



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

CORSO DI DOTTORATO IN PLURALISMI GIURIDICI PROSPETTIVE ANTICHE ED  
ATTUALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
Settore Scientifico Disciplinare: IUS/08

ASSETTO E PROSPETTIVE DEL SISTEMA DI  
REGOLAZIONE DELLE COMUNICAZIONI  
ELETTRONICHE

IL DOTTORE  
GIULIA SILVIA

*Giulia Silvia*

IL COORDINATORE  
CH.MO PROFESSORE GIUSEPPE DI CHIARA

*Giuseppe Di Chiara*

IL TUTOR  
CH.MA PROFESSORESSA LAURA LORELLO

*Laura Lorello*

CICLO XXX  
ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO 2018



## SOMMARIO

Introduzione.....	5
1. Le caratteristiche del mercato delle comunicazioni elettroniche.....	11
1.1 L'origine delle comunicazioni elettroniche .....	11
1.2 L'evoluzione delle tecnologie e l'avvento di Internet .....	16
1.3 La net neutrality .....	20
1.4 Reti infrastrutture ed investimenti .....	22
1.5 Condizioni di accesso ed uso delle frequenze.....	24
1.6 Gli obblighi di servizio universale ed il divieto di aiuti di stato. ....	29
2. Le autorità amministrative indipendenti nelle comunicazioni elettroniche.....	34
2.1 L'istituzione delle Autorità nazionali di regolazione nelle comunicazioni elettroniche .....	34
2.2 I caratteri dell'Agcom .....	37
2.3 Procedimento e regolazione .....	42
2.4 Il procedimento di regolazione e i rapporti tra autorità .....	46
2.4.1 L'individuazione dei mercati rilevanti e l'analisi di mercato .....	48
2.4.2 L'analisi di mercato e l'applicazione dei rimedi .....	50
2.5 Modelli di partecipazione all'attività regolamentare nelle comunicazioni elettroniche .....	56
2.6 Strumenti di analisi e valutazione della regolazione.....	60
2.7 Regolazione e concorrenza .....	64
3. La governance europea delle comunicazioni elettroniche e l'impatto sulla regolazione.....	70
3.1 Il rapporto tra <i>governance</i> e regolazione nelle comunicazioni elettroniche.....	70
3.2 L'evoluzione della governance europea delle comunicazioni elettroniche.....	72
3.3. Reti di regolatori europee ed agenzie europee .....	77
3.4 I protagonisti del quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche .....	84
3.4.1. La Commissione europea.....	86
3.4.2 Cooperazione verticale e orizzontale.....	89
3.4.3 IRG ed ERG .....	91
3.4.4 IL BERECA.....	94
3.5. Direttive ed atti di soft law.....	100
3.6 Il ruolo dei giudici nella governance delle comunicazioni elettroniche.....	102
3.7 Tentativi di riforma della <i>governance</i> e impatti sulla regolazione .....	105
3.7.1 La riforma del BERECA.....	108
3.7.2. Il codice europeo delle comunicazioni elettroniche .....	113
3.8 Prospettive evolutive del modello di governance: la rete come modello positivo .....	118
Osservazioni conclusive .....	122
BIBLIOGRAFIA.....	131



## Introduzione

Negli ultimi venti anni le evoluzioni tecnologiche hanno stravolto le modalità di informare e comunicare creando canali ulteriori rispetto al telefono o alla televisione. A ciò si è aggiunta una politica europea tesa a salvaguardare la libertà economica e l'apertura del mercato che ha modificato i modi d'intervento dello Stato nell'economia. Il cambiamento cui si è assistito è stato sia economico che sociale e ancora oggi sembra non essersi del tutto consolidato specie alla luce degli adattamenti normativi susseguitisi negli ultimi dieci anni, spesso dettati da imprevedibili innovazioni tecnologiche.

A partire dagli anni '90 il mercato delle comunicazioni elettroniche è stato interessato dall'avvio di un processo di liberalizzazione, cui si è accompagnato uno sviluppo tecnologico di ampie dimensioni caratterizzato dall'avvento di Internet. Una tale evoluzione si è tuttavia scontrata con mercati impreparati a un fenomeno di questo genere e ha avuto impatti rilevanti anche a livello normativo e regolamentare. La rete ha reso possibile l'accesso a un numero infinito di dati e informazioni stravolgendo le abitudini di vita, fino a indurre a una riflessione sulla concepibilità di un diritto di accesso alla rete anche a livello costituzionale.

Nella fase iniziale della liberalizzazione il motivo ispiratore va individuato nella concorrenza, leva motrice del corretto funzionamento del mercato. L'Unione ha imposto lo smantellamento dei monopoli pubblici, aprendo ai privati anche i servizi pubblici a rete tra cui le telecomunicazioni, rimaste sino a quel momento di competenza esclusiva statale. La presenza degli ex monopolisti rischiava tuttavia di pregiudicare la corretta formazione del mercato concorrenziale poiché, forti della posizione sino a quel momento ricoperta, essi avrebbero potuto ostacolare l'ingresso di nuovi operatori. Anche su impulso dell'Europa, si è provveduto all'istituzione di soggetti indipendenti nazionali come l'AGCOM (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) chiamati ad accompagnare il processo di liberalizzazione e l'evoluzione dei servizi di rete attraverso l'esercizio di poteri regolamentari, amministrativi e di moral suasion.

Le telecomunicazioni, che fino a quel momento erano state gestite da un unico operatore di telefonia fissa, hanno cominciato a subire i primi stravolgimenti cambiando con il tempo anche la loro denominazione. Esse sono entrate a far parte a pieno titolo di un ambizioso progetto europeo, volto a creare un mercato unico privo di barriere e favorevole alla libera circolazione degli operatori; tale obiettivo, seppur ancora non pienamente raggiunto sotto il profilo economico, può dirsi soddisfatto dal punto di vista sociale grazie all'ampia diffusione d'*internet*, che ha contribuito a eliminare le barriere geografiche.

Il 2002 rappresenta l'anno in cui l'Europa, preso atto delle importanti innovazioni introdotte dal *web*, ha impresso una svolta importante ai rapporti tra telecomunicazioni e audiovisivo, rimasti sino a quel momento dei canali separati. Le quattro direttive del 2002 hanno infatti posto le basi per il cambiamento del settore introducendo una nuova nozione, quella di "*comunicazioni elettroniche*", indicativa della convergenza tra audiovisivo e telecomunicazioni. Questa novità è stata accompagnata dal rafforzamento dei requisiti di indipendenza richiesti alle autorità di regolazione nazionali e dall'avvio di un programma di coordinamento dei processi di regolazione posti in essere dalle autorità amministrative indipendenti poi maturato, a livello europeo, nella formazione del BEREC (*Body of European Regulators for Electronic Communications*).

La costituzione di autorità preposte alla regolazione del mercato di competenza, non costituiva di per sé una garanzia di realizzazione della concorrenza. Infatti, il rischio di subire le influenze politiche e imprenditoriali di terze parti e le differenti condizioni di partenza che gli Stati presentavano sotto molteplici profili, hanno determinato una differenziazione nel grado di apertura dei mercati.

La presenza degli ex monopolisti e la necessità di garantire i livelli minimi di servizio universale, hanno reso difficile conciliare l'ingresso dei nuovi operatori con la tutela degli utenti e con la garanzia di un adeguato livello di qualità dei servizi di comunicazione offerti.

Il differente grado di sviluppo dei mercati è stato frequentemente addebitato (e lo è tutt'ora) all'eccessiva discrezionalità delle autorità di regolazione nazionali rispetto

al livello sovranazionale. Queste ultime sono deputate all'adozione di scelte generali o individuali, finalizzate a creare le condizioni idonee al corretto funzionamento del mercato. L'adozione di decisioni differenti, spesso dettate dalle diverse condizioni di partenza in cui versano gli Stati, rischia di pregiudicare la libera circolazione degli operatori all'interno del mercato europeo limitando la loro capacità al livello nazionale.

Le direttive del 2002 - e in particolare la 2002/21/CE (direttiva quadro) - si limitavano ad introdurre un procedimento di regolazione che raccordava l'azione europea a quella nazionale, lasciando tuttavia libere le ANR (Autorità nazionali di regolazione) in sede di individuazione dei rimedi regolamentari più opportuni. La Commissione poteva quindi influire sulle loro scelte attraverso l'adozione di atti di soft law, il cui rispetto dipendeva dal grado di influenza che la stessa era in grado di esercitare sulle Autorità nazionali.

Ben presto è emersa quindi l'esigenza di rafforzare la cooperazione istituzionale, obiettivo realizzato prima spontaneamente e poi formalizzato con l'istituzione di organismi compositi, in grado di supportare la realizzazione di azioni regolamentari uniformi. Il BEREC (Organismo europeo dei regolatori delle comunicazioni elettroniche) rappresenta la conclusione di un percorso che esalta la collaborazione istituzionale e lo scambio d'informazioni tra i soggetti responsabili dell'attività regolamentare, bilanciando il ruolo degli Stati membri e della Commissione.

L'obiettivo che la ricerca si propone è quello di analizzare i rapporti tra *governance* e regolazione, specie in termini di impatto che la prima ha sulla seconda, anche alla luce delle proposte di riforma recentemente avanzate dalla Commissione e attualmente all'esame delle altre istituzioni.<sup>1</sup>

Si ripercorrono le diverse fasi delle comunicazioni elettroniche partendo dall'analisi dei fattori che hanno condotto alla liberalizzazione del mercato e all'istituzione di un'autorità di regolazione. La velocità dei cambiamenti del settore, avvenuti in un lasso di tempo relativamente molto breve, aumenta la difficoltà di creare la piena corrispondenza tra *governance* e regolazione. Dinanzi alla rapidità con

---

<sup>1</sup> Si tratta delle proposte COM (2016) 590 final e 591 final con cui si disegna il nuovo assetto del BEREC e un nuovo codice delle comunicazioni elettroniche europeo.

cui le innovazioni tecnologiche trasformano la società, la modifica degli assetti istituzionali e regolamentari appare molto più lenta.

Il secondo capitolo si sofferma sui compiti e sui metodi di lavoro dell'Autorità di regolazione su cui l'Unione europea ha esercitato un'azione determinante; un'importanza fondamentale per il miglioramento dei processi decisionali riveste il patrimonio informativo proveniente dagli *stakeholders*, essenziale per l'elaborazione di una normativa conforme a esigenze e interessi dei destinatari. In tale contesto la consultazione pubblica è divenuto uno strumento indispensabile per il corretto svolgimento dei processi decisionali, nonché requisito essenziale per la legittimazione dell'azione delle autorità. A ciò si accompagnano altri strumenti di *better regulation*, idonei a consolidare l'azione del regolatore all'esterno; tra questi rientra ad esempio l'analisi d'impatto della regolazione, il cui merito è di fornire un quadro dettagliato dei costi e dei benefici derivanti da un determinato provvedimento.

L'accesso a questo complesso d'informazioni non è limitato alla singola autorità nazionale, ma viene ormai condiviso con gli altri regolatori all'interno di sedi specifiche che hanno assunto ormai autonoma rilevanza.

Nel terzo capitolo sono infine esaminate le diverse tipologie di network di autorità che, nate a livello europeo, hanno assunto una dimensione e una strutturazione interna sempre diversa evolvendosi in alcuni casi in agenzie. L'analisi si concentra sulla proposta della Commissione d'istituire un'agenzia decentrata del settore e un nuovo codice europeo delle comunicazioni elettroniche, volto alla realizzazione di un quadro regolamentare uniforme. Malgrado siano trascorsi due anni dall'elaborazione della proposta, il nuovo regolamento e la direttiva sono ancora sottoposti all'esame del legislatore europeo; tali lungaggini procedurali, seppur connesse alle complesse tematiche trattate, dimostrano l'inadeguatezza del meccanismo decisionale rispetto a un mercato interessato da rapidi cambiamenti.

Nel tentativo di riformare il quadro regolamentare, la Commissione ha proposto il rinnovo del BEREC in agenzia decentrata e la predisposizione di un testo consolidato di norme idoneo a definire una disciplina coordinata e armonizzata nella gestione dello spettro e nell'applicazione di misure correttive. Il piano della



*governance* s'intreccia quindi con quello regolamentare, delineando un quadro multilivello che ha sino a oggi funzionato correttamente pur in assenza di un'agenzia. L'oggetto dell'indagine concerne quindi la possibilità di superare la frammentazione dei mercati attraverso la costituzione di un nuovo soggetto, anche alla luce delle esperienze di altri settori.

La presenza di un'infrastruttura a rete, il cui sviluppo è essenziale per assicurare l'utilizzo di tutte le potenzialità di internet a livello universale, costituisce il fulcro della nuova proposta, volta a realizzare entro il 2020 la più ampia digitalizzazione in tutta Europa. L'intenzione di riformare il BEREC sembra tuttavia essere stata accantonata dal Consiglio e dal Parlamento europeo, che apprezzano l'attuale veste dell'Organismo formulando un giudizio positivo sulla funzione di raccordo che esso ha svolto sino a oggi.



## 1. Le caratteristiche del mercato delle comunicazioni elettroniche

### 1.1 L'origine delle comunicazioni elettroniche

Le telecomunicazioni sono state caratterizzate per un lungo periodo da una gestione prevalentemente pubblica<sup>2</sup>, terminata negli anni '90 in seguito alle spinte europeistiche favorevoli all'apertura del mercato ed alla creazione di un ambiente concorrenziale<sup>3</sup>.

La principale giustificazione di una tale modalità di azione è stata rinvenuta nella necessità di garantire l'erogazione universale del servizio di telecomunicazione; la presenza di un'infrastruttura a rete e i costi molto elevati, sia in fase di realizzazione che di manutenzione, rappresentano infatti un ostacolo per l'utenza, specie in quei casi in cui non sia assicurata la remunerazione degli investimenti effettuati<sup>4</sup>. Una volta che il mercato è stato aperto all'ingresso di nuovi operatori, l'intervento pubblico non è del tutto scomparso ma ha semplicemente modificato il proprio modo di agire. Nella

---

<sup>2</sup> Il primo esempio di statalizzazione ha riguardato il servizio postale, antecedente delle telecomunicazioni, la cui copertura fu estesa anche a quei territori in cui gli investimenti erano meno remunerativi. Tale intervento fu ispirato ai principi di matrice liberale che, nell'ultima metà del XIX sec., hanno trovato affermazione con sempre più forza, come ad es. la libertà di corrispondenza e il principio di eguaglianza. Un'ampia trattazione della storia del servizio postale è offerta da V. Visco Comandini *"Economia e regolazione delle reti postali: l'industria della posta fra globalizzazione, innovazione tecnologica e servizio universale"*, Roma, 2003, 383.

<sup>3</sup> Le prime teorie sulla regolazione si sono affermate in America verso la fine del 1800 con la costituzione delle prime agenzie tra cui la Federal Communication Commission. Per un inquadramento storico dell'avvio dei processi di liberalizzazione e privatizzazione dei servizi pubblici, analizzati in una prospettiva comparata si segnala: M. D'Alberti, *"Comparative administrative law and the public regulation of markets in a global age"* in *Comparative administrative law* (a cura di) S. R. Ackerman e P. L. Lindseth, H. Elgar, Northampton, 2010, 63 ss; L. Giani, A. Police, *"Le funzioni di regolazione del mercato"* in F. G. Scoca (a cura di) *Manuale diritto amministrativo*, Torino, 2008; S. Cassese, *"Stato ed economia: le linee di una evoluzione"* in *Appunti per la lectio magistralis* del 24 novembre 2010 Facoltà di Economia dell'Università degli Studi G D'Annunzio, [www.irpa.it](http://www.irpa.it); N. Rangone, *"Le telecomunicazioni"*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo III, Milano, 2003, 2931.

