i criteri per poter valutare l'assenza di una effettiva competitività di un mercato (c.d. *triple test*)[21].

Perciò alle ANR era dato il compito di effettuare ogni diciotto mesi[22], successivamente prolungato a tre anni dalla Direttiva Better Regulation, prioritariamente tra i mercati già qualificati come meritevoli di regolamentazione *ex ante* dalla Commissione, un'analisi di mercato con gli strumenti del diritto della concorrenza, che ne valutasse l'effettiva competitività in una logica prospettica del mercato, individuasse uno o più soggetti che (eventualmente) detenesse un significativo potere di mercato

(i.e. una posizione dominante) e applicasse i rimedi analiticamente previsti dal CCE dagli artt 46-50 CCE[23] secondo i principi di proporzionalità e adeguatezza e in funzione delle circostanze riscontrate nel mercato geografico rilevante.

Il legislatore aveva strutturato un processo di formazione del provvedimento sulla base di un modello di interazione tra la Commissione e le ANR nazionali che è stata definita come un procedimento amministrativo composto[24] e aveva dotato la Commissione di diversi strumenti procedimentali, tra i quali nella prassi si era consolidato l'utilizzo in particolare delle Raccomandazioni e delle lettere di commento e, in misura molto minore, dei veti.

Ultimo in termini temporali ma spesso risolutivo attore del processo di regolazione era (ed è) il giudice amministrativo nazionale che esamina il procedimento adottato alla luce dei principi legislativi e giurisdizionali nazionali[25], soppesando ai fini della valutazione di legittimità sovente anche i profili di merito emersi nella dialettica tra le due istituzioni[26].

Innanzitutto la Direttiva Quadro (Considerando 27 e art. 15, comma 2) ha previsto che la Commissione pubblicasse degli orientamenti per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato[27] conformi al diritto della concorrenza[28] e che le ANR li tenessero "in massima considerazione" nella definizione dei mercati rilevanti.

Inoltre lo stesso articolo 15, comma 1 della medesima Direttiva prevede l'adozione da parte della Commissione di una raccomandazione avente ad oggetto i mercati rilevanti dei servizi e dei prodotti all'interno del settore delle comunicazioni elettroniche che abbiano le caratteristiche per giustificare, secondo una analisi svolta secondo i principi del diritto della concorrenza, l'imposizione degli obblighi regolamentari che sono stati tipizzati dalle Direttive (vedi di seguito).

La Commissione ha adottato una prima Raccomandazione dei mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi l'11 febbraio 2003 (C2003/497) con la quale sono identificati sei mercati al dettaglio ai sensi dell'art. 17 della Direttiva Servizio Universale, un mercato relativo ad un insieme minimo di linee affittate ex art. 16 della Direttiva Servizio Universale e undici mercati all'ingrosso tra cui i servizi di radiodiffusione televisiva per la trasmissione dei contenuti. Successivamente è stata adottata una nuova Raccomandazione in data 17 dicembre 2007 con la quale, grazie all'evoluzione, anche tecnologica, delle caratteristiche dei prodotti e dei servizi, ed ai cambiamenti riscontrati in termini di sostituzione della domanda e dell'offerta, sono stati significativamente ridotti i mercati rilevanti, in particolare quelli al dettaglio[29] mentre sono stati rilevati sei mercati all'ingrosso[30]). La Raccomandazione adottata nel 2007 è attualmente oggetto di revisione da parte della Commissione per verificare se l'identificazione dei mercati rilevanti sia tuttora coerente con l'evoluzione dei prodotti e dei servizi nonché della domanda e dell'offerta e

dovrebbe essere rivista entro il 2014 con una ulteriore riduzione dei mercati rilevanti determinati *ex ante*.

La presenza o meno di un mercato rilevante nella raccomandazione non pregiudica che le ANR nazionali possano individuare ulteriori mercati rilevanti ed imporre delle misure *ex ante*, così come che i mercati identificati nella raccomandazione possano essere dichiarati competitivi dopo una specifica analisi di mercato, conformemente alla procedura dell'art. 7[31][32].

In sintesi la Raccomandazione prevede che per individuare dei mercati ulteriori rispetto a quelli "pre-esaminati" dalla Raccomandazione che possano essere oggetto di una regolamentazione *ex ante*, sia opportuno applicare tre criteri cumulativi: il primo criterio è la presenza di forti ostacoli non transitori all'accesso, che possono essere di carattere strutturale, giuridico o normativo, ma che nel corso dell'analisi del mercato emerge che non che possano ragionevolmente essere superati nel corso del periodo di tempo oggetto dell'analisi prospettica. Per questo motivo, il secondo criterio prevede che sia ammissibile l'imposizione di regolamentazione *ex ante* esclusivamente in quei mercati la cui struttura non tenda a produrre condizioni di concorrenza effettiva nell'arco di tempo considerato. L'applicazione di tale criterio comporta l'esame della stato concorrenziale al di là della presenza di forti ostacoli all'accesso. Il terzo criterio, infine, prescrive che l'applicazione del diritto della concorrenza non sarebbe di per sé sufficiente a rimediare ai fallimenti di mercato esistenti[33].

Il legislatore comunitario ha posto il presidio dell'armonizzazione della definizione dei mercati l'art. 7 della Direttiva Quadro, che prevedeva il possibile esercizio del potere di veto da parte della Commissione qualora venisse identificato un mercato rilevante diverso da quelli previsti dalla raccomandazione vigente *ratione temporis* oppure sulla designazione di un operatore come SMP, nonché tale misura influenzasse gli scambi tra Stati membri e costituisse una barriera al mercato unico o fosse considerata incompatibile con il diritto comunitario e gli obiettivi dell'art. 8 della Direttiva Quadro.

Nel caso in esame l'Autorità dovrebbe effettuare approfondite analisi e motivare in modo significativo la propria richiesta qualora nel corso dell'analisi sulla separazione volesse discostarsi dai mercati individuati dalle Raccomandazioni e già rilevati nel corso delle analisi dei mercati dell'accesso concluse con le delibere 314/09/CONS, 731/09/CONS e 578/10/CONS e attualmente in corso nel procedimento avviato con la delibera 390/12/CONS e posto in consultazione con delibera 238/13/CONS.

3.2 I rimedi regolamentari.

Infine i rimedi applicabili agli operatori SMP sono stati identificati dal legislatore comunitario agli articoli 9-13 della Direttiva Accesso[34] e rappresentano gli strumenti regolamentari con cui “mimare”, in una prospettiva *ex ante*, l’esistenza di una dinamica competitiva dotando il mercato di strumenti asimmetrici che sopperiscano alle problematiche concorrenziali individuate nel corso delle analisi dei mercati. I rimedi possono essere qualificati come di natura strutturale (obblighi di non discriminazione e di interconnessione ed accesso) e di natura strumentale all’efficace attuazione dei precedenti obblighi (obblighi di trasparenza, di separazione contabile e di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi) e devono essere applicati sulla base del “problema evidenziato” e “proporzionati e giustificati alla luce degli obiettivi dell’art. 7” della Direttiva Quadro.

L’insieme degli strumenti di soft-law adottati dalla Commissione (orientamenti per l’analisi di mercato, raccomandazioni sui mercati rilevanti meritevoli di regolamentazione *ex ante*, definizione dei rimedi per gli operatori SMP)[35] hanno definito quale deve essere il “minimo comun denominatore” a livello comunitario nella definizione dei mercati oggetto di regolamentazione *ex ante*.

Ciascuno degli strumenti adottati dalla Commissione (orientamenti, raccomandazioni) non sono, in termini di fonti del diritto comunitario, vincolanti per le ANR, ma la loro espressa previsione nella Direttiva Quadro e il presidio posto dal veto previsto al citato art. 7, hanno ottenuto lo scopo di garantire una sostanziale armonizzazione dell’applicazione delle regole a livello dei singoli Stati membri, nonostante l’effettiva applicazione del diritto di veto sia stata molto modesta rispetto al cospicuo numero delle notifiche ricevute[36].

Mentre sulla definizione dei rimedi rimedi la Commissione può applicare il potere di veto soltanto qualora l’ANR adotti un rimedio atipico, diverso da quelli definiti negli artt. 9-13 della Direttiva Accesso[37].

Allo scopo di indirizzare le migliori prassi regolamentari rispetto alle modalità con le quali le singole ANR devono concretamente dare attuazione ai rimedi astrattamente definiti dal legislatore comunitario, è stata elaborata dall’European Regulators Group (ERG) già nel 2004, e successivamente integrata nel 2006, una Common Position on regulatory remedies[38]: Nel 2012 il BEREC ha poi adottato ulteriori common positions relative all’applicazione dei rimedi in singoli mercati wholesale[39].

Il secondo atto utilizzato dalla Commissione per indirizzare l’attuazione del quadro regolamentare comune è rappresentato dalle Raccomandazioni che sono espressamente previste dall’art. 19, comma 1 della Direttiva Quadro come strumento rivolto agli Stati membri per armonizzare le modalità

attuative delle direttive comunitarie. La Direttiva prevede che gli Stati membri provvedano affinché le ANR “tengano nella massima considerazione tali raccomandazioni” nell’assolvere gli obblighi e perseguire gli obiettivi della regolamentazione dettati dall’art. 8 della Direttiva. La Commissione ha fatto un ampio uso dello strumento della raccomandazione in particolare quando ha rilevato significative incoerenze tra le scelte regolamentari dei diversi Stati membri[40] oppure qualora abbia ritenuto di dover esprimere un orientamento non vincolante dell’istituzione comunitaria in merito alle modalità regolamentari più adatte per indirizzare le significative evoluzioni strategiche o tecnologiche delle reti o dei servizi[41].

È pacifico che le raccomandazioni non abbiano efficacia vincolante, ma non significa che esse siano del tutto sprovviste di effetti giuridici: la giurisprudenza ha posto in evidenza come possano avere effetti giuridici poiché il giudice nazionale deve tenerne conto per procedere all’interpretazione di altri atti vincolanti emanati dalle istituzioni comunitarie e dalle norme nazionali[42]. Oltre a rappresentare un importante parametro per il giudice nazionale chiamato a valutare, secondo le regole del proprio ordinamento, l’operato dell’ANR, poiché la Direttiva Quadro prevede che le raccomandazioni debbano essere tenute in massima considerazione nell’adozione dei provvedimenti di definizione dei rimedi, la giurisprudenza ha consolidato un orientamento che prevede una motivazione rafforzata qualora le ANR intendano discostarsi dagli indirizzi della Commissione.

Ai fini dell’analisi sui mercati dell’accesso preliminari all’adozione di misure regolamentari connesse con la separazione volontaria della rete di accesso assumono rilevanza sia la Raccomandazione del 20 settembre 2010 relativa all’accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA), che la Raccomandazione della Commissione, dell’11 settembre 2013, relativa all’applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di determinazione dei costi per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto degli investimenti in banda larga . Senza entrare in questa sede nel merito della valutazione degli impatti strategici degli indirizzi regolamentari espressi dalla Commissione, occorre sottolineare che le scelte di AGCom di tenere o meno nella “massima considerazione” le citate raccomandazioni nel corso del primo procedimento europeo per valutare gli impatti sulla regolamentazione della rete d’accesso della separazione volontaria di un operatore integrato saranno attentamente scrutinate dalla Commissione nella lettera di commento (di cui si vedrà di seguito) e successivamente dal giudice amministrativo e necessiteranno delle motivazioni “massimamente rafforzate” per evidenziare, anche istituzionalmente, il corretto esercizio della propria indipendenza nel bilanciare i diversi obiettivi regolamentari,

sia che aderiscano alle raccomandazioni comunitarie sia che vi si discostino.

3.3 Le lettere di commenti della Commissione ex art. 7 Direttiva Quadro.

L'ultimo strumento utilizzato dalla Commissione per indirizzare una applicazione omogenea del quadro regolamentare comunitario è rappresentato dalla lettera di commento ex art. 7 della Direttiva Quadro.

Le lettere di commento possono essere inviate dalla Commissione entro un mese dalla notifica della bozza di provvedimento da parte dell'ANR e, teoricamente, dovrebbero rappresentare una eccezione in quanto, secondo il dettato della norma, la Commissione dovrebbe collaborare con le ANR per il rispetto dei principi del diritto della concorrenza ed in particolare l'attuazione degli obiettivi dell'art. 8 della Direttiva Quadro "nella misura in cui concernono il funzionamento del mercato interno"[43], a maggior ragione quando l'Autorità dello Stato membro ha rispettato "l'ortodossia dei mercati rilevanti e degli operatori SMP" e si limita ad applicare i rimedi standardizzati dalla Direttiva Accesso.

Inoltre sotto un profilo giuridico le lettere devono essere tenute nelle "massima considerazione" dalle ANR, ma non hanno pacificamente natura vincolante per le ANR sia ai sensi della giurisprudenza comunitaria[44] che della costante giurisprudenza nazionale che si è limitata a prevedere per AGCom un "obbligo rafforzato di motivazione" qualora decida di discostarsi dall'opinione espressa nella lettera di commenti[45].

Al contrario l'intervento della Commissione mediante la lettera di commento risulta molto frequente e spesso invasivo dei poteri discrezionali riconosciuti alle ANR di applicare i rimedi in modo coerente e proporzionato alle esigenze competitive che sono state rilevate localmente, tanto da configurare un giudizio che riesamina nel merito le scelte tecniche adottate alla luce delle condizioni competitive del mercato nazionale[46]. La Commissione non si limita a valutare approfonditamente le analisi e le proposte di rimedi con le relative motivazioni, ma confronta e ribadisce le proprie posizioni rispetto a quanto già affermato nello stesso mercato nazionale in occasione di precedenti notifiche (quindi in un diverso contesto temporale e quindi concorrenziale) oppure presso altri mercati europei. In alcune fattispecie la riproposizione di alcuni commenti nel corso delle successive analisi oppure richiamando delle analoghe posizioni espresse rispetto alle analisi sul medesimo mercato da ANR di altri Stati membri rappresenta la manifestazione della linea strategica della Commissione rispetto a diversi approcci applicativi adottati a livello nazionale, che trova esplicazione attraverso le lettere di commento con cui replica alle differenti motivazioni via via prospettate dalle ANR[47]; in altri

casi le lettere di commenti hanno rappresentato la manifestazione di un indirizzo strategico che successivamente ha trovato forma di raccomandazione o di direttiva[48]; in altre richiamano le singole ANR ad una coerenza della strategia regolamentare ed agli impegni procedurali proposti nelle precedenti comunicazioni relative all'adozione di impegni, sottolineando la necessità di una prevedibilità e logicità dell'azione regolamentare che potrà essere oggetto di valutazione da parte dei giudici. L'esito concreto dell'intervento della Commissione tramite le lettere di commenti come garante dell'armonizzazione anche dell'ortodossia con la quale le singole ANR avrebbero dovuto disporre dei rimedi regolamentari previsti per "mimare un mercato concorrenziale" e sopperire alle carenze competitive non transitorie riscontrate nel mercato nazionale, ha comportato che le ANR tenessero effettivamente nella massima considerazione i commenti della Commissione e trovassero delle modalità nazionali per recepire gli indirizzi comunitari[49].