<sup>4</sup> I servizi pubblici a rete e i processi di liberalizzazione sono stati oggetto di un'imponente attività di ricerca e analisi accademica. Si segnalano N. Rangone, *"I servizi pubblici"*, Bologna, 1999; S. Cassese, *"La trasformazione dei servizi pubblici in Italia"*, in *Economia pubblica*, 26/1996, 5-14; M. Clarich, *"Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi"*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 181; E. Bruti Liberati, *"La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale"*, Milano, 2006; G. Napolitano, *"Servizi pubblici e rapporti di utenza"*, Padova, 2001; G. Napolitano, *"Regole e mercato nei servizi pubblici"* Bologna, 2005; S. Cassese, *"La nuova costituzione economica"*, Bari, 2004; C. De Vincenti, A. Vigneri, *"Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità"*, Bologna, 2006.

fase iniziale della liberalizzazione infatti, la presenza di ex monopolisti proprietari di un'infrastruttura altamente costosa rischiava, ove non regolata, di ostacolare la formazione della concorrenza che di tale processo era stata ispiratrice. Il precedente monopolista, che nel caso italiano va identificato in Telecom Italia - proprietaria della rete e fornitrice del servizio - sarebbe stato nelle condizioni di offrire quest'ultimo a prezzi sicuramente più vantaggiosi, anche ricorrendo a colli di bottiglia in grado di disincentivare l'iniziativa di terzi<sup>5</sup>.

Il ricorso alla regolazione è quindi apparso necessario in un contesto che appariva in divenire e che necessitava della predisposizione di principi cardine su cui costruire un nuovo mercato.<sup>6</sup> Ciò ha comportato il passaggio da uno Stato imprenditore a uno regolatore e la rimessione di questa funzione a soggetti terzi e differenti dall'apparato amministrativo statale<sup>7</sup>. La liberalizzazione non ha quindi coinciso con il completo ritiro dello Stato dal mercato ma specie nella fase iniziale ha

---

<sup>5</sup> Il settore delle telecomunicazioni costituiva un vero e proprio monopolio naturale per la cui definizione si rinvia a A. Pera, *"Regolamentazione, efficienza e mercato"*, Roma, 1991, 15; G. Cervigni, M. D'Antoni, *"Monopolio naturale, concorrenza e regolamentazione"*, Roma, 2001, 39.

<sup>6</sup> Analizzando la lettura economica e giuridica è difficile ricavare un significato univoco del termine regolazione cui sono attribuibili accezioni differenti a seconda che si faccia riferimento o meno anche ai pubblici poteri. Talvolta si assiste ad una coincidenza tra il termine regolazione e regolamentazione; sul punto è opportuno far riferimento a N. Greco, *"Costituzione e regolazione"*, Bologna, 2006, 5, secondo cui la regolamentazione è limitata all'adozione delle norme tecniche, adottate in base a processi legislativi specifici, mentre la regolazione attiene a atti di soft law o prassi. Cfr. anche L. Bifulco, C. Donolo, *"Il futuro delle politiche pubbliche"*, Milano, 2006, 80ss., definisce la regolazione come una restrizione intenzionale dell'ambito di scelta nell'attività di un soggetto, operata da chi non è direttamente parte in causa. Per una ricostruzione delle diverse fasi dei processi che hanno condotto alla regolazione prima e alla deregulation poi (che per l'autore rappresenta inutile retorica) cfr. C. De Vincenti, *"L'economia della regolazione: una triangolazione per orientarsi"* in G. Bonifati, A. M. Simonazzi (a cura di), *Il ritorno dell'economia politica. Saggi in ricordo di Fernando Vianello*, Roma, 2010, 200, in cui vengono richiamati due atteggiamenti della regolazione, uno di carattere generale e uno individuale. Il primo concerne le disposizioni di carattere generale o individuale dirette a tutti i soggetti operanti nel mercato. Il secondo riguarda invece la definizione di vincoli o limiti all'attività di un'impresa che opera in condizioni monopolistiche.

<sup>7</sup> Sulla regolazione è stato scritto molto soprattutto tra gli economisti statunitensi. Tra questi G. j. Stigler, *"The theory of economic regulation"* in *Bell Journal of Economics and Management Science*, II, 1971, 3–21; R. A. Posner, *"Theories of Economic Regulation"* *Bell Journal of Economics and Management Science*, 5, 1974, vol. 1, 335–358, S. Peltzman, *"Toward a more general theory of regulation"* in *Journal of Law and Economics*, 2/1976, 211–240. Cfr. A. Pera, cit., Roma, 1991, 13, che attribuisce alla regolamentazione tre distinte accezioni: *regolamentazione economica* (consiste in interventi settoriali volti a controllare le dinamiche di mercato attraverso ad es. il controllo dei prezzi); *regolamentazione sociale*, finalizzata alla riduzione delle disuguaglianze sociali e una terza connessa al riconoscimento allo Stato della duplice veste di imprenditore e regolatore.

dato vita a un corposo apparato di regole, preordinate a garantire il corretto sviluppo delle relazioni tra privati<sup>8</sup>. Tali regole si sono rivelate necessarie in un mondo connotato da una veloce innovazione tecnologica, in cui i mercati come quello della telefonia fissa sono stati surclassati dalla diffusione della rete mobile.<sup>9</sup> L'utilizzo di nuove tecniche di comunicazione ha comportato la revisione dei piani d'investimento delle compagnie telefoniche fisse<sup>10</sup> ed il ricorso a offerte e tariffe sempre più appetibili. Al contempo, l'ampio utilizzo di internet per comunicare e come mezzo ordinario d'informazione, ha portato a ridefinire la distinzione tra telecomunicazione e audiovisivo ora assorbita in un unico concetto, quello di comunicazione elettronica.<sup>11</sup>

Il binomio liberalizzazione/regolazione che ha accompagnato la fase iniziale di apertura del mercato, avrebbe dovuto avere carattere temporaneo lasciando progressivamente spazio alla concorrenza<sup>12</sup>. In una prima fase quindi l'obiettivo di tutti

---

<sup>8</sup> Una riflessione sulla modalità con cui la regolazione è intervenuta nell'autonomia privata è contenuta in L. Torchia, *"La regolazione del mercato e la crisi economica globale"* intervento al convegno Sistema dei controlli e diritto dell'impresa. Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi, Roma, 22 marzo 2011, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre.

<sup>9</sup> La direttiva 96/2/CE, attuata dal D.pr. n.318/97, ha aperto il mercato della telefonia mobile all'ingresso di nuovi operatori. Nel mercato della telefonia fissa invece il processo di apertura è stato più lento; l'installazione e l'esercizio degli impianti di tlc ad uso pubblico in origine è stato affidato alla SIP (d.pr. n. 523/84); successivamente la L. n. 58/92 ha privatizzato la società poi confluita in Telecom Italia S.P.A. che a partire dal 1 gennaio 1998 ha cessato di essere l'unico operatore di telefonia fissa sul mercato; Per una descrizione puntuale dei processi che hanno condotto alla liberalizzazione di entrambi i mercati cfr. R. Zaccaria, A. Valastro, *"Diritto dell'informazione e delle comunicazioni"*, Padova, 2010, 254.

<sup>10</sup> Cfr. Relazione annuale Agcom al Parlamento per l'anno 2001, in [www.agcom.it](http://www.agcom.it); già nel 2001 il mobile registrava un incremento di fatturato di 3 miliardi di euro attestandosi, secondo diverse stime, su una cifra complessiva di 12,6 miliardi di euro: + 31%, rispetto al 1999 confrontato con un fatturato di telefonia fissa superiore ma stabile di 13,7 miliardi di euro. Nella relazione per il 2002, il Presidente pro tempore dell'Agcom sottolineava l'aumento del traffico dati e la rapida crescita dei servizi Internet, prospettando un cambiamento del mercato, in continuo divenire.

<sup>11</sup> Si sofferma sui riflessi della convergenza sul piano normativo G. Morbidelli, F. Donati, *"Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?"*, Torino, 2003, 303. La definizione di comunicazioni elettroniche, è fornita dal d.lgs. 259/2003, (codice delle comunicazioni elettroniche) che all'art. 1, comma 1 le definisce come *"i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse, a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa Internet, le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato"*.

<sup>12</sup> Sulla regolazione in generale e sul suo ruolo R. Baldwin e M.Cave, *"Understanding regulation"*, Oxford, 1999. Ritiene non possa parlarsi di liberalizzazione delle attività economiche F. Bassanini, *"La regolazione intelligente e la qualità delle liberalizzazioni"* in B. Mattarella e A. Natalini, (a cura di) *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, 2013, 5 che ritiene anzi

i regolatori è stato quello di creare un mercato in grado di funzionare autonomamente nel rispetto dei principi antitrust. La creazione della concorrenza funzionale alla tutela dell'utente, ha costituito il fine primario del legislatore europeo, il cui impulso è stato determinante per l'attuazione della liberalizzazione.

Anche l'intervento dell'Unione europea non è andato esente da difficoltà, dovute all'assenza di una base giuridica idonea a spiegare tale azione nelle telecomunicazioni, come invece richiesto dal principio di attribuzione. Nella fase iniziale quindi, la giustificazione all'ingerenza sovranazionale è stata rinvenuta nella tutela della concorrenza e nel funzionamento del mercato interno richiamati dall'art. 86 TCE, autorizzando il ricorso da parte della Commissione ad atti di liberalizzazione<sup>13</sup>. Le direttive di prima generazione hanno dato il via a una nuova fase d'intervento nel mercato da parte dei governi nazionali, avvenuta attraverso l'istituzione di autorità di regolazione spesso distinte dall'apparato amministrativo e sicuramente indipendenti dagli operatori economici.

Una volta che la concorrenza è riuscita ad affermarsi nei diversi mercati, l'azione regolamentare è continuata, spinta dalla necessità di tutelare nuovi bisogni. La seconda e la terza fase delle comunicazioni elettroniche segnano l'avvio di una nuova regolazione che non assume più veste pro-concorrenziale ma si spinge a tutelare principi nuovi come la neutralità tecnologica, che comporta l'assoggettamento a una sola disciplina di tutte le reti idonee a fornire servizi di comunicazione elettronica<sup>14</sup>.

---

che le politiche di privatizzazione mal intraprese e disorganizzate abbiano pregiudicato la piena attuazione della liberalizzazione. Per una disamina dei rapporti tra regolazione e concorrenza, L. Prosperetti, *"I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza"*, Mercato concorrenza e regole, 2/2002, Bologna, 277-284; D.J. Gerber, *"Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus"*, Oxford University Press, 1998, 228.

<sup>13</sup> Per un excursus delle prime fasi di apertura del mercato cfr. F. Bassan, *"Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche"*, Torino, 2002; R. Perez, *"Telecomunicazioni e Concorrenza"*, Milano, 2002; M. Clarich, G.F. Cartei, *"Il codice delle comunicazioni elettroniche"*, Milano 2004; Nella letteratura straniera: P. Nihoul, P. Rodford, *"EU Electronic Communications Law, Competition and Regulation in the European Telecommunications Market"*, New York, 2004; Livang Hou, *"Competition law and regulation in the EU Electronic communication sector. A comparative legal approach"*, Oxford, 2012, per una disamina specifica della procedura delineata nella direttiva quadro 2002/21/CE.

<sup>14</sup> Con decreto legge n. 70 del 2012 l'Italia ha recepito la direttiva europea del 2009, modificando il codice delle comunicazioni elettroniche. È stato introdotto il principio di neutralità tecnologica con cui si consente l'uso delle frequenze dello spettro per diverse tecnologie secondo quanto previsto dal piano nazionale di assegnazione delle frequenze nazionali. L'obiettivo indicato nella direttiva 2009/140/UE è

Con le direttive del 2002,<sup>15</sup> questa volta adottate sulla base degli art. 95 TCE e 251 TCE, si sono compiuti i primi passi per la diffusione della tecnologia digitale anche a livello europeo, prendendo atto delle innovazioni introdotte dalla convergenza di reti e servizi.<sup>16</sup> Quest'ultime sono state recepite nel codice delle comunicazioni elettroniche adottato nel 2003, con cui il nostro ordinamento si è adeguato, almeno formalmente, alle richieste dell'UE lasciando fuori la disciplina dei contenuti editoriali.<sup>17</sup>

Il pacchetto regolamentare adottato nel 2009 prende atto dell'intervenuta convergenza sancendo l'importanza d'internet e il conseguente diritto di essere connesso.<sup>18</sup> Si apre così la terza fase delle comunicazioni elettroniche<sup>19</sup>, in cui

---

infatti quello di *“aumentare la flessibilità dell'accesso allo spettro radio e della sua gestione mediante autorizzazioni neutrali dal punto di vista tecnologico e dei servizi per permettere agli utilizzatori dello spettro di scegliere le tecnologie e i servizi migliori per le bande di frequenze dichiarate a disposizione dei servizi di comunicazione elettronica nei pertinenti piani di assegnazione delle frequenze nazionali conformemente al diritto comunitario”*.

<sup>15</sup> Direttiva 2002/21CE (direttiva quadro) del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 che ha istituito un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica; direttiva 2002/20Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 (direttiva autorizzazioni) relativa alle autorizzazioni per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica; direttiva 2002/19/Ce del 7 marzo 2002 (direttiva accesso) del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica ed alle risorse correlate ed all'interconnessione delle stesse; direttiva 2002/22/Ce del 7 marzo 2002 (direttiva servizio universale) del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica; direttiva 2002/58/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

<sup>16</sup> Cfr. F. Donati, *“L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni elettroniche”*, Torino, 2007, 11, secondo cui il concetto di convergenza era usato già dalla L. 249/1997, con cui l'Agcom è divenuto titolare di poteri di intervento sia nel settore radiotelevisivo che delle telecomunicazioni e dall'art. 117 della Costituzione, che attribuisce allo Stato la competenza per la costruzione di un unico ordinamento delle comunicazioni.

<sup>17</sup> I contenuti editoriali sono stati disciplinati dalla direttiva 89/552/CEE e successivamente dalla direttiva 97/36/CE. Sul piano nazionale la L. 112 del 2004 (legge Gasparri) ha introdotto una disciplina anticoncentrazione volta a impedire che un soggetto, già presente sul mercato delle tlc con una quota superiore a quella rilevante, possa controllare anche il mercato audiovisivo o editoriale; tale disciplina è prevalente sul codice delle comunicazioni elettroniche in forza del criterio di specialità. Sul punto Cfr. F. Donati, Torino, cit. 20 ss. critica l'intervento normativo con cui le frequenze radiotelevisive sono state sottratte alle regole della concorrenza e del mercato, in nome dei principi di pluralismo informativo e uso efficace delle radiofrequenze.

<sup>18</sup> Con riferimento al rapporto dialettico tra diritto e tecnologia Cfr. M. Sbrescia, *“Le comunicazioni elettroniche tra tecnologia e regolazione”*, Riv. It. dir. Pub. Com., 5/2011, 1216; A. Stazi, *“Mercati emergenti fra concorrenza tecnologica e concorrenza, il caso della televisione in mobilità”*, Milano, 2006, 10, distingue convergenza tecnologica e funzionale riferendo tale ultima accezione *“alla possibilità per ogni tecnologia di veicolare segnali e servizi appartenenti anche a settori diversi rispetto a quelle per le quali l'infrastruttura era stata allestita”*. Dati diversi possono essere trasmessi senza necessità di

l'intervento regolamentare cede il passo all'autonomia dei mercati e l'armonizzazione normativa diviene uno dei principali canali per l'uniformità dei mercati nazionali.

L'intervento di ben tre direttive in meno di dieci anni non deve suscitare sorpresa, ove si consideri la progressiva e imprevedibile diffusione che internet ha avuto nelle nostre vite, determinando l'aumento della domanda di servizi da garantire sul piano universale. Dinanzi a una novità così dirompente, infatti, l'Europa non poteva astenersi dall'adottare interventi che, pur non penetranti, hanno dettato una scala gerarchica tra le priorità da salvaguardare. Il principio di neutralità della rete, concetto nuovo nella realtà europea, ha assunto sempre maggiore importanza e ha richiesto la predisposizione di regole in grado di consentire l'accesso veloce a internet indipendentemente dal contenuto o dalla tipologia di dato.<sup>20</sup>

## 1.2 L'evoluzione delle tecnologie e l'avvento di Internet

Internet si è affermato come strumento di informazione e comunicazione, grazie all'introduzione di nuove tecnologie che consentono la condivisione e il trasferimento di un complesso numero di dati di varia tipologia (audio, video). I vantaggi derivanti dall'utilizzo della rete hanno richiesto l'implementazione della velocità di trasferimento del dato così da non compromettere la qualità del segnale trasmesso<sup>21</sup>.

---

cambiare l'apparecchio e l'utente può in tal modo interagire con la risorsa che si adegua alle sue esigenze. Quella che nasce come convergenza tecnologica diviene così economica, determinando la modifica nella strategia da parte delle imprese.

<sup>19</sup> Essa si compone di due direttive (2009/136/Ce e 2009/140/Ce), un regolamento (Ce n. 1211/2009) e prevede l'adozione di una ulteriore raccomandazione da parte della Commissione. La direttiva 2009/140/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, approvata il 25 novembre 2009, apporta modifiche e integrazioni alle direttive 2002/21/Ce, 2002/19/Ce e 2002/20/Ce. La direttiva 2009/136/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 reca, invece, modifiche della direttiva 2002/22/Ce, della direttiva 2002/58/Ce e del regolamento (Ce) n. 2006/2004. Il Regolamento (Ce) n. 1211/2009 del Parlamento Europeo e del consiglio del 25 novembre 2009 istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (Berec) e l'Ufficio mentre La raccomandazione ha ad oggetto l'accesso alle reti di nuova generazione (Next Generation Networks).

<sup>20</sup> Cfr. F. Macaluso, R. Baratta, G. Napoli, *"La neutralità della rete tra regolazione e concorrenza"* in *Dir. Comm. Intern.*, n. 2/2011, 405.

<sup>21</sup> Cfr. C. Cambini, P. Ravazzi, T. Valletti, *"Regolamentazione e mercato nelle telecomunicazioni"* Bologna, 2000, 19, descrive le tecniche di trasmissione dei dati: in quelle via cavo le informazioni viaggiano attraverso cavi che richiedono spazi e costi imponenti.



Alla rete in rame si sta progressivamente sostituendo la fibra ottica, i cui costi di realizzazione e manutenzione sono tuttavia molto alti, fattore questo che rischia di porre un *trade-off* tra innovazione e concorrenza.<sup>22</sup> Il rischio è che solo gli operatori più forti, normalmente ex monopolisti, siano posti nelle condizioni di innovare la rete: essi potrebbero quindi decidere di non procedervi ove ritengano non adeguatamente remunerativo l'investimento, oppure realizzarla imponendo poi ampi costi di accesso agli operatori al dettaglio.

La realizzazione delle connessioni ad alta velocità e la riduzione del divario digitale, sono i principali obiettivi dell'Agenda digitale europea per la creazione di un Digital Single Market.<sup>23</sup> Le reti di nuova generazione rappresentano infatti il presupposto per garantire l'accesso universale ad internet, oggi ostacolato da importanti differenze digitali, favorite da fattori demografici e geografici<sup>24</sup> (ad esempio le zone rurali e con un'età media piuttosto elevata risultano poco appetibili per le imprese che rischiano di non ottenere adeguata remunerazione dagli investimenti effettuati).

Il regolatore ha quindi l'arduo compito di trovare strumenti idonei a contemperare le esigenze di innovazione con quelle di tutela della concorrenza, garantendo al contempo l'erogazione di un livello adeguato di servizi, tra le quali va ricompreso anche l'accesso ad internet. Di recente inoltre la regolazione ha dovuto fare i conti con l'affermazione degli OTT (*over the top*), figure nuove che, prive di una propria infrastruttura, usufruiscono della rete IP per fornire contenuti audio, video e voce, sostitutivi di quelli forniti dagli OLO (*Other Licenced Operator*) o dall'*incumbent*, ex monopolista. Essi rappresentano un fenomeno peculiare che da un lato danneggia

---

<sup>22</sup> La fibra ottica rientra tra le tecniche di trasmissione via cavo ed è senz'altro la più potente sia in termini di velocità che di capacità di trasporto. Vi sono anche tecnologie che non richiedono la presenza di un cavo ma si avvalgono dell'etere o dello spazio (tecnologia wireless) più esposte alle interferenze dettate dall'assenza di una infrastruttura protettiva. Tra queste rientrano il 3g, il 4g, il 5g (reti mobili che permettono all'utente di spostarsi e continuare ad usufruire ininterrottamente del servizio, grazie alla possibilità di connessione ad un'antenna di volta in volta differente) e il WiFi (connessione fissa).

<sup>23</sup> Il Digital Single Market è un mercato in cui è garantita la libera circolazione di merci servizi e capitali ed in cui individui ed imprese possono accedere ed avvalersi di servizi on line in condizioni di concorrenza leale (*fair competition*) e di tutela di consumatori e dei dati personali. Cfr. Commissione europea, 6 maggio 2015 (COM), 192.

<sup>24</sup> Cfr. Relazione annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro dell'Agcom per l'anno 2012, [www.agcom.it](http://www.agcom.it).

gli operatori di comunicazione elettronica ma dall'altro fornisce ineguagliabili vantaggi all'utente. Gli OTT offrono infatti servizi ad accesso gratuito, senza soggiacere ad alcun regime normativo, diversamente dai tradizionali operatori di comunicazione, ottenendo così importanti guadagni grazie alla pubblicità. Il miglioramento della velocità trasmissiva, in assenza di un complesso di regole loro applicabili, sfavorirebbe quindi gli operatori tradizionali, che attraverso i loro investimenti procurerebbero degli indebiti vantaggi agli over the top.

L'accesso libero alla rete risponde ormai anche ad un obiettivo giuridico, poiché internet ha assunto un'importanza tale da aprire una riflessione sulla concepibilità di un diritto di connessione.<sup>25</sup> Si avverte in particolare, la necessità di creare un complesso di regole che tuteli l'accesso alla rete di tutti gli utenti, a prescindere dalla tipologia di dato o informazione chiamata a circolare.<sup>26</sup> Lo sviluppo di una rete veloce, in grado di veicolare un quantitativo enorme di dati e contenuti senza necessità di operare restrizioni, si lega però al tema della gestione dello spettro,<sup>27</sup> e alla scarsità di frequenza da cui lo stesso è composto.<sup>28</sup> L'individuazione delle frequenze e il riparto

---

<sup>25</sup> Cfr. G. De Minico, *"Diritti, regole e Internet"*, 2/2011 in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).

<sup>26</sup> Cfr. K. Maniadaki, *"Eu competition law regulation and the internet, the case of the net neutrality"*, USA, 2015, 13ss, per una riflessione sulla neutralità della rete e sui tentativi dell'Unione europea di proteggerla.

<sup>27</sup> La gestione del traffico di Internet è riconosciuta a un organismo internazionale non governativo, l'ICANN composto da 16 stati membri e responsabile dell'assegnazione degli spazi per gli indirizzi IP e della gestione del sistema dei domini. Gli indirizzi IP attribuiti non sono altro che codici numerici tradotti in DNS (Domain Name System) che rendono possibile la navigazione attraverso la mera digitazione del nome del sito da raggiungere. Sul punto cfr. B. Carotti, *"L'Icann e la governance di internet"*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 2006, 681 ss., analizza l'applicazione del diritto amministrativo in una realtà che dovrebbe invece essere governata dal diritto internazionale, per colmare le aporie del settore. Vv. F. Musiani, L. Derrick, L. Cogburn, L. Denardis, *"The turn to infrastructure in internet governance"*, Londra, 2016, fornisce un quadro delle possibili evoluzioni della governance di Internet alla luce della transnazionalità e del suo ampio utilizzo. Per un approfondimento dei contratti di gestione del sistema di denominazione e numerazione su Internet cfr. L. Bygrave, *"Internet governance by contract"* Oxford, 2015, 50-75.

<sup>28</sup> Si sofferma sullo spettro radiofrequenziale S. Mannoni, *"La regolazione delle comunicazioni elettroniche"*, Bologna, 2014, 100. Due le tesi richiamate sulla gestione dello spettro: la tesi del command and control, che attribuisce allo Stato il compito di procedere in via esclusiva alla gestione dello spettro attraverso l'assegnazione delle frequenze tramite asta pubblica e la loro destinazione ad usi vincolati; la teoria di Coase e dei property rights che attribuisce alle frequenze il carattere della commerciabilità rendendo superfluo il controllo dirigitico in presenza di un mercato funzionante. In tal caso l'allocazione delle risorse scarse è garantita dallo scambio tra chi dispone di più frequenze rispetto al necessario e chi invece è disposto a pagare per ottenerle.

delle stesse agli Stati è rimesso all'ITU, un organismo internazionale,<sup>29</sup> e solo successivamente ogni Stato procede in autonomia al riparto e all'assegnazione delle frequenze di cui è titolare tra i vari richiedenti. La scarsa disponibilità di frequenze si pone in contrasto con una crescente domanda di loro utilizzo e destinazione, la cui gestione è rimessa, per gli specifici usi individuali, esclusivamente agli Stati membri<sup>30</sup>. La possibilità di offrire servizi altamente innovativi e di qualità attraverso tecnologie nuove come il 5G, richiede però la liberazione di porzioni di frequenza maggiori e si scontra con gli interessi degli attuali titolari di diritti, spesso operatori dell'audiovisivo. L'azione della Commissione europea si è quindi concentrata proprio sulla liberazione delle frequenze 800 MHz e 700 MHz, ad oggi assegnate agli operatori dell'audiovisivo,<sup>31</sup> così da destinarle allo sviluppo del 5G. Tale possibilità, per essere efficacemente attuata, richiede una politica di gestione coordinata a livello europeo, così da consentire lo sviluppo della nuova tecnologia su tutto il mercato interno. Ciò postula però il superamento delle logiche individuali degli Stati, che considerano la gestione dello spettro una competenza esclusiva propria.

Se la gestione dello spettro rimessa a un organismo europeo sembra di difficile realizzazione, anche se tale possibilità è emersa nella nuova proposta della Commissione europea, alcuni passi avanti stanno per essere fatti con riguardo alla regolamentazione degli OTT, a tutela degli operatori di comunicazione elettronica<sup>32</sup>. I

---

<sup>29</sup> Oltre all'ITU, che in ambito internazionale definisce i criteri da osservare nell'utilizzo delle onde radio, è stato costituito con decisione 2002/622/CE il Gruppo per la politica dello spettro radio che fornisce assistenza all'UE nello sviluppo della politica dello spettro. Questo non ha competenze decisionali ma consultive ed è composto da rappresentanti delle autorità amministrative competenti dei diversi Stati (nel caso dell'Italia vi partecipano sia un rappresentante dell'Agcom che del MISE).

<sup>30</sup> Le bande di frequenza di cui si compone sono distinte per copertura e capacità trasmissiva e sono assegnate non casualmente ma in base alla tipologia di servizio da fornire; più alte e larghe sono le bande assegnate, maggiore è la qualità del segnale trasmesso ed il numero di informazioni che su di esse possono viaggiare. Le tecnologie wi-fi o anche quelle più semplici come il telefono cordless, o le reti televisive, si avvalgono di porzioni di banda di frequenza che vengono assegnate, proprio in quanto risorsa naturale limitata, sulla base di un sistema di licenze che nel nostro ordinamento è in parte gestito dal MISE, in parte dall'Agcom.

<sup>31</sup> Cfr. COM, 6 maggio 2015, *"A digital Single market strategy"*. L'obiettivo della strategia digitale elaborata dalla Commissione europea è di creare un mercato competitivo basato su reti e servizi veloci ed efficienti, promuovendo l'innovazione.

<sup>32</sup> Cfr. G. Balboni, G. Ciccarella, C. Ghibauda, *"La cooperazione tra OTT e Telco"*, Notiziario tecnico 3/2015, 36; descrive il passaggio dalla competizione tra alcune Telco e gli OTT alla cooperazione, attraverso il ricorso a modelli di prestazione differenziata in base ai servizi offerti (es. le offerte di telefonia che prevedono l'inclusione negli abbonamenti anche di servizi offerti degli over the top); il

maggiori ostacoli all'imposizione di una disciplina degli *over the top* risiedono nel carattere obsoleto della definizione di "servizio di comunicazione elettronica", che ruota attorno al concetto di rete di trasmissione escludendo dalla sua applicazione i soggetti che, pur fornendo servizi equivalenti a quelli di comunicazione elettronica, non si avvalgono della rete<sup>33</sup>. Il superamento del concetto di rete di trasmissione come base per la definizione delle comunicazioni elettroniche, costituisce quindi un presupposto essenziale per il superamento di certe difficoltà che ostacolano gli investimenti.<sup>34</sup>

La proposta della Commissione si concentra quindi sulla predisposizione di una disciplina basata sui servizi e sui contenuti e non più sulla struttura, così da ricomprendere anche gli OTT nell'ambito di applicazione del nuovo codice europeo.

### 1.3 La net neutrality

La possibilità di accedere a dati di differenti tipi, ha consolidato l'importanza del principio di neutralità della rete, rapidamente diffusosi dagli Stati Uniti nell'ordinamento europeo; ha preso piede così una cultura di accesso a internet che privilegia la condivisione libera e veloce dei dati<sup>35</sup>. Il principio di neutralità della rete

---

modello di cooperazione permette all'utente di testare la qualità di connessione offerta dalla Telco, beneficiando così dei contenuti. Nello stesso numero G.B. Amendola, E. Giuntoli, D. Roffinella, *"Le regole del gioco, l'evoluzione dello scenario regolamentare"* in *Notiziario tecnico*, n. 3/2015, 39ss secondo cui gli sforzi della Commissione europea non dovrebbero concentrarsi sull'estensione delle regole dalle Telco agli OTT ma sulla riduzione del complesso di vincoli imposti alle imprese.

<sup>33</sup> Cfr. Report del BEREC, BoR (15) 142, del 1 ottobre 2015, che definisce gli OTT come *"content, a service or an application that is provided to the end user over the open Internet"* sottolineando la necessità di rivedere la definizione di servizi di comunicazione elettronica ricomprendendo così anche i servizi forniti dagli OTT. Il Berec pone l'accento anche sulle differenze semantiche esistenti sul piano interno, che determinano un diverso inquadramento degli OTT (in alcuni Stati, ad es. I servizi forniti da hotmail vengono considerati come electronic communication service).

<sup>34</sup> Cfr. G. Amendola, *"Le regole del gioco"* cit., 36, propone il superamento della nozione di servizi di comunicazione elettronica, basato sull'attività di trasporto delle informazioni, con quella di servizio di comunicazione digitale, che si concentra sulla fornitura del servizio anche a distanza e che permetterebbe l'estensione della regolazione anche agli OTT. L'autore mette tuttavia in guardia circa la necessità di ridurre il numero di regole, così da limitare drasticamente il peso regolamentare sul settore.