Occorre però notare come questa azione conformatrice delle lettere di commenti ha avuto più effetti sulle modalità maggiormente di natura operativa (ad esempio il livello o la metodologia delle tariffe dei servizi *wholesale*) piuttosto che sui rimedi che avessero impatti strategici, quali ad esempio la regolamentazione delle reti di nuova generazione, i criteri contabili per la remunerazione delle reti di accesso o i presupposti per il riconoscimento di asimmetrie nelle terminazioni delle reti fisse e mobili.

Da questa constatazione è sorta, dapprima, la necessità di adottare delle specifiche Raccomandazioni[50] che esplicitassero le problematiche e le relative soluzioni regolamentari emerse nel corso dell'esame sinottico e transnazionale delle proposte nazionali di provvedimenti di imposizione/modifica/revoca di rimedi regolamentari.

4. Le Direttive 2009/136/CE *Citizens' Rights* e 2009/140/CE *Better Regulation*.

La Commissione ha poi ritenuto necessario intervenire più efficacemente rispetto all'obiettivo di creare il mercato unico delle comunicazioni integrando il nuovo quadro regolamentare con le direttive 2009/136/CE e 2009/140/CE e, da ultimo, con la recente proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio "*laying down measures concerning the European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent, and amending Directives 2002/20/EC, 2002/21/EC and 2002/22/EC and Regulations (EC) n. 1211/2009 and (EU) n. 531/2012*", presentata dalla Commissione l'11 settembre 2013 al Parlamento, al Consiglio, al Comitato europeo economico e sociale ed al Comitato delle Regioni (denominata *Telecommunications Single Market*).

Sono molteplici le motivazioni che hanno condotto a rilevanti discrepanze tra le condizioni competitive dei diversi mercati nazionali, con un evidente impatto sui consumatori:

- (i) innanzitutto i diversi modelli nazionali di privatizzazione hanno condotto ad interventi amministrativi o legislativi fortemente sbilanciati a favore dei “campioni nazionali”[51], in particolare con riferimento alle condizioni regolamentari applicabili alle reti di nuova generazione;
- (ii) in assenza di una specifica regolazione relativa alla disciplina dei meccanismi selettivi per l’attribuzione delle risorse scarse (e.g. frequenze) si sono riscontrati esiti molto differenziati (ed anche indirizzati prevalentemente da esigenze di finanza pubblica più che da motivazioni legate all’uso efficiente delle risorse frequenziali[52];
- (iii) si è rilevata l’applicazione da parte delle ANR di diverse metodologie, anche contabili, in relazione alla definizione degli obblighi regolamentari[53];
- (iv) vi sono stati infine esempi di “cattura del regolatore” che hanno implicato l’intervento *ex post* delle Autorità di concorrenza comunitarie e nazionali[54].

I report annuali relativi allo stato dell’implementazione delle Direttive redatti dalla Commissione[55] sono stati una efficace parametro di come le peculiarità nazionali (di mercato, infrastrutturali e istituzionali) abbiano condotto a condizioni di concorrenza molto differenziate nei diversi Stati membri, ostacolando anche la concreta attuazione di un mercato unico delle comunicazioni elettroniche.

Sulla base di queste evidenze la Commissione ha presentato nel giugno 2006, a valle di una consultazione pubblica che raccolse molti contributi, una comunicazione sul riesame del quadro normativo dell’Unione europea per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (COM2006 334) che diede luogo a due processi paralleli, uno inteso a modificare il quadro normativo[56] ed uno ad aggiornare gli “strumenti di lavoro” delle ANR al mutato quadro competitivo. Quest’ultima esigenza dette luogo all’adozione il 13 novembre 2007 di una nuova Raccomandazione sui mercati rilevanti, che ha ridotto significativamente il numero dei mercati ritenuti meritevoli di regolamentazione *ex ante* focalizzandosi sui mercati all’ingrosso, mentre le proposte di riforma del quadro comunitario si compongono di due proposte di direttiva[57] e di una proposta di regolamento finalizzata ad istituire l’Autorità europea per il mercato delle comunicazioni elettroniche (ETMA)[58][59] che sono state oggetto di un travagliato percorso nella dinamica della dialettica del trilogio (Commissione, Parlamento e Consiglio) che ha condotto, nell’imminenza della fine della legislatura, all’adozione delle Direttive 2009/136/CE Citizens’ Rights e 2009/140/CE Better Regulation[60].

5. Genesi, poteri ed evoluzione dell' Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC).

Il ruolo, le competenze e la *governance* del BEREC sono stati definiti dal Regolamento 1211/2009 del 25 novembre 2009 che chiarisce come il nuovo organismo non abbia natura di agenzia comunitaria né personalità giuridica mentre viene costituito un Ufficio che fornisce supporto professionale ed amministrativo al BEREC ed è dotato di personalità giuridica in qualità di organo comunitario ai sensi del Regolamento n. 1605/2002 del Consiglio (art. 15) ed autonomia giuridica, amministrativa e finanziaria. Gli ambiti di azione ed i compiti del BEREC sono determinati dall'art. 1 del Regolamento e sono definiti dalle stesse Direttive del quadro regolamentare del 2002, come riformate nel 2009. In particolare il BEREC persegue i medesimi obiettivi delle ANR dettati dall'art. 8 della Direttiva Quadro e mira "ad assicurare un'applicazione coerente del quadro normativo dell'Unione europea per le comunicazioni elettroniche", avvalendosi delle competenze disponibili presso le ANR.

Il ruolo del BEREC si colloca come "organismo di riflessione, dibattito e consulenza per il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione per il settore delle comunicazioni elettroniche" che fornisce relazioni e consulenze alla Commissione e pareri al Parlamento ed al Consiglio, ma nel contempo si pone in una posizione centrale della complessa architettura dedicata allo sviluppo del mercato interno delle reti e dei servizi poiché ha anche il compito di sviluppare e diffondere tra le ANR le "migliori prassi regolamentari", ossia le metodologie, orientamenti comuni sull'attuazione del quadro normativo comunitario. Poiché tali prassi sono sviluppati dai gruppi specialistici formati dai rappresentanti delle ANR e sono votate a maggioranza dei due terzi del comitato dei regolatori (e non più all'unanimità come l'ERG), dove siedono i componenti politici o direttivi delle medesime ANR nel numero di un membro per ogni Stato membro, è evidente che l'adozione di tali buone prassi regolamentari rappresentano un elemento necessario che coalizza l'azione delle ANR in sede di "comitologia" BEREC[61].

Inoltre la centralità del BEREC come organismo in grado di indirizzare l'applicazione coerente della normativa del settore non attraverso strumenti vincolanti, ma attraverso un esercizio tempestivo, trasparente e indipendente dei propri compiti viene ribadita dal Regolamento che attribuisce all'organismo il dovere, dal lato delle ANR, di fornire cooperazione, pareri e consulenze sui progetti di misure relative alla definizione dei mercati, alla designazione delle imprese SMP, all'imposizione dei rimedi *ex art. 7 e 7-bis* della Direttiva Quadro, e dal lato della Commissione di fornire pareri su progetti di raccomandazioni e/o orientamenti sulla forma, contenuto e dettaglio delle notifiche, di essere consultato sui progetti di raccomandazioni relative ai mercati rilevanti di

servizi e prodotti, di fornire pareri su progetti di decisioni (vincolanti) e raccomandazioni (non vincolanti) adottati dalla Commissione ai fini dell'armonizzazione, ai sensi dell'art. 19 della Direttiva Quadro nonché sui progetti di decisioni della Commissione che autorizzano o impediscono ad una ANR di adottare misure eccezionali *ex art. 8* Direttiva Accesso.

Visto l'obbligo per la Commissione di consultare il BEREC per ogni decisione vincolante o non vincolante che possa incidere sull'applicazione coerente del diritto comunitario e sull'azione regolamentare delle ANR, si potrebbe affermare che l'esito della riforma del terzo pacchetto abbia condotto la Commissione ad essere soggetta ad uno scrutinio preventivo e sostanziale da parte dell'organismo che rappresenta, quasi come un "sindacato", le competenze delle ANR.

Il Regolamento inoltre sottolinea, in coerenza con il principio di indipendenza introdotto dall'art. 1, comma 3, b) della direttiva 2009/140/CE, che né i membri del Comitato dei regolatori né il suo Presidente (nominato annualmente all'interno dei suoi componenti, quindi espressione diretta del vertice di una ANR) né il direttore amministrativo (scelto tramite concorso pubblico e responsabile della direzione dell'Ufficio) possano sollecitare o accettare istruzioni da alcuno Stato membro, così come da alcuna ANR o dalla Commissione o da alcun soggetto pubblico o privato.

L'evoluzione del ruolo del BEREC non può essere del tutto compresa senza evidenziare il ruolo centrale svolto dall'Ufficio per consentire al BEREC di svolgere le attività e ricoprire un ruolo nell'ordinamento "sostanziale" europeo che il precedente organismo dei regolatori ERG non aveva sviluppato. Il fattore che ha catalizzato la crescita di autorevolezza ed ha (forse involontariamente nella dinamica dei reciproci veti tra le istituzioni comunitarie) disegnato un ruolo sostanzialmente centrale per il BEREC nel "concerto regolamentare europeo" deriva dalle attività che è chiamato a svolgere nella procedura multilivello introdotta con la nuova procedura *ex art. 7* della Direttiva Quadro. La Direttiva 2009/140/CE introduce accanto al coordinamento orizzontale tra le ANR e verticale tra la singola ANR e la Commissione un nuovo attore del processo reticolare di regolamentazione, ossia il BEREC che godrà un ruolo crescente nel modello frutto del compromesso all'interno del trilogio poiché è previsto che tutti gli atti aventi natura regolamentare devono essere trasmessi sia dalle ANR che dalla Commissione. Focalizzando la nostra analisi sulla nuova procedura dell'art. 7 e ss., è previsto un diverso ruolo formale e sostanziale del BEREC qualora le notifiche delle ANR abbiano ad oggetto l'identificazione dei mercati rilevanti e della posizione dominante di uno o più operatori oppure prevedevano l'imposizione, la modifica o la revoca degli obblighi regolamentari imposti ad un operatore avente un significativo potere in un mercato rilevante (SMP).

Nella prima fattispecie, qualora una ANR identifichi un nuovo mercato, diverso da quelli oggetto di un preventivo esame da parte della Commissione e già inseriti tra i mercati per i quali la Raccomandazione vigente *rationis temporis* ha già individuato la necessità di una regolamentazione *ex ante*, oppure imponga, revochi o modifichi i rimedi regolamentari ad uno o più operatori SMP, nell'ipotesi in cui la Commissione ritenga tale proposta incompatibile con il diritto comunitario, non può essere adottata per i successivi due mesi durante i quali la Commissione può chiedere all'ANR di ritirare il progetto di provvedimento o di presentare modifiche che lo rendano conforme al diritto comunitario oppure può sciogliere le sue riserve sulla proposta. Durante questo periodo di sospensione del procedimento il BEREC esprime un parere che non è vincolante per la Commissione ma il cui contenuto deve essere "tenuto nella massima considerazione" e che se decide di discostarsene impone alla Commissione una specifica e giustificata motivazione. Qualora la Commissione chieda di ritirare il progetto di provvedimento l'ANR può ritirarlo oppure modificarlo nel termine di sei mesi, fermo restando che il provvedimento modificato deve essere nuovamente sottoposto a consultazione.

Qualora il progetto notificato abbia ad oggetto l'imposizione, la revoca o la modifica di un obbligo regolamentare, la Commissione può notificare entro un mese all'ANR una lettera di commenti con la quale ne rileva seri dubbi sulla sua "compatibilità con l'ordinamento comunitario" e chiede l'avvio della cd Fase II. L'avvio di questa ulteriore fase procedimentale impone la sospensione per tre mesi della possibilità di adottare il provvedimento notificato durante i quali la Commissione, l'ANR e il BEREC collaborano per trovare una soluzione. Entro sei settimane dall'avvio della fase II il BEREC adotta un parere elaborato dai gruppi di lavoro formato dai tecnici delle ANR sui seri dubbi avanzati dalla Commissione. E' evidente che il lavoro congiunto ad esempio nella redazione delle Common Position sui rimedi regolamentari consente ai rappresentanti di sviluppare un linguaggio comune, una condivisione delle difficoltà di implementazione delle misure e, soprattutto, un "comune sentire" rispetto alla percorribilità regolamentare delle metodologie utilizzate e dei rimedi imposti. Nell'ipotesi in cui li condivide, propone delle specifiche soluzioni per superarli individuando un rimedio che ritenga più adeguato, proporzionato ed efficace per risolvere la problematica regolamentare rilevata. Qualora il BEREC non si esprima nel citato termine (eventualmente anche per l'impossibilità di trovare una posizione condivisa al suo interno) oppure non condivide i "seri dubbi" della Commissione, quest'ultima entro due mesi dall'avvio della fase II può formulare una raccomandazione (non vincolante) all'ANR ai sensi dell'art. 19 della Direttiva Quadro oppure revocare i propri dubbi sul rimedio proposto. Nel corso dell'ultimo mese la ANR ha l'onere di comunicare alla Commissione e al BEREC quale sia la

misura adottata, ossia se ritiene di confermare la proposta originale oppure di apportare modifiche[62].

In entrambi i casi l'esito della riforma della procedura dell'art. 7 comporta un indebolimento della posizione della Commissione nell'interlocuzione multilivello con le ANR poiché, nella prima fattispecie, viene affiancata da un organismo che qualora esprima un parere contrario ne depaupera non proceduralmente ma sostanzialmente la fondatezza della richiesta di ritirare la proposta di provvedimento. Infatti anche se la Commissione ha soltanto un obbligo di motivare adeguatamente la reiterazione della richiesta di ritirare il provvedimento notificato, un parere contrario di un organismo tecnicamente qualificato e obbligato, ai sensi del regolamento istitutivo, a perseguire i medesimi obiettivi regolamentari dettati dal legislatore comunitario, limita di fatto il potere di intervento della Commissione. Nella seconda fattispecie il potere dell'ANR di adottare la propria proposta di delibera senza alcuna modifica, al termine del periodo trimestrale avviato a seguito della manifestazione dei seri dubbi della Commissione, da un lato non viene proceduralmente intaccato anche nel caso il BEREC condivida i seri dubbi della Commissione, dall'altro viene sostanzialmente rafforzato, anche nei confronti del successivo controllo da parte del giudice nazionale, da un parere del BEREC che non condivide le osservazioni della Commissione. In altri termini, l'inserimento del BEREC nel tessuto reticolare di verifica preliminare all'adozione di un provvedimento regolamentare interpone un altro soggetto nel rapporto verticale Commissione-ANR che svolge, di fatto, una sorta di "giudizio di appello" sulla bozza di provvedimento notificata rispetto ai "seri dubbi" contestati dalla Commissione. La riforma della Direttiva Quadro all'art. 19 comma 3 esclude anche che la Commissione possa adottare una raccomandazione vincolante per imporre "la definizione di un approccio armonizzato e coordinato" in presenza di "notifiche specifiche emesse dalle autorità nazionali di regolamentazione a norma dell'art. 7-bis"[63]. Perciò l'unico strumento di intervento consentito alla Commissione (e finora soltanto paventato) è quello dell'avvio di una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226 del Trattato nei confronti dello Stato membro per violazione del diritto comunitario[64].

Da un lato il ruolo di "contraltare" della Commissione nell'esame delle notifiche *ex art. 7* disegnato dal legislatore comunitario che ha creato la necessità di una complessa e attiva organizzazione sulla base di gruppi di lavoro composti dagli specialisti delle specifiche tematiche, provenienti dalle diverse ANR europee, dall'altro una maggiore efficienza e tempestività nell'adottare le proprie decisioni, dettate dalle modifiche del modello decisionale del Board of Regulators, frutto di quanto appreso dagli errori della gestione del precedente ERG, hanno fortemente rafforzato la centralità del ruolo del BEREC nel sistema delle ANR europee tanto da far assumere un ruolo quasi paragonabile ad un "sindacato" delle ANR[65],

sicuramente attento a garantire le prerogative, le competenze e l'autonomia dei suoi membri, ma anche teso a valorizzare un modello di attuazione dei principi regolamentari più aderente al dettato del legislatore comunitario declinato secondo le specificità nazionali (anche ai sensi dell'art. 3, comma 1 b) della Direttiva 2009/140/CE), soprattutto quando sia messo a confronto con le prospettive politico-strategiche sottese agli interventi della Commissione.

Ne sono prova le occasioni nelle quali la Commissione ha avviato una fase II ai sensi dell'art. 7bis della Direttiva Quadro ed il BEREC ha espresso parere contrario rispetto alla lettera di commenti della Commissione[66], depotenziando anche sotto il profilo sostanziale le obiezioni procedurali e di merito espresse rispetto alle proposte notificate dall'ANR e contrapponendosi come "contropotere" basato sulle proprie competenze tecniche.

6. L'intervento dei giudici nazionali.

Per completare l'esame della complessa interazione tra l'azione armonizzante della Commissione tramite gli strumenti di hard e soft law attribuiti dalle Direttive ed i poteri costituzionalmente previsti negli ordinamenti nazionali dobbiamo brevemente accennare al ruolo dei giudici nazionali, competenti ai sensi degli ordinamenti processuali nazionali a valutare la legittimità (e/o il merito) delle decisioni delle ANR, che in alcuni importanti sentenze relative all'applicazione dei rimedi regolamentari hanno motivatamente posto in discussione il meccanismo comunitario di intervento mediante strumenti di *soft-law*[67].

Nell'ambito di questo contributo non è possibile sviluppare ulteriormente questi brevi cenni ma ci si limita a richiamare l'indirizzo espresso dalla Corte di Giustizia[68] e recentemente dal giudice nazionale[69].

7. Modalità applicative dell'art. 50-ter CCE.

7.1. Gli indirizzi applicativi del BEREC.

Alcune indicazioni in merito ai profili applicativi dell'art. 13-ter (e 13-bis) della Direttiva 2002/19/CE sono invece fornite dalle Linee guida pubblicate dal BEREC nel febbraio 2011[70] che, in particolare, pongono l'accento sui seguenti punti:

- l'originario progetto di separazione della rete può essere modificato dall'operatore notificato una o più volte, anche in una fase avanzata dell'iter di valutazione da parte del regolatore nazionale e/o in relazione ai possibili impatti regolamentari

- le analisi regolamentari dell'autorità nazionale possono essere svolte attraverso l'ordinario strumento della consultazione pubblica (ai sensi degli artt. 11, 12, 18 e 19 CCE) e potranno incidere sulle misure regolamentari *ex ante* (che possono essere modificate, confermate, revocate o imposte), ma non anche stabilire modifiche al progetto di separazione della rete

Le Linee guida del BEREC propongono inoltre i seguenti passaggi procedurali nei quali si dovrebbe articolare la "analisi coordinata" prevista dall'art. 13-ter Direttiva 2002/19/CE (e dall'art. 50-ter CCE):

1. comunicazione da parte della società interessata all'autorità di regolamentazione della propria intenzione di separare la rete di accesso (avvenuta il 30 maggio 2013);
2. valutazione preliminare da parte dell'autorità sulle principali caratteristiche del progetto e sulla sua serietà e ragionevolezza (avvenuta il 25 luglio 2013);
3. avvio dell'analisi regolamentare avente ad oggetto gli effetti della separazione della rete sui vari mercati rilevanti dell'accesso;
4. svolgimento di una consultazione pubblica nell'ambito della quale acquisire le osservazioni di tutti i soggetti interessati;
5. valutazione di eventuali modifiche al progetto di separazione che la società potrebbe presentare in qualsiasi momento, anche all'esito delle valutazioni preliminari dell'Autorità e delle osservazioni di cui alla consultazione pubblica;
6. notifica dello schema di decisione alla Commissione Europea qualora esso incida su obblighi regolamentari *ex ante*, con la conseguente applicazione della procedura standardizzata prevista dall'art. 7 e ss. della Direttiva Quadro;
7. decisione finale dell'Autorità in merito al mantenimento, modifica, revoca o imposizione di obblighi regolamentari *ex ante*, che potrà avere effetto sia nei confronti della società a cui siano state trasferite le risorse della rete di accesso (e.g. OPAC) che della società proponente (Telecom Italia).

Nelle Linee guida in esame il BEREC non esclude inoltre che, al fine di accelerare i tempi ed esaminare in maniera più efficace e coerente le misure regolamentari, la valutazione del progetto di separazione sia svolta all'interno del procedimento di analisi del mercato dell'accesso, qualora esso sia già in corso, eventualmente estendendolo ad altri mercati dell'accesso coinvolti.

Si evidenzia infine che, per evitare che il nuovo quadro degli obblighi regolamentari sia applicato quando ancora lo scorporo della rete non sia effettivo, le Linee guida BEREC hanno indicato la possibilità di condizionare l'applicazione delle nuove misure regolamentari all'effettiva attuazione della separazione della rete di accesso.

L'esame delle linee guida adottate da BEREC evidenzia come ricalchino il consolidato modello di analisi di mercato (sebbene non prevedano espressamente l'obbligo della consultazione preventiva ma non vincolante dell'Autorità nazionale di concorrenza, che nell'ordinamento italiano è previsto sin dalla legge istitutiva di AGCom nel 1997) imposta dagli artt. 7 e ss. Direttiva 2002/21/CE) ma non colgano la complessità dell'interazione tra le diverse finalità che si trovano a dialogare, ossia l'interesse meramente aziendale dell'operatore verticalmente integrato che adotta o ritira una proposta sulla base dei propri interessi strategici e commerciali e l'istituzione che deve perseguire i propri obiettivi di rilevanza pubblicistica dettati dal Codice delle comunicazioni elettroniche valutando le diverse proposte e le complesse modalità attuative comparando, in una sorta di teoria dei giochi, le proposte dell'operatore *incumbent* con l'interesse attuale e prospettico del mercato e dei consumatori[71].

8. Osservazioni sui profili procedurali.

8.1. La trasparenza del procedimento.

Innanzitutto in considerazione della carenza in Europa di esperienze consolidate di separazione volontaria della rete di accesso ed in particolare di applicazioni delle modalità di interazione tra Autorità di regolazione e operatore verticalmente integrato prospettate dall'art. 50-ter CCE, sarebbe stato utile se AGCom avesse preliminarmente, a valle della prima comunicazione della decisione del Consiglio di Amministrazione di Telecom Italia di societarizzare la propria rete di accesso, adottato un regolamento che definisse trasparentemente la procedura adottata nella complessa interazione con l'operatore dominante, a cui deve essere garantita la possibilità di presentare in qualsiasi momento eventuali modifiche (o revoche) al progetto di separazione, anche all'esito delle valutazioni preliminari dell'Autorità e delle osservazioni di cui alla consultazione pubblica, ma nel contempo assicurando l'uso efficiente e tempestivo delle risorse della pubblica amministrazione secondo i principi costituzionali di efficienza, economicità e buon andamento della Pubblica Amministrazione (art. 97 Cost.) ed il diritto partecipativo nelle diverse fasi del procedimento alle imprese interessate dagli effetti delle decisioni dell'Autorità.

Inoltre questo regolamento avrebbe anche potuto disciplinare l'ipotesi che, in parallelo o nell'arco di tempo dell'implementazione della Separazione, si dovessero verificare delle operazioni di concentrazione nei mercati interessati (ad esempio tra OPAC e Metroweb, come rilevato dal Presidente AGCM[72] oppure l'eventuale concentrazione tra operatori di rete fissa alternativi nazionali o locali) sulle quali le Autorità comunitarie o nazionali

della concorrenza potrebbero doversi esprimere ed in particolare AGCM ha l'onere di richiedere ad AGCom un parere preventivo ai sensi dell'art. 1, comma 6, lettera c), n. 11 della legge n. 249/1997. In tal senso si rinvia, come esempio di un coordinamento (sebbene non del tutto efficace) tra i diversi procedimenti e la reciproca pareristica tra le due Autorità, alla procedura prevista dal Regolamento approvato con delibera 646/06/CONS recante la disciplina dei procedimenti in materia di autorizzazioni ai trasferimenti di proprietà delle società radiotelevisive, dei procedimenti in materia di posizioni dominanti e dell'attività di verifica delle operazioni di concentrazioni ed intese nel sistema integrato delle comunicazioni[73].

8.2. L'interazione tra i procedimenti sulle analisi dei mercati rilevanti e la valutazione della separazione della rete.

Per i motivi che esamineremo dettagliatamente di seguito, si ritiene che la valutazione della Separazione da parte dell'Autorità non debba incidere, né dal punto di vista procedimentale né da quello temporale, sui procedimenti in corso relativi all'analisi dei mercati dell'accesso i quali, al contrario, dovrebbero giungere a conclusione in maniera autonoma e separata. Innanzitutto il perimetro dei "vari mercati relativi alla rete d'accesso" (art. 50-ter comma 2 CCE) secondo il progetto di Separazione illustrato finora da Telecom Italia riguarda esclusivamente l'ipotesi di far confluire "*attività e risorse relative allo sviluppo e alla gestione della rete di accesso passiva, sia in rame sia in fibra*". Di conseguenza appare che, allo stato, le attività e le risorse che sarebbero oggetto di Eol si limiterebbero soltanto al mercato n. 4 come definito dalla Raccomandazione 2007/879/CE, ossia il mercato dell'accesso all'ingrosso (fisico) alle infrastrutture di rete in postazione fissa), mentre eventuali posizioni dominanti nel correlato mercato al dettaglio (mercato n. 1: accesso alla rete telefonica pubblica in postazione fissa per clienti residenziali e non residenziali) dovrebbero essere valutate alla luce degli impatti della Separazione sui mercati al dettaglio.

Ed infine i servizi del mercato 5 (mercato dell'accesso alla banda larga) risulterebbero estranei all'attuale definizione dei mercati rilevanti connessi alla gestione ed allo sviluppo della rete di accesso passiva oggetto del progetto di Separazione e quindi continuerebbero ad essere offerti ai concorrenti dalla direzione *Wholesale* di Telecom Italia secondo l'attuale regime di *equivalence of outputs* (EoO).

Inoltre l'attuale analisi di mercato avviata con delibera 390/12/CONS non esamina le condizioni regolamentari e competitive di un ulteriore mercato rilevante che potrebbe interessare dalla separazione volontaria, ossia il mercato all'ingrosso dei segmenti di terminazione delle linee affittate (mercato n. 6 relativo alla fornitura all'ingrosso di segmenti terminali di

linee affittate, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata per fornire la capacità affittata o riservata).

Inoltre anche la Commissione europea ha espresso l'indirizzo di separare l'analisi dei mercati rilevanti e le valutazioni regolamentari sulla separazione volontaria. Infatti nella recente lettera di apertura di seconda fase di indagine (c.d. fase II) ai sensi dell'art. 7-*bis* della Direttiva quadro, inviata dalla Commissione ad AGCom il 12 agosto 2013 in merito ai casi IT/2013/1489/1490 relativi all'obbligo regolamentare imposto da AGCom a Telecom Italia sul controllo dei prezzi nei mercati relativi all'accesso all'ingrosso alle infrastrutture di rete in postazione fissa (c.d. mercato n. 4) e dell'accesso a banda larga all'ingrosso (c.d. mercato n. 5).

Sebbene la lettera della Commissione si collochi in un diverso contesto regolamentare, nel quale si riscontrano numerosi scontri di natura politico-istituzionale tra le ANR di diversi Stati membri e la Commissione^[74] in merito all'applicazione del principio di discrezionalità in ambito nazionale sulla determinazione dei costi dei servizi all'ingrosso e sull'impatto delle scelte regolamentari sulle politiche di investimento sulle reti di nuova generazione, non possiamo non rilevare che anche la Commissione, a fronte delle osservazioni di AGCom sul possibile protrarsi delle analisi di mercato in relazione all'analisi coordinata con la valutazione dell'impatto della separazione volontaria della rete di accesso, ha suggerito che *“AGCom dovrebbe piuttosto avviare un'analisi coordinata distinta in relazione alla separazione volontaria di Telecom Italia...”*

Occorre, infine, notare che anche la lettera della norma milita nel senso prospettato nel presente contributo.