<sup>35</sup> Sugli effetti delle nuove tecnologie rispetto all'assetto delle libertà economiche previste dalla nostra Costituzione G. De Minico, *"Net neutrality come diritto fondamentale di chi verrà"*, in *www.Costituzionalismo.it* 1/2016, 1-40; F. Dell'Aversana, *"Le libertà economiche in internet: competition, net neutrality e copyright"* Roma, 2014, 296; sulla regolazione europea e la neutralità della rete K Maniadaki, *"Eu competition law, regulation and Internet, the case of net neutrality"*, Aspen, 2014; P.

comprende al suo interno significati ulteriori rispetto a quello di non discriminazione, tra cui il divieto di limitazione all'accesso da parte degli *access provider*. La trasmissione dei contenuti deve avvenire nel rispetto della regola del *zero price rule*, deve cioè essere gratuita, salva la sussistenza di ragioni eccezionali. Oltre agli *internet service provider*, negli ultimi anni anche i *content provider* come Google hanno assunto sempre più importanza, determinando l'inversione del processo di dipendenza; i fornitori di contenuti sono infatti in grado di indirizzare le scelte e i comportamenti degli *internet services providers*, che si trovano a dovere adattare le loro decisioni ai comportamenti dei primi. Queste pratiche di gestione del traffico sono state sino ad oggi tollerate dall'UE, rimettendo alle ANR l'esercizio di poteri di controllo del comportamento degli operatori.<sup>36</sup> L'imposizione di regole che richiedono il rispetto del principio di neutralità, non risolve le differenze di carattere infrastrutturale che esistono tra i diversi Stati e che rappresentano un ostacolo alla sua piena realizzazione. L'azione delle ANR, sotto la spinta del BEREC che ha anche emanato delle linee guida<sup>37</sup>, si rivela quindi fondamentale per garantire lo sviluppo infrastrutturale e tecnologico,<sup>38</sup> immanente nella qualificazione democratica della società in ragione della sua funzionalizzazione alla realizzazione delle libertà di informazione e manifestazione del pensiero. La neutralità della rete rappresenta quindi il principio cardine per la cui tutela è stato emanato il regolamento 2015/2120/UE, che ha abolito il roaming internazionale, così da garantire la libera navigazione indipendentemente dalla collocazione geografica europea. Dal 15 giugno 2017 infatti il regolamento europeo ha imposto l'introduzione del principio *Roaming-like-at-home*, che consente a tutti i

---

Nihoul, P. Rodford, *"EU Electronic communication law"* Oxford, 2014; L. Belli, P. De Filippi *"Net neutrality compendium"*, Oxford, 2016.

<sup>36</sup> Cfr. direttiva 2009/136/UE, *"Servizio universale"*, considerando 34, pur affermando il principio di qualità del servizio di accesso, consente in determinati casi la definizione, da parte degli operatori, *"di procedure di misurazione e controllo del traffico su un collegamento alla rete onde evitare che esso sia utilizzato fino alla saturazione o oltre i limiti di capienza, con conseguente congestione e calo delle prestazioni"*.

<sup>37</sup> Bor (16) 127, *"Berec Guidelines on implementation by national regulators of European net neutrality rules"*, 30 Agosto 2016,.

<sup>38</sup> Cfr. M. Orofino, *"La declinazione della net neutrality nel Regolamento europeo 2015/2120. Un primo passo per garantire un internet aperta?"* in *Federalismi.it*, 2/2016, 24; ma anche G. De Minico, *"Net neutrality come diritto fondamentale di chi verrà"*, 1/2016, 1 – 36, *Costituzionalismo.it*, in cui si affronta la questione di chi debba porre la regola imperativa della net neutrality, verso chi e con quali contenuti.

cittadini dell'Unione Europea di accedere ad Internet e chiamare in tutti gli Stati membri alle stesse condizioni tariffarie in vigore nel proprio Paese senza spese aggiuntive. Tale possibilità costituisce un ulteriore passo verso la piena realizzazione della net neutrality che sino a quel momento era legata all'esistenza di specifici confini nazionali.

Tuttavia, un paragone tra la realtà europea e americana, consente di percepire le differenze sostanziali che ancora persistono nelle modalità di accesso alla rete; rispetto al modello statunitense, in cui la navigazione libera e gratuita attraverso il collegamento a reti wifi pubbliche rappresenta la norma, in Europa molte realtà territoriali non conoscono questa possibilità o non hanno addirittura la disponibilità di rete necessaria per consentire la navigazione a più utenti contemporaneamente.

L'adozione di direttive o regolamenti che impongono la realizzazione del principio di neutralità, non è quindi sufficiente in presenza di infrastrutture carenti o non idonee alla sua attuazione. La vera sfida della regolazione sta quindi nell'individuare il giusto bilanciamento tra investimento e tutela della concorrenza, ferma la necessità di disporre delle risorse economiche adeguate per sostenere, almeno nella fase iniziale, degli investimenti di questo tipo.

#### 1.4 Reti infrastrutture ed investimenti

La liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni, ha consentito l'ingresso di nuovi operatori e ha favorito lo sviluppo tecnologico.<sup>39</sup> Quest'ultimo, ove autonomamente raggiunto, consente un più veloce affrancamento dall'operatore dominante, a beneficio quindi anche degli utenti finali.<sup>40</sup> La proprietà dell'infrastruttura è rimasta però per anni in capo a Telecom Italia, individuato come operatore responsabile della fornitura del servizio universale, in base alla convinzione

---

<sup>39</sup> Cfr. A. De Stree, *"Principles of EU electronic communications framework"*, Atti del seminario del 24 ottobre 2016, Florence school of regulation, secondo cui i fallimenti del mercato, il progresso tecnologico, la convergenza e la tutela della concorrenza costituiscono fattori determinanti della liberalizzazione e non loro consanguineità.

<sup>40</sup> Sugli effetti delle nuove tecnologie sulla concorrenza cfr. P. Manacorda, *"I nodi delle reti, Infrastrutture mercato e interesse pubblico"*, Firenze, 2010, 333.

che solo il proprietario della rete fosse in grado di garantirlo poiché in possesso degli strumenti necessari.

Una delle principali accuse che viene mossa alla liberalizzazione è di non essere stata accompagnata dalla deregolazione del settore<sup>41</sup>; al contrario ogni Stato membro, nel tentativo di difendere i propri confini e le superiori esigenze nazionali, ha dettato un proprio complesso di regole, spesso senza tener neanche conto di quanto fissato dalla Commissione europea nelle sue raccomandazioni, sfruttando al massimo i propri margini di autonomia, a danno della formazione di un mercato unico.<sup>42</sup> Tuttavia, i diversi regimi regolamentari vanno considerati anche una conseguenza delle differenti situazioni infrastrutturali e culturali, e legati alla difficoltà di garantire l'adeguata copertura del servizio universale.<sup>43</sup>

L'investimento nella realizzazione di reti di nuova generazione rappresenta una via d'uscita alla frammentazione dei mercati, ma richiede la predisposizione di regole in grado di prevenire comportamenti scorretti degli operatori e definire incentivi adeguati alla realizzazione di interventi di sviluppo. In questi casi quindi, la regolazione assume una veste nuova che non è più pro-concorrenziale, ma connotata dalla realizzazione di obiettivi di più ampio respiro, volti a garantire la piena definizione del diritto alla navigazione libera. L'importante però è che la predisposizione di specifiche misure avvenga in modo equilibrato e non sia superflua, nel senso di non intervenire in mercati già connotati da un sufficiente livello di sviluppo.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Sul rapporto tra liberalizzazione e regolazione cfr. B. Mattarella, N. Irti, *“La regolazione intelligente”*, Firenze, 2013, 46. La liberalizzazione non ha coinciso con la deregolazione poiché la connotazione di monopolio naturale del mercato delle telecomunicazioni ha fatto ritenere indispensabile l'azione del regolatore. Sul punto anche S. Cassese, *“La liberalizzazione delle tlc”* in S. Cassese e F. Bonelli, (a cura di) *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 1999, 7ss. ritiene che la semplificazione sia ostacolata dai vincoli burocratici imposti alle imprese che hanno appesantito l'intervento amministrativo nella loro attività.

<sup>42</sup> In senso contrario P. Parcu, *“Verso la riforma del quadro regolamentare europeo: la consultazione della Commissione sul futuro delle comunicazioni elettroniche” Osservatorio comunicazioni Arel, 2/2015, 12*, accoglie una valutazione positiva della regolazione delle comunicazioni elettroniche.

<sup>43</sup> Per un approfondimento delle ragioni di frammentazione N. Rangone, *“Verso la riforma del quadro regolamentare europeo, la consultazione della Commissione sul futuro delle comunicazioni elettroniche” Osservatorio comunicazioni, quaderni Arel, 2015, cit., 25*; N. Rangone, *“Comunicazioni elettroniche”*, in S. Cassese, (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico Vol. II*, Milano, 2006, 1101-1110.

<sup>44</sup> Sul rapporto tra regolazione ed investimenti D. Bauknecht, *“Incentive regulation and network innovation”*, presentazione terza conferenza annuale CRNI, Bruxelles, 2010.

Le direttive del 2002 e del 2009, hanno così riconosciuto alle ANR la possibilità di prevedere due tipologie di misure correttive dei mercati all'ingrosso, volte a evitare il consolidamento di posizioni dominanti da parte dell'ex monopolista. Si tratta di una serie di rimedi tipici (tra cui gli obblighi di separazione contabile e di separazione funzionale della rete per le imprese verticalmente integrate come Telecom Italia) e asimmetrici, con cui le autorità sono poste nelle condizioni di riequilibrare il mercato in relazione alle specifiche esigenze nazionali, rispetto alla posizione assunta da uno o più operatori.<sup>45</sup> Tali strumenti costituiscono *"il livello massimo di misure ex ante imponibili alle imprese dominanti"* (considerando IX della direttiva accesso), ma richiedono una valutazione di proporzionalità e necessità, soggetta peraltro alla preventiva notifica alla Commissione e dal 2009 anche al BEREC. La predisposizione di rimedi di tal genere da parte dell'Autorità deve quindi fare i conti con la lentezza dei processi regolamentari, che pregiudica l'efficacia preventiva della sua azione, intervenendo spesso in momenti successivi rispetto a quando si manifesta l'effettiva necessità. Una maggiore attenzione alle esigenze della collettività, imporrebbe inoltre la contestuale previsione di strumenti idonei a diffondere la cultura digitale e a ridurre le aree di scarsa remunerazione per gli operatori.<sup>46</sup>

### 1.5 Condizioni di accesso ed uso delle frequenze

L'apertura delle comunicazioni elettroniche ha riguardato in primo luogo i mercati al dettaglio, cioè quelli in cui il servizio di comunicazione costituisce l'oggetto dell'offerta; ai sensi della raccomandazione della Commissione europea sull'individuazione dei mercati rilevanti, quelli al dettaglio rappresentano infatti il

---

<sup>45</sup> Nel codice delle comunicazioni elettroniche, D. Lgs. n. 259/2003, il riferimento agli obblighi di separazione contabile è contenuto agli art. 48-50. L'obbligo di separazione funzionale introdotto dalla direttiva del 2009, prevede invece la separazione dell'attività all'ingrosso da quella al dettaglio, attuabile anche su base volontaria (art.13 ter); si tratta di un rimedio di carattere residuale, cui l'autorità può ricorrere solo ove tutti gli altri (trasparenza, non discriminazione, separazione contabile, accesso alle risorse di rete e controllo dei prezzi) non siano risultati soddisfacenti.

<sup>46</sup> Sul rapporto tra investimenti nella realizzazione di reti a banda larga e ultralarga cfr. P. Koutronpis, *"The economic impact of broadband on growth: A simultaneous approach"* in Telecommunications policy, 33/2009, 471-485. Sugli investimenti per la realizzazione di infrastrutture digitali cfr. A. Preto, *"Accesso alla rete fissa 2010-2012: Il Consiglio di Stato conferma la metodologia Agcom"* in [www.Corrierecomunicazioni.it](http://www.Corrierecomunicazioni.it), 12/2015.



punto di riferimento per la verifica dell'effettiva concorrenzialità dei mercati all'ingrosso e l'eventuale imposizione degli obblighi regolamentari ex ante. L'assenza della concorrenza nei mercati al dettaglio si considera infatti un riflesso della posizione dominante detenuta in quello all'ingrosso, tale da determinare la formazione di colli di bottiglia. La fornitura del servizio di comunicazione non può effettivamente prescindere dall'accesso alla rete, la cui proprietà è spesso rimessa a soggetti presenti anche nel mercato al dettaglio. La previsione degli obblighi di accesso e interconnessione, ai sensi della direttiva europea 2002/19/CE dell'art. 49 del codice delle comunicazioni elettroniche, si giustificano quindi alla luce dei costi e delle difficoltà connesse alla duplicazione della rete ed alla indefettibilità della stessa per la corretta esecuzione del servizio. Il proprietario della rete è quindi obbligato, ove l'Autorità lo imponga, a garantire l'accesso a tutti gli OLO che ne facciano richiesta alle condizioni dalla stessa predeterminate. Tale obbligo persegue tuttavia anche un altro fine, insito nel carattere neutrale che deve assumere rispetto alle future tecnologie, e cioè l'innovazione della rete. Si vuole evitare infatti, che la previsione di obblighi di accesso possa influenzare negativamente lo sviluppo delle reti, cosa che potrebbe verificarsi ove venisse configurato appositamente per una specifica tecnologia.

Alla disciplina dell'accesso l'Unione Europea ha dedicato un'apposita direttiva, la 2002/19/CE<sup>47</sup> recepita dal codice delle comunicazioni elettroniche (Capo III, art. 40 ss.) che ne rimette all'Agcom l'ulteriore definizione. Oltre a incidere sull'operatore, tale obbligo limita la libertà delle autorità, tenute a applicarlo nei soli casi in cui un rifiuto all'accesso sia suscettibile di ostacolare la concorrenza e pregiudicare l'utente finale<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> L'art. 2 lett. a) della direttiva definisce l'accesso come possibilità per un'impresa di accedere ai servizi di un'altra a determinate condizioni, su base esclusiva o non esclusiva, ai fini di fornire servizi di comunicazione elettronica. Il concetto comprende: l'accesso agli elementi della rete e alle risorse correlate, che può comportare la connessione di apparecchiature con mezzi fissi o non fissi (ivi compreso in particolare l'accesso alla rete locale oltre alle risorse e ai servizi necessari per fornire servizi tramite la rete locale); l'accesso all'infrastruttura fisica, tra cui edifici, condotti e piloni; l'accesso ai pertinenti sistemi software, tra cui i sistemi di supporto operativo; l'accesso ai servizi di traduzione del numero o a sistemi che svolgano funzioni analoghe; l'accesso alle reti fisse e mobili, in particolare per il roaming; l'accesso ai sistemi di accesso condizionato per i servizi di televisione digitale, l'accesso ai servizi di rete virtuale.

<sup>48</sup> Cfr. F. Marini Balestra, *"Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche"*, Padova, 2013, 163, ritiene questi due requisiti idonei a dimostrare la massimizzazione del benessere sociale.

Ferma la libertà delle parti di negoziare le condizioni di accesso attraverso veri e propri accordi nel rispetto del principio di non discriminazione, resta in capo all'autorità il compito di determinare i prezzi di accesso, così da evitare che gli OLO o l'*incumbent* possano porre in essere comportamenti limitativi della concorrenza. L'autorità deve essere quindi in grado di comprendere il momento in cui la previsione può danneggiare l'operatore entrante o scoraggiare gli investimenti, secondo uno schema di applicazione che ha come riferimento una precisa scala di investimenti tipica degli operatori, che parte dai servizi per arrivare alle infrastrutture, secondo lo schema rivendita, bitstream<sup>49</sup>, unbundling, accesso alle infrastrutture, proprietà delle infrastrutture.