Infatti la norma prevista dall'art. 50-*ter* comma 2 prevede che sia condotta *“un'analisi coordinata dei vari mercati relativi alla rete d'accesso”* e non un'analisi congiunta dei mercati rilevanti e degli effetti della *“separazione volontaria da parte di un'impresa verticalmente integrata”*.

Perciò l'ANR deve (ovviamente) coordinare le proposte e i potenziali effetti della separazione volontaria valutandone in modo coordinato gli impatti sui mercati dell'accesso e sui rimedi previsti così come deve analizzare in modo coordinato i diversi mercati all'ingrosso ed al dettaglio connessi alla rete d'accesso (e.g. mercati n. 1 e 4), mentre invece l'ipotesi di condurre unitariamente l'analisi dei mercati rilevanti dell'accesso e degli impatti regolamentari della separazione volontaria appare, oltre che giuridicamente e logicamente incongrua, anche formalmente non coerente con il dettato della norma.

Perciò la mera analisi del rapporto tra i mercati rilevanti che potrebbero essere interessati dalla separazione volontaria della rete di accesso (come attualmente prospettata) e i mercati per i quali AGCom ha attualmente in corso un'analisi dei mercati *ex* Raccomandazione 2007/879/CE ad avviso di chi scrive non appare coerente, oltre che per i motivi formali sopraevidenziati, soprattutto in quanto interessa mercati estranei agli

impatti regolamentari e concorrenziali della Separazione e non considera ulteriori implicazioni relative a possibili dinamiche competitive rilevanti. Perciò una analisi congiunta che si focalizzasse sui mercati della delibera 238/12/CONS sarebbe proceduralmente da un lato carente e da un lato esorbitante in relazione al perimetro oggettivo.

8.3. Le tempistiche di realizzazione della Separazione.

In primo luogo, si osserva che la Separazione è ancora ad una fase progettuale preliminare e permarrà sostanzialmente fino all'adozione della delibera *ex art. 50-ter* CCE in una situazione di formale, prima ancora che sostanziale, indeterminatezza in merito all'evoluzione del processo regolamentare. In particolare, risulta che non solo i dettagli operativi, ma anche alcuni aspetti fondamentali della Separazione siano ancora da definire, ad esempio l'interesse definitivo di Telecom Italia a portare a compimento l'operazione, , l'esatto perimetro degli elementi della rete di accesso che verranno conferiti alla nuova società OPAC, la *governance* dell'Eol, i rapporti tecnici, societari e commerciali tra Telecom Italia e la nuova società, etc.

Inoltre sarà necessario valutare i costi connessi alla societizzazione della rete di accesso, ad esempio per le evoluzioni dei sistemi software che dovranno gestire l'Eol, la contrattualizzazione dei rapporti tra OPAC e Telecom Italia Service, la riallocazione del personale e dei beni strumentali di OPAC in uffici separati etc. Costi che sono stati stimati in circa 100 mil€. In un contesto di separazione volontaria questi costi sono interamente a carico di Telecom Italia poiché rientrano negli elementi che dovranno essere autonomamente valutati dalla società come contropartita dei vantaggi finanziari e commerciali derivanti dalla separazione volontaria. Peraltro, come indicato al par. 2, anche l'art. 50-ter CCE e le Linee guida del BERECA contemplano espressamente la possibilità che nel corso del procedimento dinanzi all'Autorità la società interessata apporti modifiche, anche rilevanti, al progetto di Separazione inizialmente comunicato all'Autorità stessa. Consapevole di tale circostanza, la stessa Telecom Italia ha precisato che *“aggiornerà AGCOM in merito ad eventuali cambiamenti del progetto che si dovessero rendere necessari, anche alla luce delle risultanze che emergeranno dalla valutazione dell'Autorità sulla portata della modifica o revoca dei vigenti obblighi regolamentari”*[75].

Inoltre, come anticipato, le tempistiche per il completamento della Separazione sono state quantificate in almeno 15-18 mesi dal *management* di Telecom Italia, mentre altre fonti parlano di circa 24 - 30 mesi (cfr. par. 1). Pur trattandosi di dati previsionali, sembra comunque chiaro che, nel migliore dei casi, la Separazione sarà operativa e completa in tutti i suoi aspetti non prima del 2015 e che, per almeno il primo trimestre del 2014

difficilmente sarà concluso il processo di: (i) analisi dei mercati rilevanti e definizione dei rimedi; (ii) consultazione nazionale e di AGCM, (iii) commenti della Commissione, del BEREC e delle altre ANR (senza valutare l'ipotesi di una eventuale fase II della durata di ulteriori tre mesi) previsti dalla procedura dell'art. 7 della Direttiva Quadro[76].

Inoltre, le tempistiche inizialmente previste potrebbero prolungarsi (anche significativamente) a causa di una serie di variabili ancora incerte, formalmente esogene al processo *ex art. 50-ter*, ma che possono incidere sulle modalità e sulle tempistiche del processo di analisi e consultazione:

- il possibile ingresso nel capitale sociale di Telecom Italia con partecipazioni rilevanti o di controllo di altri operatori presenti nel mercato italiano[77],
- le trattative con Cassa Depositi e Prestiti relative al capitale sociale e alla *governance* della nuova società a cui potrebbero essere conferiti gli asset della rete di accesso che, quindi, potrebbero trasformare il modello di separazione da trasferimento ad una entità commerciale soggetta al controllo dell'operatore verticalmente integrato ad un conferimento ad una società con controllo di terzi (vedi art. 50-ter comma 4 CCE);
- l'eventuale avvio da parte di AGCom di uno o più procedimenti di inottemperanza nei confronti di Telecom Italia per la possibile violazione degli impegni approvati con la delibera 718/08/CONS, alla luce delle risultanze emerse nell'ambito dei procedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato A428 (che ha portato all'irrogazione in capo a Telecom Italia di una sanzione pari a euro 103 milioni per abuso di posizione dominante) e I761 (ancora in corso, avente ad oggetto una presunta intesa nella fornitura di servizi di manutenzione correttiva per i servizi di accesso alla rete fissa ad opera di imprese di manutenzione tecnica, poi estesa soggettivamente anche a Telecom Italia);
- l'eventuale conferimento alla costituenda società dell'accesso (denominata OPAC), inizialmente controllata da Telecom Italia, di infrastrutture o di rami d'azienda di altre società operanti nel mercato dell'accesso (e.g. Metroweb), con le relative implicazioni competitive [78];,
- la valutazione delle tempistiche dell'analisi dei profili concentrativi o cooperativi e delle possibili richieste della competente Autorità della concorrenza con riferimento ai precedenti punti (i) , (ii) e (iv) nonché delle eventuali procedure applicabili in materia di aiuti di Stato;
- l'evoluzione dell'assetto del settore delle comunicazioni in Italia, incluse l'ipotesi di eventuali concentrazioni di altri operatori nei mercati rilevanti;

- l'adozione di uno o più regolamenti *ex art.* 17, comma 1 L. 23 agosto 1988 n. 40 con i quali individuare le reti e gli impianti anche di comunicazioni alle quali applicare i poteri speciali inerenti gli attivi strategici previsti dall'art. 2 del Decreto legge 15 marzo 2012 n. 21, convertito con modificazioni alla L. 11 maggio 2012 n. 56.

In tutte le prospettate ipotesi di evoluzione soggettiva dell'arena competitiva del mercato italiano che dovessero interessare i mercati all'ingrosso o al dettaglio che sono implicati nel processo di separazione della rete, anche le relative analisi *ex art.* 7 della Direttiva Quadro non potranno non essere impattate - sia da un punto di vista procedimentale che sostanziale - dalle modifiche (anche societarie) che dovessero essere frutto delle eventuali concentrazioni e dalle possibili condizioni procompetitive che dovessero essere poste dall'Autorità di concorrenza competente come presupposto per l'autorizzazione della concentrazione. In altri termini le due Autorità competenti in tali fattispecie si troverebbero a esaminare con la stessa "cassetta degli attrezzi" (i principi e gli strumenti del diritto della concorrenza) le medesime fattispecie con due prospettive istituzionalmente diverse intersecando inevitabilmente (anche da un punto di vista temporale) gli effetti concorrenziali e regolamentari dei rispettivi provvedimenti[79].

Per gli stessi motivi, non è neanche possibile escludere che l'intero progetto di Separazione, per ragioni strategiche o per le implicazioni azionarie o finanziarie derivanti dalle ipotizzate evoluzioni dell'arena competitiva, venga abbandonato da Telecom Italia o comunque non si realizzi o sia rallentato per motivazioni tecniche, strategiche o di costi connessi.

È evidente che la Separazione, in ogni caso, potrà produrre i suoi effetti sul mercato solo a partire dal momento in cui essa sarà completata in tutti i suoi aspetti, ossia da quando sarà operativo il modello di "equivalence of input" sulla base del quale la nuova società (OPAC) a cui verranno conferiti gli *asset* della rete dovrebbe basare la propria attività. In sostanza, la Separazione potrà essere considerata effettiva nel momento in cui si sia realizzato non solo il "formale" conferimento del ramo d'azienda/scissione dei beni afferenti alla rete d'accesso (incluso il personale ed i beni strumentali necessari alla sua operatività) alla nuova società OPAC, ma anche tutti i successivi interventi che porteranno Telecom Italia Service a relazionarsi con OPAC a parità di processi operativi e di condizioni rispetto agli attuali operatori alternativi. Questo obiettivo regolamentare comporterà, ad esempio, la separazione dei sistemi informatici tra Telecom Italia Service e OPAC, la regolazione dei relativi rapporti commerciali sulla base di nuovi contratti *inter-company* per la fornitura di servizi che siano verificati da AGCom o da un organismo dalla stessa incaricato e, più in

generale, l'adozione di tutte le misure necessarie a garantire una piena equivalenza tecnica, operativa ed economica tra Telecom Italia Service e gli altri operatori.

Prima del suddetto effettivo completamento della Separazione, invece³¹, i rapporti commerciali, concorrenziali, contrattuali e tecnici tra *incumbent* e OLO continueranno a fondarsi sulle dinamiche attuali. Per quanto illustrato al par. 3.1, la Separazione non sarà completata e non potrà, quindi, esercitare i propri effetti nel 2014 e, probabilmente, non prima degli ultimi mesi del 2015.

La conseguenza diretta di tale constatazione è che la definizione degli obblighi regolamentari (tra i quali sono di particolare rilievo per gli aspetti competitivi le tariffe di accesso previste dall'art. 50 CCE) per tutto il periodo anteriore al completamento della Separazione (ossia, ragionevolmente, per il 2014 e 2015) non dovrà tenere in considerazione il progetto di Separazione, in quanto estraneo e privo di effetti sulle dinamiche concorrenziali e di mercato anteriori al suo completamento.

Per questa ragione, i procedimenti in corso relativi alle tariffe dei servizi di accesso 2013 avviati con delibere 642/12/CONS, 141/12/CIR e 221/13/CONS e all'analisi di mercato avviata con delibera 238/13/CONS dovranno, ad avviso di chi scrive, concludersi restando autonomi e distinti - dal punto di vista sia formale-procedimentale che delle valutazioni sostanziali - rispetto al procedimento di cui all'art. 50-ter CCE, il cui oggetto sarà concettualmente distinto e privo di effetti rispetto alle scelte regolamentari anteriori all'attuazione della Separazione.

Qualora, in ipotesi, la regolamentazione dei prezzi dei servizi di accesso previsti dall'art. 50 CCE riguardante periodi anteriori all'effettiva implementazione della separazione fossero definiti anche tenendo in considerazione il progetto di Separazione, ciò risponderebbe ad esigenze di politica industriale e di finanza aziendale (ad esempio sarebbe un elemento significativo per determinare il ritorno sull'investimento di OPAC e quindi consentirebbe di valorizzare prospetticamente un prezzo per l'acquisizione da parte di soggetti terzi delle quote azionarie di OPAC) ma snaturerebbe il ruolo e le finalità dell'azione regolamentare connessa ad una analisi di mercato *ex art. 7* Direttiva Quadro e, più in generale, l'indipendenza dell'Autorità, posta come presupposto istituzionale dalla Direttiva 2002/21/CE) nei confronti degli operatori ed ampliata nei confronti del potere esecutivo dalla Direttiva 2009/140/CE (art. 3, comma 3 b)).

È infatti evidente che le misure correttive di cui agli artt. 45 e ss. CCE debbano in ogni caso essere stabilite sulla base degli elementi giuridici e fattuali che - seppur in un'ottica di sviluppo previsionale del mercato - comunque incidono sul contesto concorrenziale di riferimento (anche da un punto di vista temporale) e che, in caso contrario, si arriverebbe a stabilire obblighi di regolamentazione *ex ante* sulla base di elementi fattuali e

giuridici estranei e inconferenti rispetto all'ambito di applicazione di quegli stessi obblighi. In questo caso, l'effetto dell'adozione di rimedi regolamentari che potrebbe addirittura essere quello di introdurre (anziché correggere) distorsioni concorrenziali sul mercato.

Da un altro punto di vista, va anche considerato che, qualora nei procedimenti in materia di accesso in corso si decidesse di valutare anche la Separazione, l'effetto sarebbe quello di stabilire obblighi regolamentari sulla base di un elemento che, oltre a non determinare alcun effetto per il periodo di riferimento, sarebbe ancora "incerto" sia per quanto riguarda l'*an* (la sua effettiva realizzazione), il *quando* (le tempistiche di implementazione) e il *quomodo* (le modalità di implementazione, quindi i suoi effetti sui mercati rilevanti). In questo scenario, si potrebbe quindi arrivare al paradosso di stabilire misure correttive del mercato sulla base di elementi non solo irrilevanti ma che potrebbero successivamente modificarsi o addirittura non trovare attuazione.

8.4. Analisi delle questioni procedurali.

Si è visto come le Linee guida del BEREC non escludano la possibilità di svolgere le analisi sulla Separazione nell'ambito del procedimento di analisi di mercato eventualmente già avviato. In particolare, tale ipotesi è proposta al fine di evitare ritardi temporali nello svolgimento del procedimento ed effettuare le relative scelte regolamentari in modo coerente ed efficace ("*to avoid any delay and properly assess the measure*"). È tuttavia evidente che, per i motivi che saranno ampiamente illustrati di seguito, nell'attuale scenario regolamentare gli obiettivi indicati dal BEREC potrebbero essere raggiunti non già attraverso lo svolgimento congiunto e in un unico procedimento dell'analisi dei mercati dell'accesso e delle valutazioni sulla Separazione, bensì mantenendo distinte temporalmente (oltre che sostanzialmente) le suddette valutazioni.