Un altro passaggio fondamentale nella liberalizzazione del servizio<sup>50</sup> è stato il venir meno della licenza per la sua gestione. Tale regime rimetteva infatti la gestione del servizio di telecomunicazione al rilascio di una licenza, il cui numero veniva predeterminato ogni anno con apposito decreto. Il diritto europeo ha invece eliminato qualunque riferimento a istituti di contingentamento discrezionali, limitativi della libertà di iniziativa economica, introducendo l'autorizzazione generale<sup>51</sup>. Quest'ultima,

---

<sup>49</sup> Il modello bitstream fa ricadere sul proprietario i costi di gestione attraverso la fornitura della capacità trasmissiva tra la postazione di un utente finale e il punto di presenza di un operatore o internet service provider. Cfr. J. Boukaert, T. Van Dijk, F. Verboven, "Access regulation, competition and broadband penetration: an international study" in *Telecommunication policy*, 34/2010, 661-671 in cui viene delineato un quadro degli effetti che produce la scelta di differenti modelli regolamentari in punto di accesso alla rete: modalità ULL (o shared access) piuttosto che bitstream. Il modello di regolazione in ULL (Unbundling local loop) riconosce all'OLO l'accesso alla rete imponendo sia i costi della gestione che di manutenzione. Esso può assumere diverse declinazioni e comprende la famiglia di servizi all'ingrosso che consentono a operatori concorrenti (privi dell'infrastruttura di accesso necessaria a raggiungere direttamente l'utente finale) l'utilizzo disaggregato di risorse fisiche della rete di un operatore su cui grava l'obbligo di fornire l'accesso e i relativi servizi accessori e sostitutivi.

<sup>50</sup> S. Cassese, "La liberalizzazione delle telecomunicazioni", S. Cassese, F. Bonelli, (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni* Milano, 1999, 54. La fase di completa liberalizzazione di servizi e reti di telecomunicazione, avviata dal 1 gennaio 1998, ha comportato il venir meno della riserva statale sui servizi pubblici di cui all'art. 43 Cost. e il passaggio ad un modello che privilegia l'iniziativa privata, basato sull'art. 41 Cost., delegittimando l'intervento pubblico limitativo dell'iniziativa economica imprenditoriale. Per un approfondimento sugli effetti delle politiche europee nei rapporti tra Stato e economia v. S. Cassese, "La nuova costituzione economica", Roma, 2006. Sul rapporto tra regolazione europea finalizzata alla liberalizzazione e vincoli di cui all'art. 41 Cost. cfr. M. Orofino, "Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche", Milano, 2006, 25.

<sup>51</sup> Mentre l'autorizzazione implica una valutazione di compatibilità dell'attività richiesta con gli interessi pubblici coinvolti, la concessione attribuisce al privato una situazione giuridica nuova, di cui non si era in precedenza titolari, in forza di un provvedimento traslativo del diritto (dalla PA al privato) o costitutivo.

grazie alla direttiva 2002/20/CE è divenuta principio generale per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica, in linea con la previsione di strumenti di semplificazione e deregulation<sup>52</sup>. Diversamente dalla licenza l'autorizzazione non richiede infatti la preventiva valutazione da parte delle ANR della sussistenza di specifici requisiti, soddisfacendo così esigenze di semplificazione e limitazione della discrezionalità nazionale. In particolare, viene meno il rilascio di un provvedimento espresso preordinato all'esercizio dell'attività, per la quale si ritiene sufficiente il silenzio assenso<sup>53</sup>. L'autorizzazione generale è stata quindi introdotta come principio generale valido in tutta l'Unione europea, seppur con tempi e requisiti differenti in punto di contestazione. La direttiva, infatti, attribuisce ampia discrezionalità agli Stati circa la definizione dei requisiti da rispettare per il suo rilascio<sup>54</sup>, a scapito dell'unificazione dei mercati e della libertà degli operatori.<sup>55</sup> Al fine di superare queste differenze la Commissione europea nel 2013 ha proposto di introdurre un modello di autorizzazione unico limitativo della discrezionalità degli Stati così da escludere la previsione di obblighi di registrazione e di costi amministrativi, ma tale proposta non ha avuto un seguito<sup>56</sup>.

---

Il soggetto autorizzato è già titolare di un diritto che è posto nelle condizioni di esercitare in seguito all'adozione del provvedimento da parte dell'amministrazione. Spetta all'amministrazione il compito di valutare se l'esercizio è compatibile o meno con l'interesse pubblico, senza potere esercitare un'attività di carattere discrezionale. Cfr. R. Garofoli, *"Manuale di diritto amministrativo"*, Bari, 2017, 899.

<sup>52</sup> Cfr. A.B. Caretta, *"La disciplina del regime autorizzatorio. Le misure di armonizzazione"* in F. Bassan (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2008, 55 per un excursus storico degli interventi di accesso al mercato da parte degli operatori.

<sup>53</sup> Sul punto cfr. E. Chiti, C. Franchini, *"L'integrazione amministrativa europea"*, Bologna, 2003, L. Saltari, *"Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria"*, Milano, 2007; L. Saltari, *"Tutela e coordinamento nei procedimenti amministrativi europei delle comunicazioni elettroniche"*, *Dir. Econom.*, 3/2013, 651-684.

<sup>54</sup> La direttiva 2002/20/CE, come modificata dalla direttiva 2009/140/CE, definisce infatti come autorizzazione generale *"il quadro normativo istituito dallo Stato membro che garantisce i diritti alla fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica e stabilisce obblighi specifici per il settore applicabili a tutti i tipi o a tipi specifici di servizi e di reti di comunicazione elettronica, conformemente alla presente direttiva"* (art. 3, par. 2 direttiva 2009/140/CE).

<sup>55</sup> Il considerando 15, direttiva autorizzazioni 2002/20/CE così recita: *"il rispetto di condizioni da parte degli Stati deve essere limitato allo stretto necessario, al fine di garantire il rispetto delle disposizioni e degli obblighi fondamentali sanciti dal diritto comunitario e dal diritto nazionale, in conformità al diritto comunitario"*.

<sup>56</sup> Proposta di regolamento per la realizzazione di un continente connesso, Commissione europea, 11 settembre 2013, COM (2013) 627.

L'art. 25 del Codice delle comunicazioni elettroniche rimette al Ministero dello sviluppo economico il compito di controllare l'intero processo di autorizzazione, in sostituzione della licenza individuale<sup>57</sup> e in linea con quanto disposto dall'art. 19 l. 241/1990<sup>58</sup>. La semplificazione introdotta non sembra aver ridotto i costi a carico delle imprese, poiché esse sono comunque tenute a sostenere gli oneri amministrativi da versare all'Autorità di regolazione.<sup>59</sup> Una volta notificata la dichiarazione infatti, l'impresa è immediatamente operativa<sup>60</sup> ma ciò non esclude l'intervento di un provvedimento interdittivo del Ministero, esercitabile entro 60 giorni dalla presentazione della segnalazione, in assenza del quale spettano all'operatore i diritti di cui all'art. 26 del Codice. L'autorità amministrativa esercita quindi in via successiva l'attività di vigilanza, verificando d'ufficio la sussistenza delle condizioni richieste e revocando l'autorizzazione, valida per un periodo di 20 anni.

I regimi degli Stati membri si differenziano quindi in sede di determinazione del grado di onerosità richiesto per l'avvio e l'esercizio dell'attività di fornitura di servizi, malgrado l'art. 12 della direttiva autorizzazioni imponga alle autorità *"di non procedere alla riscossione di contributi se non strettamente necessari alla copertura dei costi amministrativi"*, proprio al fine di evitarne un uso strumentalizzato<sup>61</sup>.

Permangono peraltro degli istituti di natura discrezionale come i diritti d'uso delle frequenze dello spettro, subordinati al rilascio di un'apposita licenza; la ragione del mantenimento di tali istituti va però rinvenuta nel numero ridotto di frequenze disponibili e nelle interferenze esistenti nella trasmissione del segnale. Anche in tal

---

<sup>57</sup> La licenza individuale richiede una valutazione incisiva dell'attività svolta e delle caratteristiche possedute da chi è chiamato a svolgerla. Cfr. M. Orofino, *"I profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche"* 308, 2006, Milano.

<sup>58</sup> Cfr. R. Garofoli, *"Manuale di diritto amministrativo"* Bari, 2012, 689; P.M. P. Vipiana *"I poteri amministrativi a seguito di SCIA al vaglio della Consulta"* in Riv. Giur. It., 10/2016, 2234; M. Protto *"L'autotutela dopo la riforma Madia"*, Riv. Giur. It., 12/2015, 2748.

<sup>59</sup> Cfr. N. Rangone, *"Gli atti amministrativi per l'attività d'impresa nel settore delle telecomunicazioni"* in S. Cassese, (a cura di), *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, Milano, 2001, 123.

<sup>60</sup> A.B. Caretta, *"La disciplina del regime autorizzatorio. Le misure di armonizzazione"* in *"Diritto delle comunicazioni elettroniche"*, (a cura di) F. Bassan, Milano, 2008, 64.

<sup>61</sup> Cfr. F. Donati, *"L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni elettroniche"*, cit. 92, secondo cui la pubblicazione annuale di un rendiconto con l'indicazione dei costi amministrativi e dell'importo complessivo dei diritti riscossi rappresenterebbe un'importante occasione di confronto, in grado di diminuire il contenzioso maturato sulla quantificazione di queste tipologie di costi.

caso è il MISE che ha il potere di riconoscere tali diritti, ai sensi dell'art. 27 del Codice delle comunicazioni elettroniche<sup>62</sup>, ma essi sono riconosciuti automaticamente a coloro che hanno ottenuto l'autorizzazione ai sensi all'art. 25.

In materia di gestione dello spettro e accesso alla rete si assiste quindi a una frammentazione interna delle competenze tra Agcom e Mise, in cui il primo definisce i criteri in presenza dei quali l'uso delle frequenze è subordinato alla licenza, ed il secondo sovrintende alla procedura di gara appositamente predisposta.<sup>63</sup> Il regime così descritto, risponde a una finalità semplificatoria, ma non sembra attuarla. Oltre alle differenze persistenti in punto di costi amministrativi infatti, la tendenziale libertà lasciata agli Stati nella gestione dello spettro pregiudica la liberazione delle frequenze e lo sviluppo del 5G, specie a causa del potere ancora rivestito dagli operatori dell'audiovisivo.<sup>64</sup>

## 1.6 Gli obblighi di servizio universale ed il divieto di aiuti di stato.

La scelta di affidare la gestione del servizio di telefonia a un soggetto pubblico trova fondamento nella necessità di tutelare e garantire un insieme minimo di servizi di qualità a tutte le categorie di utenti, indipendentemente dalla loro condizione economica<sup>65</sup>. L'esistenza di zone poco remunerative escluse dai progetti d'investimento delle imprese (es. quelle a bassa densità di popolazione o rurali), hanno

---

<sup>62</sup> I diritti individuali di uso possono essere concessi per: a) evitare interferenze dannose; b) assicurare la qualità tecnica del servizio; c) assicurare un utilizzo efficiente dello spettro, oppure; d) conseguire altri obiettivi di interesse generale conformi alla normativa europea.

<sup>63</sup> Cfr. S. Mannoni, *“La regolazione delle comunicazioni elettroniche”*, 50, Bologna, 2014, richiama le teorie applicate con riferimento all'attribuzione delle frequenze. Il regime introdotto dalla direttiva 2009/140/UE applica la teoria di Coase, prevedendone la commercializzazione mentre il diritto nazionale ricorre alla teoria del *command and control* al fine di prevenire interferenze o abusi.

<sup>64</sup> Cfr. Proposta COM (2013) 627 dell'11 settembre 2013, in cui il difetto del sistema di autorizzazione generale diversificato, viene identificato nella necessità, per gli operatori, di doversi registrare nello Stato membro in cui si intende fornire il servizio. In Italia, i soggetti in possesso di autorizzazione sono tenuti ad iscriversi nel registro degli operatori di comunicazione di cui all'art. 1 della legge 31 luglio 1997 n. 249 (art. 25 del codice delle comunicazioni elettroniche). Questo comporta un onere per le imprese che, pur potendo in astratto svolgere la loro attività su tutto il territorio europeo, sono scoraggiate dai costi amministrativi non determinabili ex ante.

<sup>65</sup> Cfr. F. Donati, *“L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni”* cit. 166; S. Mannoni, *“La regolazione delle comunicazioni elettroniche”* cit, 70. F. Cardarelli-Zeno Zencovich, *“Il diritto delle telecomunicazioni”*, Milano, 1997, 89; G.C. Mannara, *“Servizio universale e telecomunicazioni”* in L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli, (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza e diritti*, Milano, 2001, 181.

condotto il legislatore europeo a definire dei criteri di garanzia del servizio su scala universale. Prima con la direttiva 98/10/CE e successivamente con la 2002/22/CE "Direttiva servizio universale", recepita nel Codice delle comunicazioni elettroniche al Capo IV SEZ.I, sono state fissate le condizioni necessarie per colmare le eventuali lacune nell'erogazione del servizio, senza con ciò contrastare la disciplina sugli aiuti di stato<sup>66</sup>.

La necessità di tutelare una specifica categoria di utenti ha limitato l'apertura del mercato alla concorrenza a quei servizi posti fuori dalla nozione di servizio universale<sup>67</sup> di cui alla direttiva 97/33/CE art. 2 comma 1 lett. G), che lo qualifica come *"un insieme minimo definito di servizi di determinata qualità disponibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e fornita, tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali, ad un prezzo abbordabile"*.<sup>68</sup>

In Italia la fornitura del servizio universale sul territorio nazionale è ricaduta su Telecom Italia, nel rispetto della condizione essenziale di compatibilità con il divieto di aiuti di stato. Il rischio da evitare tutte le volte in cui si affronta il tema del servizio universale, è infatti la distorsione del mercato che potrebbe derivare dal sistema di compensazione previsto dalla disciplina degli obblighi di servizio pubblico<sup>69</sup>. L'art. 53

---

<sup>66</sup> F. Donati, "L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni elettroniche", cit. 167, definisce il servizio universale come "un affinamento" di quella di servizio pubblico; Z. Zencovich "Diritto dell'informazione e della comunicazione", 1998, Padova, sulla garanzia del servizio informativo universale.

<sup>67</sup> Cfr. Z. Zencovich, "Diritto delle telecomunicazioni", 261, cit., sulla dinamicità della nozione di servizio universale, adattabile al contesto sociale e tecnologico.

<sup>68</sup> Il considerando 7 della direttiva sul servizio universale attribuisce agli Stati membri il *compito di continuare a provvedere affinché nel loro territorio i servizi elencati nel Capo II siano messi a disposizione di tutti gli utenti finali ad un determinato livello qualitativo, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi e, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, ad un prezzo abbordabile. Gli Stati membri possono, nel quadro degli obblighi di servizio universale e tenuto conto delle circostanze nazionali, adottare misure specifiche a favore dei consumatori per assicurare il loro accesso ai servizi previsti nel Capo II nonché l'accessibilità economica di tali servizi e garantire le stesse condizioni di accesso, in particolare alle persone anziane, ai disabili e alle persone che hanno esigenze sociali particolari. Tali misure possono altresì includere quelle che sono direttamente mirate verso i consumatori che hanno esigenze sociali particolari, apportando un aiuto ai consumatori identificati, ad esempio tramite misure specifiche prese previo esame delle domande individuali, quali l'estinzione dei debiti"*.

<sup>69</sup> Tra i servizi indispensabili ritroviamo: la fornitura di accesso in postazione fissa alla rete di comunicazione pubblica che consente di effettuare e ricevere chiamate, comunicare via fax, trasmettere dati, realizzare un efficace accesso ad Internet; la fornitura dell'elenco degli abbonati, almeno per la rete urbana di appartenenza; i servizi di informazione abbonati; la disponibilità di apparecchi telefonici

del codice delle comunicazioni elettroniche ancora una volta riparte la competenza tra l'autorità ministeriale e quella indipendente, attribuendo alla prima un potere di vigilanza e alla seconda la determinazione del prezzo di fornitura. L'Agcom deve verificare il rispetto degli obblighi tariffari, individuando un prezzo applicabile agli utenti e sostenibile dagli operatori, anche attraverso un meccanismo di compensazione dei costi netti sostenuti dalle imprese per la fornitura del servizio<sup>70</sup>. Spetta all'Autorità quindi il compito di calcolare se l'impresa tenuta alla fornitura del servizio sia soggetta ad un onere ingiustificato ai sensi dell'art. 62 e, nel caso di risposta positiva, procedere alla scelta del finanziamento secondo quanto previsto dall'art. 63 del Codice.

La fornitura del servizio universale e il rischio di violare la disciplina sul divieto di aiuti di stato, rileva anche nell'ambito della realizzazione delle reti di nuova generazione e dell'accesso alla rete da parte degli utenti. Nel tentativo di fissare un complesso di criteri comuni, la Commissione nel 2009 ha adottato gli *“Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga”*<sup>71</sup>. La considerazione delle esigenze economiche degli operatori e gli elevati costi di realizzazione delle reti di banda larga, hanno reso necessario derogare in parte alla disciplina sugli aiuti di stato, ammettendo il sostegno pubblico nei limiti in cui necessario per rimediare al fallimento di mercato. Sono state così individuate le aree di investimento in relazione alla propensione

---

pubblici a pagamento, che consentono di accedere gratuitamente ai servizi d'emergenza; la fornitura di un servizio a condizioni e opzioni speciali per gli utenti disabili o con particolari esigenze sociali.

<sup>70</sup> L'impiego di fondi pubblici ai fini compensatori rischia di contrastare il divieto di aiuti di stato previsto dal Trattato, salvo il rispetto di requisiti specificatamente previsti dalla Corte di Giustizia (sent. Altmark, 24 luglio 2003, C 280/00) e cumulativi che escludono la configurabilità di un aiuto di stato:

- l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e tali obblighi devono essere definiti in modo chiaro;
- I parametri compensativi vanno predefiniti in modo chiaro e trasparente;
- la compensazione non può eccedere l'importo necessario a coprire interamente i costi sostenuti dall'impresa per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, considerando gli introiti ed un margine di utile ragionevole;
- salvo l'ipotesi in cui l'impresa venga individuata in seguito ad una gara pubblica, il livello della compensazione andrà determinato in base all'analisi dei costi che l'impresa media, gestita in modo efficiente ed adeguatamente dotata dei mezzi di trasporto, avrebbe dovuto sostenere.

<sup>71</sup> Piano d'azione del settore degli aiuti di Stato 2005 – 2009. Con riferimento alla realizzazione di nuove reti l'esecutivo comunitario ha affermato la capacità per gli aiuti di stato di correggere i fallimenti del mercato, migliorandone il funzionamento e la competitività.

manifestata dagli operatori in ciascuna di esse e alla conseguente necessità del finanziamento pubblico. Nelle aree bianche il finanziamento è risultato sempre compatibile con la disciplina europea di cui all'art. 107 TFUE, trattandosi di zone che si pongono normalmente al di fuori delle mira imprenditoriali; nelle aree nere, operano solitamente almeno due fornitori di servizi di rete a banda larga in regime di concorrenza ed in esse quindi l'aiuto pubblico, potendo falsare il mercato, è vietato; nelle aree grigie è presente un solo operatore ma l'aiuto non è di per sé compatibile con la disciplina europea, dovendo dimostrarsi il fallimento del mercato. La definizione di questi criteri rappresenta uno dei tentativi che l'Europa adotta per legittimare la concessione di finanziamenti a condizioni uniformi, così da evitare la formazione di situazioni significativamente differenti tra i diversi Stati.<sup>72</sup> La disciplina sulla fornitura del servizio universale costituisce peraltro la giustificazione principale all'intervento regolamentare, poiché comporta lo svolgimento di operazioni di bilanciamento di diritti e la riconsiderazione dell'ambito di applicazione di questi ultimi, anche alla luce del progresso tecnologico e degli sviluppi del mercato

---

<sup>72</sup> Cfr. M. Orofino, *“Regolazione asimmetrica e comunicazioni elettroniche”* in L. Ammannati, P. Bilancia, (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, vol. II, , Milano, 2008, 79.





## 2. Le autorità amministrative indipendenti nelle comunicazioni elettroniche

### 2.1 L'istituzione delle Autorità nazionali di regolazione nelle comunicazioni elettroniche

Il precedente capitolo ha delineato gli aspetti più rilevanti delle comunicazioni elettroniche, fornendo le basi per l'analisi degli sviluppi che hanno interessato la *governance* del settore.

Gli effetti dell'evoluzione tecnologica si sono riflessi sul piano regolamentare e istituzionale determinando il ricorso, periodico e costante, a proposte di una loro revisione. La riorganizzazione del *framework* europeo, volta a garantire il superamento delle incoerenze normative e la frammentazione dei mercati, ha più volte puntato sulla costituzione di una sola autorità europea come soluzione unitaria.

Prima di verificare le giustificazioni a sostegno di un'agenzia unica è opportuno esaminare i fattori causali che hanno condotto alla costituzione delle ANR tra cui rientra, in via principale, la liberalizzazione dei mercati attuata negli anni '90 con cui si è posto fine al monopolio pubblico dei servizi<sup>73</sup>. A fronte di un mercato ancora in formazione si è avvertita la necessità di individuare dei soggetti che, dotati di competenza tecnica, fossero in grado di dettare le regole necessarie per il suo corretto funzionamento. La presenza di monopoli pubblici richiedeva però l'assoluta indipendenza di tali organismi, onde evitare l'ingerenza sia delle imprese che della politica. Quest'ultimo profilo è stato trattato dalle direttive europee solo in un secondo

---

<sup>73</sup> Per un'analisi del fenomeno che ha condotto alla costituzione delle autorità amministrative indipendenti cfr. D. Crocco, *"Le autorità amministrative indipendenti di regolazione e vigilanza dei mercati"*, Napoli, 2012, 58 s; esamina le questioni che hanno condotto alla costituzione delle autorità amministrative indipendenti, comparando la prospettiva europea con quella statunitense, anche R. Chieppa, P. Cirillo, *"Le autorità amministrative indipendenti"*, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2010; M. Cuniberti, *"Autorità indipendenti e libertà costituzionali"*, Milano, 2007, 110, in cui si esaminano le diverse tesi che collegano l'istituzione delle autorità alla tutela di libertà costituzionali, escludendo però una loro equiparazione agli organi costituzionali, favorendo la tesi che le colloca tra gli organi amministrativi. Sul potere e sulla natura delle autorità amministrative indipendenti cfr. S. Niccolai, *"I poteri garanti della Costituzione e le autorità amministrative indipendenti"*, Pisa, 1996.

momento e ha comportato il riconoscimento del potere regolamentare a soggetti perfettamente riconducibili all'organizzazione amministrativa.

In Italia però anche altri fattori, oltre a quello europeo, hanno condotto alla costituzione delle autorità amministrative indipendenti. Gli anni '90 sono ricordati per la profonda crisi politica che ha coinvolto trasversalmente tutte le istituzioni e ha reso necessaria l'individuazione di soggetti alternativi al Parlamento e al Governo. La mancata fiducia nella classe politica di quegli anni e la perdita di credibilità dell'organo legislativo, rappresentano i fattori che hanno condotto all'istituzione di autorità in molteplici settori, specie quelli tradizionalmente più sensibili e complessi<sup>74</sup>. Ai caratteri della partecipazione e della legittimazione democratica tipici del modello parlamentare, si sono progressivamente sostituiti quelli dell'indipendenza, dell'imparzialità e del tecnicismo. La competenza tecnica assicura infatti l'imparzialità del giudizio rispetto a un settore in cui sono coinvolti molteplici interessi sensibili e che è interessato da veloci mutamenti, spesso incontrollabili e non prevedibili. A fronte di un settore che presenta queste caratteristiche quindi, la creazione di un'autorità indipendente ha rappresentato la soluzione idonea per tutelare apoliticamente i diversi interessi coinvolti; rimangono esclusi i casi in cui, in assenza di una chiara disposizione europea, si è preferito mantenere i poteri in capo alle autorità ministeriali o piuttosto frammentarli tra autorità e ministero, come accaduto nel nostro ordinamento.<sup>75</sup> La creazione dell'Agcom è stata quindi considerata la soluzione più

---

<sup>74</sup> Cfr. F. Giuffrè, *"Rappresentanza, partecipazione e nuove dinamiche della regolazione"*, Osservatorio sulle fonti, n. 3/2017, secondo cui *"le Autorità costituirebbero una delle principali manifestazioni della caduta di centralità del Parlamento"*. Sul punto anche A. Predieri, *"Le Autorità indipendenti nei sistemi costituzionali e economici"*, Milano, 1997, 65; N. Marzona, *"Il potere normativo delle autorità indipendenti"* in S. Cassese, C. Franchini, (a cura di) *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 87-105, quest'ultima in particolare sottolinea la commistione dei poteri riconosciuta alle Autorità di regolazione, dotate non solo di compiti normativi ma anche esecutivi, di vigilanza e contenziosi, in spregio al principio di separazione dei poteri su cui si fondano i sistemi democratici moderni; F. Longo *"Ragioni e modalità delle istituzioni delle autorità amministrative indipendenti"* in S. Cassese, C. Franchini, cit. 16, secondo cui gli interessi costituzionali coinvolti renderebbero inadeguata la rimessione della scelta alla discrezionalità della PA.

<sup>75</sup> La natura delle autorità amministrative indipendenti è stata oggetto di ampia produzione accademica, per citarne alcuni S. Cassese, C. Franchini, *"I garanti delle regole"* Bologna, 1996; M. D'Alberti, A. Pajno, *"Gli arbitri dei mercati"* Bologna, 2001; sul punto un contributo particolarmente rilevante è fornito da G. Grasso, *"Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica"*, Milano, 2006; per un esame più recente anche G. Grasso, *"Le autorità amministrative indipendenti"*, in S. Sicardi, M. Cavino, L. Imarisio (a cura di) *Vent'anni di Costituzione*

idonea per assicurare l'apertura del mercato ai nuovi entranti contemperando tale esigenza con la tutela di valori imprescindibili e garantiti dal diritto costituzionale.<sup>76</sup> Il corretto svolgimento di questa funzione è stato accompagnato dal riconoscimento di poteri regolamentari, amministrativi e sanzionatori e dai caratteri d'indipendenza, autonomia e neutralità, a fronte di un Parlamento sempre più lento e impegnato nell'affrontare profonde crisi politiche.

Anche il diritto europeo ha ovviamente contribuito alla loro creazione ma è innegabile che la cessione di settori ampi di competenza a soggetti regolamentari di derivazione non governativa va rinvenuta nella crisi che in quel periodo attraversava la classe parlamentare.<sup>77</sup>

Gli stakeholders hanno iniziato a confrontarsi con un soggetto non più politico ma titolare di una specifica competenza scientifica, qualità questa non sempre rinvenibile nelle istituzioni politiche, tenute a considerare in via principale gli interessi dei soggetti rappresentati. L'*expertise* tecnica non comporta il disconoscimento di interessi diversi da quelli affidati alla cura dell'autorità, ma assicura il rispetto di un preciso procedimento logico nello svolgimento della complessa opera di bilanciamento, prescindendo da considerazioni di carattere politico e contingente<sup>78</sup>.

---

(1993-2013): dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli, Bologna, 2015; R. Titomanlio, *"Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione"* in Riv. Nomos, 1/2017, 173-205.

<sup>76</sup> Cfr. F. Zatti, *"Il problema della responsabilità politica nelle reti dei regolatori indipendenti del mercato"* in Riv. Persona e mercato, 2012/4, 275, intende la regolazione come complesso di regole in grado di sopperire ai fallimenti del mercato creando e mantenendo corrette dinamiche concorrenziali; G. De Minico, *"Indipendenza dell'autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria"*, Osservatorio sulle fonti, 1/2012, in cui con riferimento alle autorità indipendenti viene utilizzata l'accezione di prestazioni di garanzia cui le stesse sarebbero preposte. Esse sono infatti costituite non a tutela di uno specifico interesse pubblico attribuito dalla legge istitutiva, come le amministrazioni pubbliche, ma piuttosto di un interesse costituzionalmente rilevante ulteriore e superiore rispetto alla legge.

<sup>77</sup> M. Manetti, *"Poteri neutrali e Costituzione"*, Milano, 1994, 9, in questo senso ritiene che l'affermazione di poteri neutrali si riscontra soprattutto nei momenti di crisi della politica, *"quando la razionalità dell'azione dei pubblici poteri si offusca e la legge stenta a realizzare sintesi durevoli e soddisfacenti dell'interesse generale"*; A. Predieri, *"L'erompere delle autorità amministrative indipendenti"*, Firenze, 1997, 40, ritiene che *"Le autorità amministrative indipendenti sono l'effetto di una crisi della rappresentanza, acuito dalla crisi del sistema dei partiti italiano, che porta alla richiesta di risposta tecnica e indipendente, non politica, alle domande della società"*.

<sup>78</sup> Sul rapporto tra tecnica e politica cfr. F. Zatti, *"Il problema della responsabilità politica nelle reti dei regolatori indipendenti del mercato"*, cit. 260, secondo cui il tecnicismo non assicura la neutralità;

La predisposizione di meccanismi di consultazione pubblica nel procedimento regolamentare consente di avere diretta conoscenza di quelli che sono gli interessi coinvolti, così da consentire l'adozione di scelte che, in quanto frutto di un bilanciamento tecnico, assumono una peculiare connotazione scientifica.

## 2.2 I caratteri dell'Agcom

La legge del 31 luglio 1997 n. 249 ha istituito l'autorità per le garanzie nelle comunicazioni, rispondendo al bisogno di regole tecniche aderenti ai bisogni della collettività e adattabili agli sviluppi del settore. L'autorità è stata quindi dotata di diversi poteri ma sono soprattutto quelli regolamentari ad avere suscitato i più ampi dibattiti; ad essere contestata è stata infatti l'assenza della legittimazione allo svolgimento di operazioni di bilanciamento di interessi sensibili in assenza di un adeguato fondamento costituzionale.<sup>79</sup> La creazione di centri di regolazione ulteriori viene indicata con l'accezione di *pluralismo normativo*<sup>80</sup>, situazione peraltro ascrivibile anche ad altri ordinamenti<sup>81</sup>. Il riconoscimento di poteri regolamentari all'Autorità si è accompagnata all'attribuzione di autonomia organizzativa e finanziaria<sup>82</sup> e di poteri di

---

contribuendo a creare un allontanamento dei decisori dai cittadini; sulla stessa scia cfr. G. De Minico, in *"Indipendenza dell'autorità o indipendenza dei regolamenti: lettura in parallelo all'esperienza comunitaria"*, cit. esclude il tecnicismo dell'autorità come sicura correttezza dei processi decisionali.

<sup>79</sup> Cfr. G. De Minico, *"Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione"* Riv. Aic, 1/2015 l'attività di bilanciamento posta in essere dalle autorità è pari infatti a quella compiuta dal decisore politico, nel momento in cui crea una gerarchia tra beni e successivamente sceglie quello che ritiene meritevole di protezione. Non si opererebbe una valutazione di carattere tecnico ma una scelta valoriale che richiede una legittimazione non rinvenibile nell'autorità. M. Orofino, *"L'intervento regolamentare dell'Agcom in materia di diritti d'autore: profili di criticità formale e sostanziale"* in F. Pizzetti (a cura di) Il caso del diritto d'autore, Torino, 2013, 123-148. Sul punto può essere utile anche esaminare G. Grasso "Le autorità amministrative indipendenti", cit., 28-72.

<sup>80</sup> M.S. Giannini, *"Il pubblico potere"*, Bologna, 1989, analizza il passaggio da uno Stato monoclasse in cui il potere pubblico era detenuto in via esclusiva dallo Stato ad uno "pluriclasse" in cui quest'ultimo è ripartito tra enti diversi, in risposta allo sviluppo della società ed alla formazione di strutture nuove preposte alla cura di bisogni emergenti.