Anche da un punto di vista procedimentale vi sono alcune considerazioni che portano a escludere la logicità sostanziale e procedurale dello svolgimento dell'analisi regolamentare della Separazione nell'ambito del procedimento in corso sull'analisi di mercato (Delibera 238/13/CONS).

Questo procedimento, infatti, è ormai ad una fase molto avanzata e si avvia verso la conclusione. Per quanto riguarda l'analisi dei mercati dell'accesso (posta in consultazione con Delibera 238/13/CONS), in assenza della comunicazione del progetto di separazione, entro l'autunno avrebbe potuto essere inviato alla Commissione Europea lo schema di provvedimento sul quale l'istituzione comunitaria dovrebbe pronunciarsi. Anche in questo caso, il termine di 45 giorni per l'invio di osservazioni da parte dei soggetti interessati è già decorso e gran parte delle necessarie attività istruttorie e delle valutazioni da parte dell'Autorità risulta siano

state svolte. In assenza della proroga del termine di 120 giorni adottata dall'Autorità sarebbe stato ragionevole ritenere che questo procedimento potesse concludersi entro la fine del 2013, ossia in modo tempestivo rispetto al periodo di regolazione interessato (2014-2016).

Nel caso in esame, la valutazione del progetto di Separazione nell'ambito del procedimento in questione causerà un inevitabile quanto significativo ritardo nella sua adozione e la previsione di una proroga del termine di 120 giorni appare come una prima tappa di un più lungo percorso procedimentale poiché come sopra evidenziato, è presumibile che l'iter del procedimento di cui all'art. 50-ter CCE sarà particolarmente lungo e complesso non tanto per l'evidente ragione che si tratterebbe della sua prima applicazione nell'UE, ma soprattutto perché esso coinvolgerà valutazioni ed elementi fattuali e giuridici che vanno al di là di un "ordinario" procedimento per la fissazione di obblighi regolamentari in un mercato rilevante. A ciò si aggiunga il fatto che, come già detto, le stesse caratteristiche della Separazione potrebbero subire nei prossimi mesi diverse modifiche, che richiederebbero ogni volta la reiterazione di nuove valutazioni, almeno parziali, da parte dell'Autorità[80].

Inoltre, anche in una prospettiva di applicazione dei principi del procedimento amministrativo, il ritardo nella definizione delle analisi di mercato violerebbe in primo luogo i principi costituzionali di efficienza, economicità e buon andamento della Pubblica Amministrazione (art. 97 Cost.), dal momento che costringerebbe a prolungare notevolmente - probabilmente al 2014 - procedimenti che altrimenti si concluderebbero in pochi mesi e comunque prima dell'inizio del relativo periodo regolatorio. L'effetto che si prospetta dalla concreta ipotesi che l'Autorità intenda esaminare la Separazione nell'ambito dei procedimenti in materia di analisi di mercato già in corso è che si aggiungerebbe un ulteriore elemento di inefficienza e ingiustificato ritardo connesso al fatto che le attività istruttorie svolte fino ad oggi dall'Autorità e le osservazioni fornite dai soggetti interessati al procedimento già posto in consultazione con la delibera 238/13/CONS risulterebbero di fatto "inutili", in quanto svolte o acquisite senza considerare la Separazione. Con riferimento ai principi costituzionali sopra indicati (e richiamati peraltro anche dall'art. 1 Legge 241/1990, cui è pacificamente vincolata l'Autorità ai sensi dell'art. 13, comma 7 CCE), la costante giurisprudenza ritiene che essi si declinino anche nell'esigenza di celerità dell'azione amministrativa[81].

Oltre a quanto già detto al riguardo, va inoltre considerato che l'ambito oggettivo dei due procedimenti in questione (analisi di mercato 2014-2016 e analisi degli impatti regolamentari della Separazione) potrebbe non essere coincidente. Infatti, a seconda del perimetro degli elementi della rete di accesso che verranno conferiti alla nuova società, nonché delle caratteristiche di quest'ultima, non si esclude che l'attività di analisi regolamentare ai sensi dell'art. 50-ter CCE debba essere estesa anche a

mercati rilevanti ulteriori rispetto a quelli oggetto del procedimento di cui alla Delibera 238/13/CONS.

Si sottolinea altresì che l'adozione degli obblighi *ex ante* 2014-2016 anteriormente agli interventi regolamentari ai sensi dell'art. 50-ter D.Lgs. 259/2003 svolgerebbe anche una fondamentale funzione di trasparenza dell'azione dell'Autorità, poiché fornirebbe un chiaro ed obiettivo parametro nei confronti del quale tutti i soggetti interessati sono posti nella condizione di esaminare l'ampiezza e gli effetti delle successive modifiche regolamentari che l'Autorità intenda introdurre a seguito della Separazione. Di tale trasparenza sarebbe peraltro beneficiaria innanzitutto la stessa Telecom Italia, che sarebbe infatti in grado di conoscere con precisione le misure regolamentari a cui essa sarebbe sottoposta nel caso in cui decidesse di non attuare il progetto di Separazione e solo in questa ipotesi potrebbe valutare - con completa conoscenza e certezza dei presupposti regolamentari - le implicazioni strategiche ed operative della scelta di adottare la Separazione.

8.5. Necessità di condizionare l'introduzione dei nuovi obblighi regolamentari all'effettiva implementazione della Separazione.

Dal momento che l'analisi regolamentare ai sensi dell'art. 50-ter CCE sarà svolta in un momento anteriore all'attuazione della Separazione, si ritiene che l'Autorità debba prevedere specifiche misure per evitare che, pur essendo state approvate le suddette modifiche regolamentari, il progetto di Separazione non sia realizzato o subisca ulteriori modifiche o dilazioni.

Tale rischio potrebbe essere evitato condizionando l'efficacia dei nuovi obblighi regolamentari all'effettiva implementazione dello scorporo della rete, come proposto anche dal BEREC nelle proprie Linee guida. Tale soluzione, peraltro, garantirebbe che le misure regolamentari in questione siano applicate a partire dal momento in cui la Separazione eserciterà i propri effetti sul mercato.

Va tuttavia considerato che la Separazione sarà un processo particolarmente complesso e che potrà dirsi effettivamente completata non tanto con il conferimento "formale" degli *asset* di rete alla nuova società OPAC, quanto piuttosto con i successivi interventi diretti a rendere effettivo lo scorporo tra OPAC e Telecom Italia Service. Si fa riferimento, a fini esemplificativi, all'avvio di rapporti commerciali tra le due società sulla base di contratti *inter-company* per la fornitura di servizi (anziché tra diverse divisioni di una stessa società, come avviene oggi), all'utilizzo di sistemi informatici distinti e che interagiscano nei confronti di tutti gli operatori interessati sostituendo quanto avviene per i rapporti tra gli OLO e l'attuale divisione *Wholesale* di Telecom Italia limitatamente ai servizi offerti da OPAC, alla definizione dei nuovi processi di *provisioning*,

all'allocazione del personale (con le relative implicazioni sindacali), all'attribuzione dei beni strumentali e dei relativi costi industriali e regolamentari, etc. Occorre sottolineare che potranno rappresentare delle condizioni a cui subordinare l'efficacia dei nuovi obblighi regolamentari solo gli elementi che potranno avere un impatto sull'effettiva attuazione dell'Eol e sulla sua governance, mentre non potranno costituire un impedimento fattori seppur importanti ma che non costituiscono un elemento essenziale degli adempimenti regolamentari, quali ad esempio le condizioni per l'accesso di soggetti pubblici o privati al capitale sociale di OPAC che sia già sotto il controllo di terzi.

Per questo motivo, l'effettiva e completa implementazione della Separazione dovrebbe rappresentare la condizione sospensiva per l'entrata in vigore delle nuove misure regolamentari *ex ante* identificate dall'Autorità. Perciò è evidente che le modifiche regolamentari non possano essere applicate a partire da una data prestabilita (poiché non si avrebbe la certezza che in quel momento la Separazione sia stata effettivamente completata) o dal mero conferimento degli *asset* di rete alla nuova società OPAC (poiché tale passaggio formale non costituisce il momento di effettivo e completo scorporo della rete di accesso).

Non si esclude invece che le modifiche regolamentari stabilite ai sensi dell'art. 50-ter CCE possano entrare in vigore in maniera graduale, a seconda delle diverse fasi in cui il processo di Separazione verrà realizzato. In questo caso, l'Autorità dovrebbe stabilire diverse condizioni sospensive, con le quali l'applicazione di una o più misure regolamentari venga condizionata all'effettivo e dimostrato (*rectius* certificato) raggiungimento di una determinata fase del processo di Separazione.

9. Conclusioni.

Qualora il processo di separazione volontaria della rete dovesse effettivamente essere realizzato, AGCom ha l'opportunità di adottare una decisione che può rappresentare un rilevante punto di riferimento per le altre autorità di regolamentazione non solo per la novità del percorso regolamentare ma anche per la specificità del passaggio del sistema regolatorio da un modello EoO a Eol.

Inoltre il modello regolamentare di sviluppo della competizione facility based anche su rete fissa sta mostrando dei limiti (e comunque dei ritardi) anche in relazione alle oggettive difficoltà tecniche e finanziarie per replicare le reti di accesso secondo un modello FTTH (fiber to the home). Perciò l'esperimento di definire ed implementare una separazione volontaria potrebbe essere replicato in altri Stati membri sia per ragioni finanziarie che strategiche allo scopo di realizzare delle reti di nuova

generazione che sono il perno della politica di sviluppo digitale dell'Unione.

Allo scopo di poter rappresentare un modello di innovazione regolamentare, ad avviso di chi scrive, il procedimento dovrà presentare caratteristiche di particolare trasparenza, rapidità, rispetto dell'ortodossia degli strumenti e delle soluzioni regolamentari comunitarie e, soprattutto, una prospettiva *forward looking* tipica di una Autorità di regolazione che superi i timori, le esigenze finanziarie e politiche connesse con le dinamiche odierne e gli obiettivi di breve periodo espressi dalla politica e dal contesto economico-sociale.

Note:

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Si riporta di seguito il contenuto integrale dell'art. 50-ter D.Lgs. 259/2003:

“Le imprese che siano state designate come aventi un significativo potere di mercato in uno o più mercati rilevanti ai sensi dell'articolo 19 informano anticipatamente e tempestivamente l'Autorità al fine di consentire alla stessa di valutare l'effetto dell'auspicata transazione, quando intendono trasferire i loro beni relativi alle reti di accesso, o una parte significativa degli stessi, a un soggetto giuridico separato sotto controllo di terzi, o qualora intendano istituire un'entità commerciale separata per fornire a tutti i fornitori al dettaglio, comprese le sue divisioni al dettaglio, prodotti di accesso pienamente equivalenti. Le imprese devono inoltre informare l'Autorità in merito ad eventuali cambiamenti di tale intenzione, nonché del risultato finale del processo di separazione.

2. L'Autorità valuta l'effetto della transazione prevista sugli obblighi normativi esistenti in base al Codice. A tal fine, conduce un'analisi coordinata dei vari mercati relativi alla rete d'accesso secondo la procedura di cui all'articolo 19 del Codice. Sulla base della sua valutazione impone, mantiene, modifica o revoca gli obblighi conformemente agli articoli 11 e 12 del Codice.

3. L'entità commerciale separata dal punto di vista giuridico o operativo può essere soggetta a uno qualsiasi degli obblighi di cui agli articoli da 46 a 50 in ogni mercato specifico nel quale è stato stabilito che l'entità dispone di un significativo potere di mercato ai sensi dell'articolo 19 oppure a qualsiasi altro obbligo autorizzato dalla Commissione conformemente all'articolo 45, comma 3.

4. *Qualora intenda cedere tutte le sue attività nelle reti di accesso locale, o una parte significativa di queste, a un'entità giuridica separata appartenente a una proprietà diversa, l'impresa designata conformemente al comma 1 informa preventivamente e tempestivamente l'Autorità per permetterle di valutare l'effetto della transazione prevista sulla fornitura dell'accesso in postazione fissa e sulla fornitura dei servizi telefonici ai sensi dell'articolo 54. L'Autorità può imporre, modificare o revocare gli obblighi specifici conformemente all'articolo 28, comma 2".*

[2] Le direttive comunitarie non forniscono una precisa definizione di "rete di accesso" che, tuttavia, anche dal combinato disposto delle definizioni di "accesso" e "rete pubblica di comunicazioni" (cfr. art. 1 D.Lgs. 259/2003, lett. b) e aa)) va intesa come quella porzione di rete di comunicazioni, genericamente riferita all' "ultimo miglio", che consente di fornire i servizi di comunicazione all'utente finale. Al riguardo, la Comunicazione BEREC sulla separazione funzionale del febbraio 2011 (BoR (10) 44 Rev1) precisa che *"When deciding on the form of separation, the NRA should also carefully consider where to draw the boundary of the access products to be separated. For instance, a broad distinction could be the following:*

a. Non-Access Network: core network services; call origination, termination, transit; trunk segments of leased lines; some backhaul, e.g. very high bandwidth backhaul or backhaul in some geographical areas;

b. Access Network: unbundled local loop; wholesale line rental; tail segments of leased lines; remaining backhaul".

[3] Con la definizione di nuovo quadro regolamentare del 2002 si intende un pacchetto di direttive comunitarie adottate al fine di disciplinare le reti di trasmissione ed i servizi correlati frutto della convergenza tecnologica delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell'informazione. Il quadro normativo è costituito dalla Direttiva 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva Quadro), la Direttiva 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva Autorizzazioni), la Direttiva 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e delle risorse correlate nonché all'interconnessione delle stesse (direttiva Interconnessione) e della Direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (direttiva Servizio universale). Tale quadro normativo espressamente non disciplina i contenuti.

[4] Sul tema della *governance* in senso conforme si veda M. Decina, Commissario AGCom, in "Governance, perimetro e tempo i nodi per lo scorporo della rete." Repubblica, 15 luglio 2013, in senso difforme Prof. Pitruzzella, Presidente AGCM, all'audizione presso la VIII Commissione Lavori Pubblici, Comunicazioni del Senato. Occorre peraltro tenere distinto il potere regolamentare di introdurre delle modalità di controllo e di

monitoraggio sulle effettive modalità di implementazione della *Equivalence of imputs* (che potremmo definire la *governance* dell'Eol) rispetto alla possibilità per AGCOM di imporre delle regole societarie di *governance* della futura società OPAC (che potremmo definire *governance* societaria).

[5] Telecom Italia ha comunicato, come prima proposta, che il c.d. perimetro di OPAC comprenderà le risorse e le attività per la gestione e lo sviluppo della rete di accesso passiva, sia in rame che in fibra, e per la fornitura in regime di *Equivalence of Imput*, a tutti gli operatori inclusa la propria società retail l'Umbundling del local loop (ULL) e il *Virtual Umbundling Local Access* per le reti di nuova generazione su architetture FTTCab e FTTH. Alla costituenda società OPAC verranno conferiti: i) i cavidotti (575.000 km cavo); ii) le palificazioni (8,8 milioni); i doppi in rame tra la borchia d'utente e il permutatore situato presso la centrale locale, iii) gli armadi ripartilinea (151,000) la fibra ottica passiva in accesso (274.000 km fibra); iv) gli apparati elettronici collocati negli armadi per la fornitura di connessioni FTTCab e in centrale per la fornitura di connessioni FTTH.

[6] *"I servizi che consentono agli operatori alternativi l'utilizzo disaggregato delle risorse fisiche della rete dell'operatore notificato, nonché i relativi servizi accessori e sostitutivi"* (Delibera Agcom 4/06/CONS, art. 1).

[7] *"Servizio consistente nella fornitura da parte dell'operatore di accesso della rete telefonica pubblica fissa della capacità trasmissiva tra la postazione di un utente finale ed il punto di presenza di un operatore o Internet Service Provider che vuole offrire i servizi di accesso a banda larga all'utente finale"* (Delibera Agcom 249/07/CONS, art. 1).

[8] *"Servizio di rivendita del canone all'ingrosso"* (Delibera Agcom 33/06/CONS, art. 1).

[9] I principi di equivalence of imputs e di outputs verranno esaminati successivamente.

[10] In merito al rapporto tra le Autorità indipendenti e gli organi costituzionali si rinvia alla copiosa letteratura tra cui, *ex multis*: I garanti delle regole, a cura di S. Cassese - C. Franchini, Bologna 1996; Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano, a cura di S. Labriola, Milano, 1999; S. Cassese, Dalle regole del gioco al gioco con le regole, in Mercato Concorrenza e Regole, 2002, 2, pag. 267; F. Merusi-M. Passaro, Le autorità indipendenti, Bologna, Il Mulino, 2011, pag. 68 ss; F. Gilardi, The independence of regulatory authorities, in D. LEVI-FAUR, Handbook of regulation, Cheltenham, Edward Elgar, 2010; V. RICCIUTO, I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti, in R. DI RAIMO-V. RICCIUTO (a cura di); M. Clarich, Autorità indipendenti - Bilancio e prospettive di un modello, Bologna, 2005; A. La Spina, S. Cavatorto, Le Autorità indipendenti, Bologna 2008; P. Bilancia,

Autorità amministrative indipendenti nazionali e processo di integrazione europea, in P. Bilancia, F.G. Pizzetti, Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello, Milano, 2004;

[11] Il *Body of European Regulators for Electronic Communications* (BEREC) ha adottato nel febbraio 2011 una "*Guidance on functional separation under article 13a and 13b of the revised Access Directive and national experiences*" che esamineremo più approfonditamente. In questa fase dell'attività istruttoria di AGCom si fa riferimento al paragrafo 2.2.3. della Guidelines

[12] Occorre peraltro osservare che la delibera adottata in pari data dal Consiglio dell'AGCom allo scopo di prorogare di ulteriori 120 giorni il termine di conclusione delle analisi dei mercati 1, 4 e 5 (poste in consultazione con la delibera 238/13/CONS) rispetto al termine fissato con la delibera 390/12/CONS (delibera 453/13/CONS), prevede che vi sia una "*sopravvenuta necessità di operare anche un'analisi preliminare circa il summenzionato progetto di separazione della rete di accesso di Telecom Italia, a seguito della quale l'Autorità potrà decidere di avviare l'analisi coordinata dei mercati dell'accesso di cui all'articolo 50-ter, comma 2, del Codice delle comunicazioni elettroniche;*" da cui si desume che, in pari data, la decisione di avviare l'analisi coordinata dei mercati dell'accesso appare ancora sub judice.

[13] Intervista all'Amministratore Delegato di Telecom Italia - Firenze, 7 giugno 2013 ("La Repubblica delle Idee").

^[14] La Repubblica, 10 giugno 2013 ("*E' cominciata la partita a scacchi con l'AgCom*").

[15] Complessivamente le due forme di equivalence sono due diverse forme di realizzazione della Equivalence of Access. Per «Equivalenza degli Input» («Equivalence of Inputs», Eol) si intende la fornitura di servizi e informazioni alle divisioni interne e a terzi richiedenti l'accesso agli stessi termini e condizioni, compresi i prezzi e i livelli di qualità del servizio, con le stesse tempistiche, usando gli stessi sistemi e processi e con lo stesso grado di affidabilità e prestazioni. L'Eol si può applicare ai prodotti di accesso e ai servizi associati e accessori necessari per fornire gli input all'ingrosso alle divisioni interne e ai terzi richiedenti l'accesso. In alternativa all'applicazione del principio dell'Eol gli SMP possono essere soggetti all'obbligo di Equivalenza degli Outputs (EoO) che si configura come la fornitura di input all'ingrosso ai richiedenti l'accesso con modalità equiparabili, in termini di funzionalità e prezzo, a quelle che l'operatore SMP applica internamente alle proprie divisioni a valle, sia pure con l'utilizzo di sistemi e processi potenzialmente differenti.

[16] Come noto in Italia l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, istituita con L. 31 luglio 1997 n. 249, è identificata come Autorità nazionale di regolamentazione ai sensi dell'art. 7, comma 2 CCE ed esercita, per i mercati delle comunicazioni elettroniche, le competenze

derivanti dalla L. 14 novembre 1995 n. 481, dalla stessa legge istitutiva e dal Codice delle comunicazioni elettroniche.

[17] Il quadro normativo dell'Unione europea per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica è stato riformato con la Direttiva 2009/136/CE del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/22/CE, 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personale e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del Regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori, nonché con la Direttiva 2009/140/CE del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/21/CE, 2002/19/CE e 2002/20/CE e, infine, con il Regolamento (CE) n. 1211/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 che ha istituito l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) e l'Ufficio.

[18] In particolare il legislatore comunitario si era focalizzato sull'armonizzazione della disciplina dei procedimenti autorizzativi e dei relativi requisiti, rimuovendo i molteplici regimi concessori ed i diritti speciali ed esclusivi, sulla definizione e sul finanziamento del servizio universale mentre per la definizione dell'operatore avente significativo potere di mercato aveva indicato un parametro quantitativo (25% del mercato rilevante, senza ulteriori analisi sulle caratteristiche del mercato) che fosse piuttosto semplice da applicare per le autorità nazionali di regolamentazione di recente costituzione. In dottrina si rinvia a F. Bonelli-S.Cassese (a cura di), *la disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano 1999; L. Radicati di Brozolo, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni*, Torino, 1999.

[19] Per direttive di liberalizzazione si intendono i provvedimenti adottati dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 86, comma 3 del Trattato CE: 90/388/CE Concorrenza nelle telecomunicazioni; 94/46/CE servizi via satellite; 95/51/CE Uso di reti televisive via cavo; 96/02/CE Servizi mobili; 96/19/CE Full competition.

[20] Le direttive di armonizzazione sono state adottate ai sensi dell'art. 95 del Trattato CE e sono: 90/387/CE su Open Network Provision (ONP), come modificata dalla direttiva 95/51/CE, 92/44/CE su linee affittate; 97/13/CE su autorizzazioni generali e licenze individuali; 97/33/CE su interconnessione, servizio universale e interoperatività, come modificata dalla direttiva 98/61/CE; 98/10/CE su ONP per la telefonia vocale e servizio universale; 98/61/CE sulla portabilità del numero e la preselezione del vettore.

[21] La letteratura sui profili giuridici ed economici sul nuovo quadro regolamentare è molto vasta, si richiamano alcuni contributi: L. Radicati di Brozolo, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche, Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in *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 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*, Giuffrè, Milano, 2004; G. Della Cananea, *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, 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*, Giuffrè, Milano, 2006; F. Donati, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007.

[22] Appare inoltre rilevante l'ampia previsione da parte del legislatore comunitario dell'utilizzo di strumenti di soft-law, come la costituzione di un Comitato per le Comunicazioni (CoCom) che ha assorbito le competenze attribuite nel quadro regolamentare Open Network Provision (ONP) al Comitato Licenze ed al Comitato ONP (art. 22 Direttiva Quadro).

[23] Cfr. Raccomandazione 17 dicembre 2007, n. 2007/879/CE, par. 5 (*"Per individuare i mercati che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante, è opportuno applicare i seguenti criteri cumulativi. Il primo criterio è la presenza di forti ostacoli non transitori all'accesso, che possono essere di carattere strutturale, giuridico o normativo. Tuttavia, dato il carattere dinamico e il funzionamento dei mercati delle comunicazioni elettroniche, quando si effettua un'analisi prospettiva per individuare i mercati rilevanti che possano eventualmente essere oggetto di regolamentazione ex ante, è opportuno tenere in considerazione anche le possibilità di superare tali ostacoli nell'arco di tempo considerato. Per questo motivo, a norma del secondo criterio sono ammissibili esclusivamente quei mercati la cui struttura non tenda a produrre condizioni di concorrenza effettiva nell'arco di tempo considerato. L'applicazione di tale criterio comporta l'esame della situazione della concorrenza al di là degli ostacoli all'accesso. Il terzo criterio è che l'applicazione del diritto della concorrenza non sarebbe di per sé sufficiente a rimediare ai fallimenti di mercato esistenti"*). In precedenza, Raccomandazione 11 febbraio 2003, n. 2003/311/CE, par. 9. A livello nazionale, l'Agcom ha utilizzato il triplo test, ad esempio, con riferimento al mercato della terminazione SMS su reti mobili (delibera 185/13/CONS del 28 febbraio 2013), al mercato dell'accesso e della raccolta delle chiamate nelle reti telefoniche pubbliche mobili (delibera 65/09/CONS del 13 febbraio 2009), al mercato dei servizi telefonici locali, nazionali e fisso-mobile disponibili al pubblico e forniti in postazione fissa (delibera 284/10/CONS) e al mercato dei segmenti interurbani di linee affittate - cd.

segmenti trunk (delibera 2/10/CONS); in tutti questi i casi i suddetti mercati sono stati ritenuti non suscettibili di regolamentazione *ex ante* poiché il triplo test non è stato superato.

[24] Una efficace definizione dell'esperienza concretamente vissuta dalle ANR nella prima fase di applicazione delle analisi dei mercati e dei rimedi regolamentari è stata utilizzata da M. Clarich, R. Cassano in L'imposizione degli obblighi regolamentari *ex ante* nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche, in Dir. Informatica 2009, 01, pag. 23 quando descrivono l'incessante attività di analisi dei numerosi mercati rilevanti con l'espressione "giostra regolatoria" permanente.

[25] L'ANR può imporre: (i) obblighi di trasparenza in relazione all'interconnessione ed accesso ex art. 46 CCE prevedendo la pubblicazione di informazioni di natura contabile, tecnica ed economica tra cui un'offerta di riferimento disaggregata soggetta alle modifiche dell'Autorità; (ii) obblighi di non discriminazione in relazione all'interconnessione ed all'accesso ex art. 47 CCE; (iii) obblighi di separazione contabile in relazione a specifiche attività nell'ambito dell'interconnessione ed accesso ex art. 48 CCE; (IV) obblighi di accesso e di uso di determinate risorse di rete, secondo principi di equità, ragionevolezza e tempestività; (V) obblighi in materia di controllo dei prezzi e contabilità dei costi, tra cui l'obbligo di orientamento ai costi e di disporre un sistema di contabilità dei costi anche indipendente da quella utilizzata dagli operatori e verificata da un organismo indipendente.

[26] Si rinvia a G. Della Cananea, I procedimenti amministrativi composti, in Il procedimento amministrativo europeo, Milano, 2004 e L. Saltari, I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni, in Riv. Trim. Dir. Pubbl. 2005, 02, pag. 389.

[27] Spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno stato, in assenza di una specifica disciplina comunitaria in materia, designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi amministrativi che devono garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario, purché tali modalità, da un lato, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né, dall'altro, rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) vedi le sentenze 17 giugno 2004 Causa C-30/02, Recheio - Cash & Carry, racc. pag. i-6051 punto 17 e 7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05 Van Del Weerd e a., racc. pag. i-4233 punto 28.

[28] Sul tema si rinvia a R. Perna, *"The judicial review in the field of telecommunications: case law examples of confirmations of NRA decisions, annulment of NRA decisions"*, Workshop on the Implementation of the Law on Electronic Communications in administrative court proceedings

(Belgrado, 28-29 gennaio 2013); F. Marini Balestra, *The Role of National Judges and Regulatory Consistency*, in C.T.L.R. n. 3, 2013.

[29] Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, in GUCE n. C165 dell'11 luglio 2002.

[30] Il testo normativo richiama espressamente l'equivalenza tra i concetti di significativo potere di mercato (SMP), di matrice regolamentare, e la posizione dominante, di stampo concorrenziale (vedi art. 17 comma 2 CCE). Per la definizione di posizione dominante si richiama la tradizionale qualificazione risalente alla sentenza della Corte di Giustizia, caso 85/76, Hoffmann-La Roche del 13 febbraio 1979 in Racc. 1979, pag. 461 che definisce la posizione dominante: "una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori."

[31] Il mercato rilevante identificato è stato ridotto ad uno, relativo all'accesso alla rete telefonica pubblica in postazione fissa per clienti residenziali e non residenziali.

[32] I mercati rilevanti identificati *ex ante* sono: raccolta delle chiamate nella rete telefonica pubblica in postazione fissa; terminazione delle chiamate su singole reti telefoniche pubbliche in postazione fissa; accesso all'ingrosso (fisico) alle infrastrutture di rete (ivi compreso l'accesso condiviso o pienamente disaggregato) in postazione fissa; accesso a banda larga all'ingrosso; fornitura all'ingrosso di segmenti terminali di linee affittate, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata per fornire la capacità affittata o riservata; terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili.