<sup>81</sup> M. Sbrescia, *"Alle origini dello stato regolatore europeo: amministrazioni indipendenti e regolazione economica nella prospettiva d'integrazione comunitaria"* in MC Dir. ed econom. Com., 2/2012, 17 ss. In Francia si è scelto un modello di regolazione riconducibile ad una vera e propria organizzazione amministrativa. In Germania invece la legittimazione democratica delle autorità deriva dalla loro dipendenza gerarchica dal Ministro, concependosi così l'indipendenza in via esclusiva dal potere economico ma non anche politico, cfr. F. Zatti, *"Il problema della responsabilità politica nelle reti di regolatori indipendenti del mercato"* cit., 279.

<sup>82</sup> Al suo interno l'Agcom si compone di due commissioni, nel rispetto del principio di collegialità, ritenuto un elemento rafforzativo dell'indipendenza: la Commissione per le infrastrutture e reti e la

consultazione e acquisizione delle informazioni necessarie per il corretto svolgimento dell'attività. La previsione della consultazione, ad esempio, ha avuto impatti rilevanti sulla composizione interna dell'autorità e sulla sua modalità di deliberazione con riflessi anche sull'attività svolta in seno al BEREC.

L'indipendenza<sup>83</sup> di cui è titolare l'Agcom in forza di legge, non può quindi spingersi sino al punto di non considerare gli interessi di cui sono titolari i soggetti esterni alla sua attività. La previsione dei meccanismi di consultazione pubblica e partecipazione obbligatoria costituiscono quindi uno strumento per colmare i deficit di legittimazione democratica che frequentemente vengono ad essa addebitati.<sup>84</sup> Una condizione essenziale per il corretto svolgimento delle funzioni dell'*Authority* è rappresentata dall'autonomia organizzativa, che limita il rischio di influenze da parte delle vicende politiche o della lentezza dei processi decisionali legislativi. Essa si è estrinsecata nella previsione di strumenti di miglioramento dei processi decisionali<sup>85</sup> grazie anche alle decisioni adottate dai giudici amministrativi che hanno consolidato la loro importanza nell'assunzione delle scelte da parte delle autorità<sup>86</sup>.

---

Commissione per i servizi e i prodotti; oltre a questi due organi specialisti, l'Agcom si compone anche di un Consiglio (art. 1 co. 6 L. 249/1997) che rappresenta l'autorità, e in cui siedono, oltre al Presidente, quattro commissari, rappresentanti delle due Commissioni. Ciascuna Commissione, ai sensi dell'art. 1 comma 3 è organo collegiale costituito dal presidente dell'Autorità e da quattro commissari mentre il Consiglio, che rappresenta il vertice, è costituito dal presidente e da tutti i commissari. La suddivisione dei compiti tra le Commissioni riflette un'articolazione delle competenze per materia e presuppone che la scelta dei membri avvenga in base alla specializzazione di ogni membro.

<sup>83</sup> L'indipendenza è assicurata dalla modalità di scelta degli organi di vertice dell'Autorità. L'elezione dei Commissari spetta al Senato della Repubblica e alla Camera dei deputati che ne eleggono quattro ciascuno e cui segue la nomina con decreto del Presidente della Repubblica. Il Presidente è nominato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri d'intesa con il Ministro delle comunicazioni e previo parere delle Commissioni parlamentari. La composizione del Consiglio, di cui fanno parte tutti i membri, ha con il tempo comportato un ampliamento delle sue competenze, ritenendosi la sede più idonea per discutere tutte le questioni a scapito delle Commissioni.

<sup>84</sup> Sul punto cfr. M. Passaro, *"Le amministrazioni indipendenti"*, Torino, 1996, 252; A. Valastro, *"Le autorità indipendenti in cerca di interlocutore"*, Napoli, 2008, 72.

<sup>85</sup> Cfr. R. Ingrassia, *"L'analisi e la valutazione dell'autonomia organizzativa delle autorità amministrative indipendenti"* in RIV, 51/2011, 39, parte dall'analisi dell'autonomia organizzativa riconosciuta alle autorità per giungere alla conclusione che ciò non basti ad assicurare l'efficacia dei processi decisionali e il corretto esercizio delle funzioni in piena indipendenza, ritenendo invece obbligatoria una periodica valutazione organizzativa dei processi regolamenti.

<sup>86</sup> Cfr. S. Falzini, *"L'autonomia organizzativa delle autorità amministrative indipendenti"* Comunicazione, Media, e nuove tecnologie 2/2016; N. Rangone, *"Impatto delle analisi delle regolazioni sul*

L'indipendenza dell'autorità di regolazione è ulteriormente supportata dall'autonomia finanziaria di cui la stessa gode, poiché il suo bilancio dipende solo in parte da quello statale. Si evita in tal modo che logiche politiche possano ostacolare il corretto funzionamento, attraverso ad esempio la riduzione delle risorse destinate all'assolvimento dei compiti istituzionali<sup>87</sup>. L'autonomia finanziaria rileva inoltre anche a livello sovranazionale, poiché conferma il distacco che i membri del BEREC devono avere rispetto alle istituzioni politiche nazionali.<sup>88</sup>

L'indipendenza dei regolatori rappresenta uno dei principi cardine della disciplina delle telecomunicazioni e ha trovato affermazione già nelle direttive di prima generazione del 1997. Tuttavia tale requisito è stato in origine contemplato con riferimento ai soggetti imprenditoriali regolati e non anche a quelli politici, determinando scelte differenti nei diversi ordinamenti. In Italia si è ad esempio optato per un modello "bicefalo"<sup>89</sup> in cui le competenze regolamentari del settore sono state distribuite tra Agcom e Ministero dello sviluppo economico<sup>90</sup>. Tale scelta ha suscitato ampie polemiche anche nella letteratura, a causa della contrarietà alle disposizioni

---

*procedimento, l'organizzazione e l'indipendenza delle autorità*", Studi parlamentari, politica costituzionale, 153/2006, 79 ss.

<sup>87</sup> Nel caso dell'Agcom, parte del bilancio si basa sul complesso di contributi versati dagli operatori economici su cui essa vigila. Sulla questione di assoggettabilità dell'Agcom alle disposizioni di finanza pubblica è recentemente intervenuta la Corte di Giustizia, sez. II, 28 luglio 2016, C-240, che ne ha sancito l'assoggettabilità ai vincoli di finanza pubblica escludendo la piena autodeterminazione dell'Autorità, il cui finanziamento deriva anche dalle risorse del bilancio dello Stato.

<sup>88</sup> La giurisprudenza amministrativa ha contribuito a riempire di contenuti il carattere dell'autonomia finanziaria ad ultimo con le Sentenze gemelle del 5 marzo 2014 n. 2528, 2530, 2533, 2534 e 2542, Tar Lazio e del Consiglio di Stato 815 del 17 febbraio 2015. Sul punto vv. L. Di donato, *"Il finanziamento delle autorità amministrative indipendenti"* in Amministrazione in cammino, Riv. Elettr. Dir. Pub. Com. 5/2015; A. Provenzano, C. Stazi, *"Autorizzazione generale e diritti d'uso delle frequenze"*, 119, MC, Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione, 2/2014; a livello internazionale l'OCSE ha pubblicato delle linee guida, *"Best Practice Principles for Regulatory Policy: The Governance of Regulators"*, OECD Publishing, Paris, 2014, 97 ss.

<sup>89</sup> Cfr. M. Orofino, *"Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello"*, Milano, 2008, 265.

<sup>90</sup> La distinzione delle competenze sembra essere avvenuta seguendo il criterio "per fase"; in sede di attribuzione delle frequenze dello spettro radio ad esempio, il compito di regolare la modalità di accesso a quest'ultimo viene determinata dall'Autorità mentre la gara di assegnazione rimane di competenza ministeriale. A quest'ultimo compete anche l'attribuzione dei diritti di uso delle frequenze e la gestione del Piano nazionale di ripartizione delle stesse tra i vari servizi pubblici. L'Agcom provvede invece alla loro distribuzione a livello territoriale adottando il piano nazionale di assegnazione.

della direttiva europea che tale organizzazione determinerebbe.<sup>91</sup> Effettivamente, pur non rilevandosi un'espressa esclusione nelle direttive, la preferenza per il modello dualistico, oltre a porsi in contrasto con il principio di certezza del diritto, pregiudica anche i destinatari delle regole, soggetti al rischio di duplicazione degli oneri amministrativi<sup>92</sup>. Viene in particolare compromessa l'uniforme attuazione del diritto comunitario che, nel caso di specie, deve essere soggetta ad un duplice recepimento e ad una doppia interpretazione. La maggiore difficoltà sta in particolare nell'individuare, di volta in volta, il soggetto competente a attuare quanto prescritto dal livello sovranazionale.

A complicare ulteriormente l'assetto della *governance* è stata la diffusione di *network* sovranazionali (prima l'ERG poi il BEREC), i quali hanno progressivamente assunto una posizione sempre meno marginale all'interno del quadro regolamentare europeo. Un riparto di competenze e ruoli così attuato, se da un lato conferisce maggiore coordinamento all'azione delle ANR a livello europeo, dall'altro rischia di appesantire i procedimenti decisorii, in un settore soggetto a cambiamenti tecnologici frequenti e imprevedibili. L'assenza di un centro decisionale europeo viene inoltre considerata come una delle cause principali della frammentazione normativa, su cui le istituzioni europee e *in primis* la Commissione, stanno concentrando i loro sforzi. Quest'ultima in particolare ha più volte rilevato come una maggiore certezza del diritto possa avere effetti positivi anche sugli investimenti nel settore, in un periodo in cui le

---

<sup>91</sup> Ritiene che la scelta italiana sia compatibile con il dettato comunitario M. Orofino, "Profili costituzionali" cit., 2008, 265 sulla base del riferimento delle direttive europee di seconda generazione "all'affidamento di funzioni a un soggetto pubblico, da ritenere come condizione sufficiente e necessaria per la qualificazione del soggetto come ANR." Si condivide tuttavia la posizione di coloro che ritengono illegittima la scelta di adottare un modello dualistico, tra cui F. Merusi, "Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale", Bologna, 2002, 98, secondo il quale il modello organizzativo auspicato dall'Europa sarebbe incentrato sull'indipendenza del regolatore da qualunque influenza, anche istituzionale; nello stesso senso S. Cassese, "Il concerto regolamentare europeo", in "Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?", a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, 2003, 34; M. Mensi, "Il riparto di competenze tra Autorità e Ministero nel settore delle comunicazioni elettroniche" in G. Della Cananea (a cura di) "Il governo delle comunicazioni elettroniche", Torino, 2005, 37; M. D. Stivanello Gussoni, "Le Authorities e il sistema di vigilanza sulle radiofrequenze" in Ricerche giuridiche, vol. 3/2014, 261-294.

<sup>92</sup> Sul pregiudizio per il principio di certezza del diritto cfr. N. Rangone, "Verso la riforma del quadro regolamentare europeo", 1/2015, 23, fa riferimento all'aumento degli oneri amministrativi sostenuti dagli imprenditori in ragione dei doppi costi burocratici.



reti di nuova generazione rivestono un'importanza sempre più strategica per lo sviluppo del Paese<sup>93</sup>. La prevedibilità dei comportamenti delle istituzioni influenza infatti le scelte economiche degli operatori, che possono in tal modo contare su un quadro giuridico certo e calcolare *ex ante* i costi amministrativi derivanti da una determinata scelta regolamentare.

L'indipendenza dell'azione regolamentare è da considerare quindi come uno dei presidi alla certezza del diritto, sul presupposto che una competenza tecnica sia più facilmente avulsa da influenze politiche. Sotto questo profilo la partecipazione del MISE all'attività di regolazione, oltre a incidere negativamente sull'uniformità del diritto comunitario, è stata criticata anche in ragione delle quote di partecipazione dallo stesso detenute nel capitale di alcune società del settore (es. la RAI). La tutela dell'indipendenza come carattere costitutivo dell'autorità è stata sottolineata anche dal BEREC nel report sull'indipendenza delle ANR, in cui rivendica l'estraneità da qualunque influenza politica ed esclude i soggetti titolari di competenza ministeriale dalla propria organizzazione, conformemente a quanto sancito dalla direttiva 2009/140/CE<sup>94</sup>. Quest'ultima ha ridefinito i caratteri di indipendenza delle autorità di regolazione, sancendo la distinzione del ruolo politico da quello regolamentare, a garanzia della prevedibilità delle decisioni assunte dalle autorità di regolazione e della neutralità delle stesse rispetto agli interessi coinvolti<sup>95</sup>.

Un altro elemento ritenuto pregiudizievole per l'indipendenza dell'Autorità è la modalità di nomina dei componenti.<sup>96</sup> Tuttavia la competenza tecnica è un requisito

---

<sup>93</sup> Vv. COM (2002) 695 *"Ottava relazione sull'attuazione del quadro normativo delle telecomunicazioni"*, in cui la Commissione, pur accettando un modello organizzativo di tipo dualistico afferma come esso conduca *"inevitabilmente ad una riduzione della certezza del diritto richiesta dal mercato, specie ove le decisioni prese dai ministri in materia di licenze o controllo dei prezzi potrebbero sembrare, agli occhi del mercato, influenzate da decisioni politiche"*.

<sup>94</sup> Vv. Tra I documenti elaborate dal BEREC, *"Berec statement on independence of NRA"*, BoR (12) 119 del 14 novembre 2012.

<sup>95</sup> Cfr. A. Provenzano, C. Stazi, *"Soggetti, funzioni e procedure di regolazione"* in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione* 2/2014, 65 attribuisce all'uniforme applicazione del diritto, la qualità di fattore determinante per la creazione di un'unica autorità.

<sup>96</sup> Cfr. S. Cassese, *"La nuova costituzione economica"* Bari, 71, ritiene erronea l'accezione indipendente con riferimento all'Agcom data la peculiare modalità di nomina dei componenti; cfr. anche G. Amato, *"Autorità semi indipendente ed autorità di garanzia"* in Riv. Trim. Dir. Pubbl. 3/1997, 645, che con riferimento alle autorità amministrative indipendenti e alle agenzie, sottolinea come la previsione in atti legislativi della loro modalità di funzionamento costituisca in realtà un rischio per la loro indipendenza;

idoneo a sottrarre l'autorità alle influenze di carattere politico, così da assicurare il corretto svolgimento del potere regolamentare all'Autorità. Si parla in questo senso d'indipendenza funzionale, intesa come libertà nello svolgimento delle funzioni,<sup>97</sup> garantita dal tecnicismo e dal sapere scientifico e avulsa da valutazioni politiche estranee all'interesse sensibile che ha ispirato la legge istitutiva.<sup>98</sup>

### 2.3 Procedimento e regolazione

L'assenza di una base costituzionale del potere regolamentare dell'Agcom, è stata controbilanciata dall'individuazione di meccanismi in grado di garantire la partecipazione degli *stakeholders* all'attività normativa dell'Autorità. Il consolidamento della tesi della legittimazione procedurale si deve in gran parte alla giurisprudenza amministrativa, che si è spinta sino a ritenere la consultazione pubblica come vero e proprio requisito di legittimità delle proposte regolamentari adottate dall'Autorità<sup>99</sup>. Anche il diritto europeo è stato spesso considerato come giustificazione del potere normativo, derivando la sua costituzione dalle direttive europee.<sup>100</sup> Queste hanno inoltre consolidato l'indefettibilità degli strumenti di partecipazione nell'attività deliberativa dell'Autorità, progressivamente supportata dall'introduzione di forme di consultazione, inducendo a parlare di legittimazione dal basso. La consultazione

---

G. Vesperini, S. Battini *"L'indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale"* in A. Pajno, M. D'Alberti (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010, 61. Sulla molteplicità di autorità indipendenti e le difficoltà di ricondurre al sistema parlamentare il modello istituzionale italiano cfr. V. Cerulli Irelli *"Il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti"* in A. Pajno, M. D'Alberti, (a cura di) *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010, 77.