[33] Per quanto riguarda i mercati di cui all'allegato della previgente Raccomandazione 2003/311/CE, che non figurano nell'elenco di cui all'allegato della vigente Raccomandazione, le autorità nazionali di regolamentazione avrebbero dovuto applicare la prova dei tre criteri per valutare se, sulla base delle circostanze nazionali, un mercato potesse ancora essere oggetto di regolamentazione *ex ante*. Per i mercati elencati nella vigente Raccomandazione, un'autorità nazionale di regolamentazione può comunque scegliere di non effettuare un'analisi di mercato se stabilisce che il mercato in questione non soddisfa i tre criteri. Per i mercati non inclusi nell'elenco della vigente Raccomandazione le autorità nazionali di regolamentazione devono innanzitutto applicare la prova dei tre criteri al mercato interessato ed individuare mercati diversi da quelli inclusi nella vigente Raccomandazione, purché ciò avvenga conformemente all'articolo 7 della direttiva 2002/21/CE, ossia definiti sulla base dei principi della concorrenza esposti nella comunicazione della Commissione sulla

definizione di mercato rilevante ai fini del diritto comunitario della concorrenza (1) ed in conformità agli orientamenti comunitari per l'analisi del mercato e le modalità di valutazione del potere di mercato significativo (2) nonché soddisfare i tre criteri sopra descritti.

[34] Tra i principali mercati rilevanti che, a valle della verifica del soddisfacimento dei tre criteri, sono stati ritenuti da AGCom come non rispondenti ai requisiti per una regolamentazione *ex ante* si possono ricordare il mercato della raccolta dei servizi da rete mobile (delibera 65/09/CONS), il mercato dei servizi telefonici locali, nazionali e fisso-mobile disponibili al pubblico e forniti in postazione fissa (284/10/CONS), il mercato dei segmenti interurbani di linee affittate - c.d. segmenti trunk (delibera 2/10/CONS) e, più recentemente, il mercato della terminazione di servizi SMS su singole reti mobili (delibera 185/13/CONS).

[35] Per comodità di riferimento i citati articoli corrispondono agli artt. 46-50 CCE.

[36] Occorre inoltre ricordare la Raccomandazione della Commissione del 15 ottobre 2008 relativa alle notifiche, ai termini e alle consultazioni di cui dall'articolo 7 della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (2008/850/CE) con la quale la Commissione ha inteso stabilire delle regole comuni per i principali aspetti procedurali delle notifiche ex art. 7.

[37] Infatti il potere dissuasivo del potenziale esercizio del potere di veto sulla definizione dei mercati rilevanti e sugli operatori SMP, concretamente utilizzato solo nello 0,7% delle notifiche, si deve anche confrontare con la numerosità delle lettere di commenti che, spesso in modo reiterato sullo stesso mercato rilevante e nei confronti della medesima ANR, hanno dovuto ribadire le osservazioni della Commissione sulla non corretta applicazione dei rimedi.

[38] Il considerando 14 della Direttiva Accesso chiarisce che gli obblighi previsti "costituiscono il livello massimo degli obblighi che possono essere imposti alle imprese onde evitare un'eccessiva regolamentazione."

[39] Il nuovo documento è denominato *Revised ERG common position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework*.

[40] "Revised BEREC Common Position on best practice in remedies on the market for wholesale (physical) network infrastructure access (including shared or fully unbundled access) at a fixed location imposed as a consequence of a position of significant market power in the relevant market" (8 dicembre 2012); "revised BEREC Common Position on best practice in remedies on the market for wholesale broadband access (including bitstream access) imposed as a consequence of a position of significant market power in the relevant market" (8 dicembre 2012); "revised BEREC Common Position on best practices in remedies as a consequence of a SMP position in the relevant markets for wholesale leased

lines” (26 novembre 2012); “revised BEREC Common Position on best practice in remedies on the market for wholesale (physical) network infrastructure access (including shared or fully unbundled access) at a fixed location imposed as a consequence of a position of significant market power in the relevant market” (26 novembre 2012); “revised BEREC Common Position on best practice in remedies imposed as a consequence of a position of significant market power in the relevant market for wholesale broadband access (WBA)” (26 novembre 2012).

[41] A titolo di esempio, la stessa Commissione dà atto nel considerando 1 della Raccomandazione 7 maggio 2009 sulla regolamentazione della terminazione su reti fisse e mobili (2009/396/CE) che *“nel corso della valutazione di oltre 850 progetti di misure notificati a titolo dell’articolo 7 della direttiva 2002/21/CE è emerso che esistono tuttora incoerenze nella regolamentazione delle tariffe di terminazione delle chiamate vocali”*.

[42] Si vedano, ad esempio, la Raccomandazione del 7 maggio 2009 sulla regolamentazione della terminazione su reti fisse e mobili (2009/396/CE), la Raccomandazione del 20 settembre 2010 relativa all’accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA) e la Raccomandazione dell’11 settembre 2013, relativa all’applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di determinazione dei costi per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto degli investimenti in banda larga.

[43] Si veda la sentenza della Corte di Giustizia n. 322/88 del 13 dicembre 1989, Grimaldi. A livello nazionale, il Consiglio di Stato, nella sentenza 2802/2012, ha chiarito che *“le Raccomandazioni emanate dalla Commissione europea costituiscono atti comunitari tipici, non obbligatori, preordinati allo scopo di assicurare il funzionamento e lo sviluppo della Comunità europea mediante la prospettazione della soluzione che appare preferibile adottare nell’ottica comunitaria e, conseguentemente, essendo privi di carattere vincolante nei confronti del legislatore nazionale, il giudice nazionale non è tenuto a disapplicare la norma statale (e/o il provvedimento amministrativo) che, eventualmente, si ponga in contrasto con esse (Cassazione civile, sez. I, 05 dicembre 2003, n. 18620)”*.

[44] Ricordiamo di seguito gli obiettivi dell’azione regolamentare identificati dall’art. 8 della Direttiva Quadro: “2. Le autorità nazionali di regolamentazione promuovono la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettro- nica, dei servizi di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati, tra l’altro: a) assicurando che gli utenti, compresi gli utenti disabili, ne traggano il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità; b) garantendo che non abbiano luogo distorsioni e restrizioni della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche; c) incoraggiando investimenti efficienti in materia di infrastrutture e promuovendo l’innovazione; d) incoraggiando un uso efficace e garantendo una gestione efficiente delle radiofrequenze e delle

risorse di numerazione. 3. Le autorità nazionali di regolamentazione contribuiscono allo sviluppo del mercato interno, tra l'altro: a) rimuovendo gli ostacoli residui che si frappongono alla fornitura di reti di comunicazione elettronica, di risorse e servizi correlati e di servizi di comunicazione elettronica a livello europeo; b) incoraggiando l'istituzione e lo sviluppo di reti transeuropee e l'interoperabilità dei servizi paneuropei e la connettività da utente a utente (end-to-end); c) garantendo che, in circostanze analoghe, non vi siano discriminazioni nel trattamento delle imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica; d) collaborando tra loro e con la Commissione in maniera trasparente per garantire lo sviluppo di prassi normative coerenti e l'applicazione coerente della presente direttiva e delle direttive particolari. 4. Le autorità nazionali di regolamentazione promuovono gli interessi dei cittadini dell'Unione europea, tra l'altro: a) garantendo a tutti i cittadini un accesso al servizio universale quale specificato nella direttiva 2002/22/CE (direttiva servizio universale); b) garantendo un livello elevato di protezione dei consumatori nei loro rapporti con i fornitori, in particolare predisponendo procedure semplici e poco onerose di composizione delle controversie espletate da un organismo indipendente dalle parti in causa; c) contribuendo a garantire un livello elevato di protezione dei dati personali e della vita privata; d) promuovendo la diffusione di informazioni chiare, in particolare imponendo la trasparenza delle tariffe e delle condizioni di uso dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico; e) prendendo in considerazione le esigenze di gruppi sociali specifici, in particolare degli utenti disabili; f) garantendo il mantenimento dell'integrità e della sicurezza delle reti di comunicazione pubbliche.

[45] Tribunale UE, ordinanza 12 luglio 2007, caso T-109/06, *Vodafone* in Raccolta 2007, pag. II 5151, par. 90 e 91: "*it is true, as Article 1(1) of Directive 2002/21 states, that the intervention of the Commission and of other NRAs under the procedure of Article 7 of Directive 2002/21 is 'to ensure the harmonised application of the regulatory framework throughout the Community. However, that does not mean that the Commission's comments under Article 7(3) of Directive 2002/21 produce binding legal effects'*". Analogamente, Tribunale UE, ordinanza 22 febbraio 2008, caso T-295/06, *Base*, in Raccolta 2008, pag. II 28.

[46] In questo senso si veda espressamente Tar Lazio, sez. III-Ter, 895/2009 ("l'AGCom, infatti, anche se ex art. 12 del codice deve tenere "in massima considerazione" le osservazioni della commissione, non è obbligata a conformarsi sempre e comunque alle osservazioni da essa svolte, atteso che non si tratta di prescrizioni, ma sostanzialmente di un atto di collaborazione dell'organo in questione al programma di razionalizzazione del sistema nel quale è impegnata l'autorità. È ben vero che, come accade ogni qual volta un organo intenda discostarsi da un parere obbligatorio ma non vincolante, sussiste per lui l'obbligo di

esplicitare le ragioni che non gli consentono di conformarsi ad esso. In altri termini, l'organo in questione deve dare atto di aver ponderato le ragioni esposte da quello consultivo e di aver però deciso di perseverare nel proprio orientamento”), nonché consiglio di stato 1837/2013 (“nel discostarsi da tale rilievo, come pur le era consentito fare per il carattere non vincolante delle osservazioni formulate dalla commissione, avrebbe dovuto comunque agcom osservare un onere di motivazione rafforzata [...]”). Analogamente, tar lazio sez iii-ter 1336/2011, tar lazio, sez. I, 9484/2011.

[47] Sul tema si veda l'interessante analisi svolta da F. Marini Balestra, Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche, Padova 2013, pag. 121.

[48] Si vedano, ad esempio, le lettere inviate il 5 marzo 2012 e il 13 febbraio 2012, entrambe in materia di tariffe del servizio di terminazione mobile, rispettivamente alle autorità di regolamentazione di Spagna e Olanda.

[49] Si pensi alla segmentazione subnazionale dei mercati geografici che hanno poi avuto dignità di raccomandazione nella Raccomandazione relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA) e legislativa all'art. 7 -ter della Direttiva 140/2009/CE

[50] Nello stesso senso vedi anche F. Marini Balestra, Manuale di diritto europeo e nazionale cit.

[51] Ad esempio, la Raccomandazione del 7 maggio 2009 sulla regolamentazione della terminazione su reti fisse e mobili (2009/396/CE).

[52] Si vedano le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee 17 luglio 2008 cause riunite da C-152/07 a C-154/07 Arcor & CoKG vs Repubblica Federale di Germania in Giornale di diritto amministrativo 4/2009, pag. 379 con commento di L. Saltari e Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 3 dicembre 2009, causa C-424/07 - Commissione delle Comunità europee vs. Repubblica Federale di Germania in Giornale di diritto amministrativo 6/2010, pag. 589 con commento di Benedetto Brancoli Busnaghi.

[53] Si fa in particolare riferimento alle aste per le frequenze UMTS e, più di recente, per le frequenze LTE.

[54] Volendo citare soltanto i più evidenti casi italiani si può fare riferimento alla definizione delle condizioni dell'interconnessione reverse per le chiamate verso le reti degli operatori fissi alternativi (tra le altre, delibere 179/10/CONS e 229/11/CONS) e la definizione delle condizioni di terminazione verso le reti degli operatori mobili, in particolare l'asimmetria riconosciuta all'operatore “nuovo entrante” H3G (cfr. ad esempio, delibera 667/08/CONS e lettera della Commissione SG-Grefte (2008) D/206734 del 7 novembre 2008).

[55] Cfr. decisioni della Commissione 4 luglio 2007, procedimento COMP/38.784 - Telefonica S.A. (broadband) e 21 maggio 2003 (procedimento COMP/37.451 - Price squeeze local loop Germany).

[56] Il contenuto dei report sullo stato di implementazione è reperibile al link <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/download-scoreboard-reports>

[57] Le linee guida del progetto di riforma presentato dalla Commissione si possono esaminare nel documento di lavoro dei servizi della Commissione, Sintesi della valutazione d'impatto (SEC2007 1473) del 13 novembre 2007.

[58] Proposta di direttiva COM(2007)697 del Parlamento e del Consiglio recante modifica delle Direttive 2002/21/CE, 2002/19/CE e 2002/20/CE e proposta di direttiva COM(2007)698 del Parlamento e del Consiglio finalizzata a emendare la Direttiva 2002/22/CE sul servizio universale sui diritti d'uso e la direttiva 2002/58/CE concernente il trattamento dei dati personali e la tutela della privacy nel settore delle comunicazioni elettroniche.

[59] In merito all'evoluzione della struttura istituzionale e del ruolo di una Autorità europea a partire dai lavori preparatori della Commissione fino all'adozione del Regolamento (CE) n 1211/2009 che ha istituito l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) si rinvia all'analitica descrizione in V.M. Sbrescia, L'Europa delle comunicazioni elettroniche, Regolazione e concorrenza nel nuovo assetto della governance economica europea, Jovene, 2011, pag. 261 ss.

[60] Sull'analisi dei diversi profili evolutivi proposti dalla Commissione, in particolare relativi ai diritti di passaggio, alla gestione delle frequenze, alla sicurezza delle reti, all'incremento della tutela dei consumatori e, per quanto interessa in questa sede, alle modifiche della procedura per l'adozione dei rimedi regolamentari si invia ai contributi di G. Amendola, C. Leporelli, P.L. Parcu, A. Perrucci e G.M. Roberti, in AREL Osservatorio comunicazioni Il quadro regolatorio comunitario tra attuazione nazionale e proposte di revisione europea, n. 2 2007 e di G. Amendola, A. Camanzi, P. De Chiara, A. De Tommaso, A. Gavosto, F. Gobbo, G. Napolitano, P.L. Parcu, A. Tonetti e R. Viola in AREL Osservatorio comunicazioni, Verso un regolatore europeo delle comunicazioni, elettroniche? n. 3, 2007, G. Morbidelli - A Donati, (a cura di) La nuova disciplina delle comunicazioni, Atti del convegno e a M. Orofino, Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello, Giuffrè 2008,

[61] Per una analisi più completa dei contenuti della revisione del quadro regolamentare comunitario del 2009 si rinvia a G.L. Tosato, L'evoluzione della disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche, in Il diritto dell'Unione europea, 2009, pag. 169 ss; F. Bassan (a cura di), Il diritto delle comunicazioni elettroniche, Milano, 2010; M. Orofino, Il Telecom Package: luci ed ombre di una riforma molto travagliata, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., n. 2, 2010, pag. 514 ss.; I. Chieffi, La revisione del procedimento amministrativo europeo nelle comunicazioni elettroniche in Riv. It. Dir.

Pubbl. Com., n. 3-4, 2010, pag. 901 ss, B. Argiolas, Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche, in Giornale di diritto amministrativo, 2/2011, pag. 191

[62] Occorre inoltre ricordare che il BEREC fornisce pareri su progetti di decisioni, raccomandazioni e orientamenti della Commissione previsti dalle Direttive del 2002, con ciò potendo incidere sui vari strumenti attribuiti dal legislatore per indirizzare l'applicazione coerente del Quadro normativo comunitario in tutti gli Stati membri.

[63] Sebbene la formulazione adottata dalla Direttiva possa indurre a pensare che l'unico termine imposto all'ANR sia lo *stand-still* di tre mesi, si ritiene che anche il termine massimo di un mese sia vincolante per l'ANR sulla base della seguenti considerazioni: il primo termine (tre mesi) rappresenta un termine non eludibile da parte di tutte le istituzioni coinvolte (Commissione, ANR, BEREC) poiché è finalizzato ad indurre le tre istituzioni a cooperare fino alla decorrenza del termine allo scopo di individuare una misura regolamentare condivisa.

Invece il termine massimo (aggiuntivo) di un mese per l'adozione della raccomandazione o il ritiro delle riserve rappresenta un vincolo avente una finalità procedimentale differente, ossia costituisce il termine temporale massimo entro il quale la Commissione può esprimere il suo indirizzo nei confronti della proposta di misura, decorso il quale perde il relativo potere. Inoltre qualora la Commissione adotti la raccomandazione oppure ritiri le riserve in un tempo inferiore l'ANR non è vincolata al decorso del termine mensile, ma può immediatamente adottare la misura finale. Perciò il primo termine ha una finalità di promuovere la cooperazione, il secondo soltanto di imporre un vincolo temporale massimo all'espressione di un orientamento avente, comunque, efficacia non vincolante.

[64] In merito al potere della Commissione di avviare un procedura di infrazione si rinvia alla sentenza della Corte di Giustizia 3 dicembre 2009, Commissione delle Comunità europee Repubblica Federale di Germania nella quale si ribadisce che "le speciali procedure di una direttiva (i.e. la procedura ex art. 7 della Direttiva Quadro) non possono derogare né sostituirsi alle competenze della Commissione a norma dell'art. 226 CE". Vedi in particolare anche al sentenza 24 gennaio 1995, causa C-359/93, Commissione contro Paesi Bassi, in Racc. pag. I-157, punto 13.

[65] Si vedano ad esempio i poteri attribuiti al BEREC dall'art. 19 del Regolamento con i quali si obbliga le ANR a fornire al BEREC stesso le informazioni richieste.

[66] L'avvio della Fase II da parte della Commissione è stato recentemente richiesto, oltre che nei confronti della citata notifica da parte di AGCom dell'offerta di riferimento 2013 per i mercati 4 e 5, anche sulle proposte di provvedimenti relativi alla modifica dei rimedi regolamentari nei mercati 4 e 5 presentate dall'ANR Estone (lettera EE/2013/1453-1454), dall'ANR

Spagnola (ES/2013/1465-1466) e dall'ANR austriaca (AT/2013/1475-1476).

^[67] Sentenza d'appello del Trade and Industry Appeals Tribunal olandese del settembre 2011, confermata il 27 agosto 2013 e sentenza cautelare della High Court Commercial irlandese del 14 agosto 2013

[68] La Corte di Giustizia ha riconosciuto la natura di valutazioni economiche complesse alle decisioni adottate dalle ANR in materia di tariffe regolate dei servizi all'ingrosso e perciò ha affermato che il controllo giurisdizionale "deve limitarsi ad accertare che i provvedimenti controversi non siano viziati da errore manigesto o da sviamento di potere" sentenza 24 aprile 2008, Arcor AG & Co KG vs Repubblica federale di Germania

[69] Con riferimento alla più recente giurisprudenza relative ai limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti delle scelte regolamentari dell'Agcom, si vedano le sentenze Tar Lazio 21 giugno 2013, n. 6259 (*"la legittimità di un controllo giudiziale forte ed incisivo, orientato ad una piena ed effettiva tutela delle situazioni giuridiche soggettive dedotte in controversia, puntualizzando che il Giudice amministrativo può, con piena cognizione, accertare i fatti considerati nel procedimento amministrativo nonché il processo valutativo attraverso il quale l'Autorità indipendente è pervenuta all'applicazione della regola giuridica. Il sindacato intrinseco del giudice viene ritenuto comprensivo anche di un riesame delle valutazioni tecniche operate dall'Autorità come pure dei principi economici e dei concetti giuridici indeterminati applicati (Cons. St., VI, 20.2.2008, n. 595; id., 8.2.2007, n. 515) e tale da essere condotto dal giudice facendo ricorso a regole e conoscenze tecniche appartenenti alle stesse discipline applicate dall'Amministrazione, anche con l'aiuto di periti (Cons. St., VI, 23.4.2002, n. 2199)"*) e Consiglio di Stato 28 marzo 2013, n. 1837 (*"Anche materie o discipline connotate da un forte tecnicismo settoriale [...] sono rette da regole e principi che, per quanto "elastiche" o "opinabili", sono pur sempre improntate ad una intrinseca logicità e ad un'intima coerenza, alla quale anche la p.a., al pari e, anzi, più di ogni altro soggetto dell'ordinamento in ragione dell'interesse pubblico affidato alla sua cura, non può sottrarsi senza sconfinare nell'errore e, per il vizio che ne consegue, nell'eccesso di potere. Pertanto, il giudice amministrativo deve poter sempre verificare [...] se la p.a. abbia fatto buon governo delle regole tecniche e dei procedimenti applicativi che essa ha deciso, nell'ambito della propria discrezionalità, di adottare per l'accertamento o la disciplina di fatti complessi e se la concreta applicazione di quelle regole a quei fatti, una volta che esse siano prescelte dalla p.a., avvenga iuxta propria principia"*).

[70] "BEREC Guidance on functional separation under Articles 13a and 13b of the revised Access Directive and national experiences", febbraio 2011 (BoR (10) 44 Rev1).

[71] Ad avviso di chi scrive non è possibile adottare procedure negoziate utilizzate tra la pubblica amministrazione ed il privato in sede di appalti

pubblici a meno di non svuotare di significato il necessario confronto previsto con la consultazione del mercato di AGCM, della Commissione e del BEREC. Non ultimo occorre anche valutare che le tempistiche del giudizio amministrativo di qualunque decisione adottati AGCom possono essere incompatibili con la stessa esecuzione delle misure di separazione volontaria e quindi di dovrà valutare cosa possa accadere rispetto ad una misura volontariamente proposta da Telecom Italia ed approvata da AGCom con delle modifiche dei rimedi regolamentari qualora il Consiglio di Stato, a distanza di anni, annulli provvedimento di AGCom ma non possa, ovviamente, annullare da un lato le misure infrastrutturali già realizzate e dall'altra neppure i benefici competitivi acquisiti sul mercato da Telecom Italia.

[72] Vedi relazione al Senato del Presidente Pitruzzella nel corso della quale vengono evidenziati i possibili impatti competitivi di questa operazione.

[73] Pubblicato in G.U.R.I. n. 284 del 6 dicembre 2006.

[74] Si veda il caso delle misure regolamentari in materia di terminazione mobile approvate dal regolatore tedesco nonostante la Commissione Europea avesse espresso i propri dubbi in merito nella lettera del 28 febbraio 2013 e ne avesse indicato la modifica con raccomandazione del 27 giugno 2013. Analogamente, con lettera del 13 febbraio 2012 e successiva raccomandazione del 13 giugno 2013 la Commissione Europea aveva richiesto la modifica delle tariffe di terminazione mobile applicate in Olanda a seguito di una decisione di un giudice nazionale. L'autorità di regolamentazione olandese non è tuttavia intervenuta a modificare tali prezzi poiché ciò avrebbe violato il necessario rispetto della decisione del giudice nazionale.

[75] Comunicato stampa di Telecom Italia del 30 maggio 2013.

[76] In merito si rinvia alla (ottimistica) previsione contenuta nella "*Expected Regulatory Timetable in connection with TI's structural fixed access separation project*" resa pubblica dal Presidente di Telecom Italia il 2 agosto 2013 nel corso della presentazione dei risultati del gruppo Telecom Italia per il primo semestre 2013, pubblicata sul sito www.telecomitalia.it

[77] Le trattative con Hutchinson Whampoa sono state oggetto di analisi anche da parte del CdA di Telecom Italia, mentre da fonti giornalistiche risulta l'interessamento di Vodafone così come di AT&T. Evidentemente l'ingresso come socio di un operatore presente soltanto su mercati diversi (e.g. raccolta e terminazione mobile all'ingrosso ed al dettaglio) oppure non attivo nel mercato italiano (come nell'ipotesi di acquisizione di controllo da parte di Telefonica) potrà non avere impatti sull'analisi regolamentare dei mercati dell'accesso, mentre gli impatti rispetto ad un operatore che sia presente anche nei mercati all'ingrosso o al dettaglio di rete fissa dovrà essere valutato anche alla luce dell'evoluzione societaria e delle condizioni competitive poste alla concentrazione dall'Autorità della concorrenza competente.

[78] In merito si rinvia alle puntuali osservazioni del Presidente AGCM Pitruzzella nel corso dell'audizione presso la VIII Commissione Lavori Pubblici, Comunicazioni del Senato del 23 luglio 2013.

[79] In merito al dibattito dottrinale sugli effetti regolamentari degli interventi dell'Autorità di concorrenza e più in generale sul complesso e delicato rapporto tra regolazione e concorrenza, che in questa sede non si può approfondire, si rinvia a S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesauro, Bologna 2000, pag. 11 ss; M. Libertini, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2005, pag. 195 ss; Giannaccari, *Il caso Telecom*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2005, pag. 201 ss; L. Saltari, *L'interazione tra il diritto antitrust e la regolazione nelle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, pag. 555 ss; P. Giammaria, *Regolazione e concorrenza davanti al TAR*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2005, pag. 377 ss; S. Frova, *La posta in gioco e il vero valore della sanzione annullata*, ibidem, 392; M. Polo, *Price Squeeze: lezioni dal caso Telecom Italia*, ibidem, pag. 399 ss.; M. Conticelli - A. Tonetti, *La difficile convivenza tra regolazione e antitrust: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2008, 01, pag. 71. Nella giurisprudenza comunitaria Corte di Giustizia, sentenza *Deutsche Telekom AGC vs Commissione*, 10 aprile 2008, causa T 271/03, Tribunale UE, sentenza *Telefónica e Telefónica de España / Commissione*, 29 marzo 2012, causa T-336/07. A livello nazionale, Tar Lazio, sez. I, 21 giugno 2012, n. 5689; Consiglio di Stato sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271 con commento di L. Saltari, *La regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche tra AGCM, AGCOM e giudice amministrativo* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, pag. 1212 ss.

[80] Per le medesime ragioni appare irragionevole che i procedimenti relativi alle condizioni economiche in materia di accesso per l'anno 2013 (delibere 642/12/CONS, 141/12/CONS e 221/13/CONS) siano ulteriormente prorogate ed adottate nel contesto delle analisi di mercato per il successivo periodo regolatorio 2014-2016 come appare indicare la Commissione con la propria lettera del 12 agosto 2013 con la quale ha avviato la c.d. fase II in merito ai casi IT/2013/1489/1490 relativi all'obbligo regolamentare imposto da AGCom a Telecom Italia sul controllo dei prezzi nei mercati relativi all'accesso all'ingrosso alle infrastrutture di rete in postazione fissa (c.d. mercato n. 4) e dell'accesso a banda larga all'ingrosso (c.d. mercato n. 5). Infatti, a tacer delle ulteriori considerazioni sulla fondatezza della comunicazione della Commissione, basta osservare che, in uno scenario come quello ipotizzato, il rinvio almeno al 2014 dell'approvazione delle condizioni economiche per i servizi di accesso per il 2013 determinerebbe una significativa e prolungata incertezza per la situazione strategica e finanziaria degli operatori alternativi ed un conseguente pregiudizio alle per le strategie commerciali degli OLO stessi.

È noto infatti che i prezzi dei servizi wholesale forniti da Telecom Italia rappresentino uno dei fattori che incidono maggiormente in termini di costi di produzione e che determinano significativamente la nella definizione da parte degli operatori delle tariffe retail e, più in generale, dei piani commerciali. È significativo che anche l’Autorità, in tutte e tre le delibere con cui ha avviato i procedimenti di approvazione delle tariffe di accesso alla rete fissa 2013, abbia sottolineato la “*necessità di accelerare i tempi di approvazione delle offerte di riferimento al fine di fornire condizioni di certezza regolamentare sui costi dei servizi wholesale*” (cfr. Delibere 642/12/CONS, 141/12/CIR e 221/13/CONS). Conseguentemente, premesso che in uno scenario “ideale” le tariffe dei servizi all’ingrosso dovrebbero essere approvate prima dell’inizio dell’anno di riferimento, è comunque evidente che nell’ipotesi opposta - in cui le tariffe wholesale in questione siano stabilite dopo la fine dell’anno di riferimento - gli OLO si troverebbero a definire le loro condotte commerciali senza alcuna certezza sul principale fattore di produzione sulla cui base esse dovrebbero essere stabilite e, nel contempo, Telecom Italia a procrastinare una significativa incertezza finanziaria relativa ai ricavi dai servizi all’ingrosso.

[81] Concordemente la sentenza Cons. Stato 10 luglio 2012, n. 4068 ha recentemente sottolineato il vincolo di rispettare i “*principi di imparzialità e di buon andamento, cui deve essere improntata l’azione amministrativa, ai sensi dell’articolo 97 della Costituzione, sub specie dell’efficacia, efficienza, economicità e speditezza*”. Analogamente, secondo la sentenza Cons. Stato 31 marzo 2009, n. 2004, l’azione della Pubblica Amministrazione “*incontra pur sempre il limite della razionalità e del buon andamento, dell’efficacia, celerità ed economicità, [...] onde evitare inutili o pretestuose lungaggini procedurali*”.