<sup>97</sup> Cfr. M. Orofino, *"L'indipendenza dell'autorità tra diritto interno e diritto comunitario con particolare riferimento al Telecom package ed alla sua attuazione sul piano interno"* in (a cura di) P. Bilancia, *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e diritto comunitario*, Milano, 2012, 255, sul concetto separato di indipendenza (funzionale, strutturale, finanziario) utilizzato dalle prime direttive e poi unificato; M. Clarich, *"Il contenuto di indipendenza delle autorità di settore"* in (a cura di) S. Mariotti, G. P. Torriani, *Energia e comunicazioni. Le autorità indipendenti a dieci anni dalla loro istituzione*, Milano, 2006, 431 ss.

<sup>98</sup> Cfr. F. Longo, *"Ragioni e modalità delle istituzioni delle autorità indipendenti"* in S. Cassese, *I garanti delle regole*, Torino, cit. 18, secondo cui l'indipendenza non ostacola il principio di separazione dei poteri ma al contrario ne è garante, poiché rispondente alla necessità di creare istituzioni nuove in presenza di nuove esigenze.

<sup>99</sup> Consiglio di stato, Sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215.

<sup>100</sup> Cfr. Per una visione comparatistica attraverso gli occhi del diritto europeo G. Grasso, *"L'anomalia di un modello: le autorità amministrative indipendenti nei paesi membri dell'UE. Prime ipotesi per un inventario"* in *Il politico*, vol. 65, 2000, n. 2, 261-283.

costituisce ormai un elemento indefettibile per il corretto svolgimento dell'attività regolamentare, all'interno della quale partecipano molteplici figure<sup>101</sup>; i vantaggi di questo processo sono rinvenibili nella creazione di regole frutto di una visione condivisa e rappresentativa di tutte le esigenze. In tal modo inoltre si riempie quel deficit di legittimazione democratica imputato anche alle autorità europee, accusate di essere scarsamente democratiche e rappresentative delle istanze dei cittadini europei<sup>102</sup>.

Oltre ad una partecipazione verticale, dal basso verso l'alto, che come tale è garanzia di democrazia e valutazione adeguata degli interessi, ne esiste un'altra di carattere orizzontale, in cui confluiscono i commenti e le annotazioni delle istituzioni nazionali ed europee a vario titolo coinvolte. In particolare, il concorso di Commissione e BEREC alle proposte regolamentari dell'Agcom realizza un'azione concertata che concorre all'uniformazione della disciplina nazionale. Anche in tal caso però vi è chi critica la partecipazione della Commissione e degli altri organismi, ritenendola una minaccia all'indipendenza funzionale dell'Agcom.<sup>103</sup> La necessità di tener conto degli atti, anche di soft law, adottati dalle istituzioni europee pregiudicherebbe quindi l'autonomia e l'indipendenza degli organismi nazionali<sup>104</sup>. Tuttavia i requisiti richiesti ai regolatori nazionali, sono stati duplicati anche per il BEREC e la Commissione, il cui fondamento è previsto direttamente nelle disposizioni del Trattato. Si rinviene quindi il

---

<sup>101</sup> Oltre all'Agcom, nell'elaborazione degli atti regolamentari sono coinvolti altri soggetti tra cui, la Commissione, il BEREC e il Mise, in forza di appositi accordi di collaborazione, e l'Agcm. Con quest'ultima è stato concluso un protocollo d'intesa, finalizzato a disciplinare i rapporti tra autorità nell'ipotesi in cui vengano individuati comportamenti scorretti posti in essere dalle imprese a danno dei consumatori.

<sup>102</sup> P. Craig, *"Integration, democracy and legitimacy"* in (a cura di) P. Craig e G. De Burca, *The evolution of law*, II ed. Oxford, 2011, 13. Per una critica alla tesi che individua nella partecipazione un elemento compensativo del deficit di legittimazione imputato alle autorità di regolazione nazionali ed europee vv. G. De Minico, *"Indipendenza dell'Autorità o indipendenza dei regolamenti, letture in parallelo all'esperienza comunitaria"*, cit. 30, sottopone a critica due elementi della tesi procedimentale: la confusione tra rappresentanza politica ed *"esibizione degli interessi da parte degli attori sociali in carne ed ossa"* che fornisce una rappresentazione limitata dei bisogni e le criticità che emergono nell'individuazione dei soggetti che partecipano alla procedura. Viene posto in luce infatti il rischio di cattura del regolatore da parte delle imprese più forti, individuate in base a criteri particolarmente restrittivi.

<sup>103</sup> Cfr. M. Orofino, *"L'indipendenza delle Anr tra diritto interno e diritto comunitario con particolare riferimento al Telecom package ed alla sua attuazione sul piano interno"* in P. Bilancia, (a cura di) *La regolazione dei mercati*, Milano, 2012, 235.

<sup>104</sup> Parla di indipendenza ma non dalla Comunità, M. Clarich, G. Corso, V. Z. Zencovich, *"Il sistema delle autorità indipendenti: problemi e prospettive"*, Roma, 2006.

legame tra le caratteristiche dell'Agcom e il diritto europeo, che affida al tecnicismo dei componenti la cura di interessi di livello costituzionale. Il BEREC, la cui organizzazione si avrà modo di esaminare nel prossimo capitolo, e la Commissione, ripropongono infatti i medesimi caratteri di indipendenza delle altre istituzioni europee, custodendo così quella di cui l'Agcom è titolare nel nostro ordinamento.

I meccanismi di partecipazione riconosciuti dall'Agcom agli stakeholders, contribuiscono a rafforzare l'imparzialità delle decisioni, consentendo la valutazione di molteplici aspetti. La procedura di consultazione, costituisce uno dei principali strumenti di partecipazione all'attività del regolatore e può assumere diverse forme in relazione al momento di intervento<sup>105</sup>; nel caso dell'Agcom tutte le consultazioni pubbliche assumono la forma del *notice and comment*, procedura di derivazione statunitense che prevede la sottoposizione a consultazione dello schema di provvedimento elaborato o di un tema soggetto all'analisi ed alle osservazioni dei titolari di interessi variamente coinvolti dalla proposta regolamentare. Nel caso dello schema di provvedimento l'Autorità pubblica sul sito internet la bozza di provvedimento, invitando i soggetti interessati a formulare le proprie osservazioni che dovranno essere tenute in massima considerazione e disattese solo in forza di adeguata motivazione. In realtà, la modalità di applicazione attuale, pregiudica in parte la finalità di partecipazione degli *stakeholders*, coinvolti nella fase finale di una decisione già presa. La possibilità di intervenire attivamente in un processo decisionale richiederebbe piuttosto la pubblicazione di una manifestazione d'intenti finalizzata alla raccolta delle opinioni e alla successiva redazione di uno schema di provvedimento. A oggi invece solo le società più accreditate sono in grado di manifestare la propria opinione nella fase antecedente la predisposizione dello schema, spesso ricorrendo alla disintermediazione di soggetti terzi, mortificando però l'obiettivo di *better regulation*.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> Per una ricognizione delle varie forme di consultazione pubblica utilizzate dalle autorità amministrative indipendenti cfr. C. Raiola, "La consultazione nelle autorità indipendenti", OsservatorioAIR, 01/2010.

<sup>106</sup> C. Spadaro, "Agcom e procedura di *notice and comment*", Riv. Reg. Merc. 2/2014, 375 – 391.

La partecipazione di terzi nel procedimento regolamentare, oltre che derivare dal diritto europeo, è legata al carattere innovativo, generale e astratto che le disposizioni regolamentari presentano. Questi aggettivi sono tipici di tutte le normative secondarie che, a livello governativo e ministeriale, trovano una puntuale disciplina nella L. 400/1988 specie con riferimento a limiti e contenuto, diversamente da quanto avviene per le autorità di regolazione.<sup>107</sup> La previsione degli obblighi di motivazione e partecipazione costituisce invece una peculiarità dei regolamenti delle ANR da cui invece i regolamenti e gli atti normativi generali, ai sensi della L. 241/90, sono esonerati. La giustificazione al differente regime è rinvenibile nella necessità di colmare il deficit di legittimazione sostanziale cui si è già accennato, non rinvenibile nei regolamenti disciplinati dalla L. 400/1988. La previsione di questi obblighi deve essere quindi intesa in un'ottica di rafforzamento dell'indipendenza dell'Autorità, nel senso che quest'ultima, motivando un atto, aumenta la forza delle decisioni dalla stessa assunte.

Il carattere partecipativo del procedimento regolamentare va quindi analizzato nel contesto europeo, da taluni definito di amministrazione composita, nell'ambito del quale una posizione di primazia è assunta dalla Commissione europea<sup>108</sup> che ha progressivamente ampliato il complesso di funzioni amministrative esercitate. Si parla, a tal proposito, di sistema ad esecuzione diretta poiché, diversamente da quella indiretta - in cui le amministrazioni nazionali sono responsabili dell'attuazione del diritto europeo - in tal caso il rapporto di responsabilità viene ribaltato a favore di quest'ultima. È in tale contesto quindi che si inserisce il principio di leale collaborazione previsto dal Trattato con riferimento ai rapporti tra Stati e UE. L'Agcom è infatti tenuto a rispettare il ruolo della Commissione e a tener fede alla posizione assunta all'interno del BEREC, sede in cui l'Autorità nazionale assume pubblicamente un impegno da rispettare in forza del principio di leale collaborazione. Ciò non ha sino a oggi implicato l'accentramento delle funzioni in capo al legislatore europeo ma

---

<sup>107</sup> Per un'analisi del potere normativo delle autorità di regolazione e delle differenze con quelli adottati dal Governo nazionale cfr. V. Cerulli Irelli, *"Il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti"* in *Arbitri dei mercati*, cit., 75-102.

<sup>108</sup> Cfr. L. Saltari, *"Le amministrazioni europee. I piani di azione e il regime di attività"* in L. De Lucia e B. Marchetti (a cura di) *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015.

l'inserimento di una fase procedimentale nuova, che contribuisce a creare forme di collaborazione tra l'Agcom e la Commissione, rese possibili anche dal BEREC, in cui confluiscono, in ultima analisi, le istanze di partecipazione degli *stakeholders*.

#### 2.4 Il procedimento di regolazione e i rapporti tra autorità.

L'Agcom è periodicamente impegnata nello svolgimento di analisi di mercato, attività complessa in cui emergono le relazioni tra privati, Commissione e Autorità. Non è un caso quindi che proprio questo momento procedimentale sia terreno fertile per lo studio dei rapporti tra livello nazionale e europeo, improntati al rispetto del principio di sussidiarietà<sup>109</sup>. Quest'ultimo, nel regolare i rapporti tra Ue e Stati membri esclude l'intervento della prima tutte le volte in cui gli obiettivi definiti dal Trattato, siano efficacemente conseguibili dal livello nazionale, in assenza di una specifica base giuridica attributiva del potere di azione diretto. Con specifico riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche, il principio di sussidiarietà ha quindi rappresentato un ostacolo all'intervento europeo data l'assenza di una base giuridica specifica, così come il riconoscimento della natura di servizi d'interesse generale che ne ha determinato l'esonero dal rispetto degli obblighi di tutela della concorrenza ai sensi dell'art. 86 secondo comma del TCE<sup>110</sup>. L'interpretazione restrittiva limitativa dell'intervento europeo è stata ribaltata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che con la sentenza *British telecommunication* ha giustificato e legittimato l'intervento sovranazionale, ammettendolo indipendentemente dalla natura pubblica dell'impresa o dalla connotazione generale del servizio erogato. L'interpretazione estensiva dell'art. 86 comma secondo non sarebbe tuttavia stata sufficiente in assenza di un coordinamento con il terzo comma, in base al quale alla

---

<sup>109</sup> Enunciato nell'art. 130 dell'Atto unico europeo, seppur non espressamente, il principio di sussidiarietà è uno dei capisaldi dell'architettura europea; il Trattato di Lisbona lo enuncia all' art. 5 paragrafo 3 TUE oltre che in un apposito Protocollo, il n. 2, sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, che costituisce parte integrante del trattato ed al quale va attribuito valore equivalente.

<sup>110</sup> Ai sensi dell'art. 86 secondo comma TCE, le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico possono essere sottoposte alle regole del Trattato e alle regole della concorrenza "nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di principio e di fatto, della specifica missione loro affidata". L'interpretazione data alla disposizione ha esonerato le imprese pubbliche dall'applicazione delle regole in materia di concorrenza.

Commissione è riconosciuto il potere di adottare direttive e decisioni per la rimozione degli ostacoli alla concorrenza.<sup>111</sup> La sentenza rappresenta quindi il primo passo per il riconoscimento di poteri che, pur non espressamente previsti nel Trattato, sono ricavabili in base a disposizioni che indirettamente li riconoscono, mentre per l'intervento *ex novo* dell'Unione è sempre necessario l'intervento del Consiglio.

L'orientamento generale volto a riconoscere alla Commissione poteri più penetranti si è consacrato nei Trattati, prima quello di Maastricht e poi quello di Amsterdam che, con l'art. 154 TCE sulle reti trans-europee e l'art. 16 sui servizi di interesse economico generale, hanno definitivamente assegnato ai servizi pubblici una fondamentale importanza nell'ambito dell'azione dell'Unione europea. La rilevanza assunta dalle comunicazioni elettroniche in Europa ha in poco tempo condotto alla creazione di una fitta rete di rapporti tra Europa e Stati membri in cui la prima interviene con atti direttamente vincolanti come i regolamenti e le direttive. La ragione di un'azione a carattere sempre più diffuso, va rinvenuta nella conformazione unitaria che le comunicazioni elettroniche hanno spontaneamente assunto, oltre che nella difficoltà per gli Stati membri di superare la dimensione individuale, adottando politiche imprenditoriali e azioni regolamentari di carattere globale. Emblematica è in tal senso l'abolizione del roaming, realizzata proprio grazie ad un regolamento europeo (2120/2015/UE) con cui si sono perseguiti obiettivi di carattere sociale e di garanzia della libertà di comunicazione, fino a quel momento ostacolata dall'applicazione di sovra-tariffazioni da parte delle imprese dei diversi Stati membri<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> Sent. 20 marzo 1985 CGUE pubblicata in Raccolta, 1985, 873 ss. causa n. 41/83, (Italia c. Commissione). Si sofferma sugli aspetti principali affrontati nella sentenza M. Orofino, *"Un caso concreto di governance multilevel"* CSFederalismo PAPERS, 12/2005.

<sup>112</sup> M. Orofino, *"La politica europea delle telecomunicazioni: la nuova sfida della net-neutrality"*, in Eurojus.it, 05/2017. Il regolamento costituisce l'emblema della nuova direzione della regolazione europea, non solo in senso pro-concorrenziale ma prosociale. L'Unione dimostra così l'attenzione per i temi di accesso universale ad Internet o della net neutrality, rimettendo la vigilanza sul rispetto delle disposizioni alle ANR nazionali la cui abilità dovrà essere dimostrata in sede di adozione di decisioni quanto più possibili uniformi.

#### 2.4.1 L'individuazione dei mercati rilevanti e l'analisi di mercato

Nell'esercizio dell'attività di regolazione l'Agcom deve conformarsi al rispetto di regole di derivazione europea contenute in direttive o atti di *soft law*, individuando le azioni da intraprendere nei confronti degli operatori di comunicazione elettronica, da improntare ai canoni di proporzionalità e opportunità.

Nell'ambito del procedimento di regolazione, l'analisi di mercato costituisce la fase principale, preordinata all'individuazione dei mercati rilevanti e delle imprese detentrici di significativo potere di mercato; nel corso di essa le autorità nazionali non agiscono isolatamente ma si confrontano con la Commissione e con le altre autorità di regolazione nazionali. Mentre è indubbio che i rapporti con le altre ANR siano improntate alla piena collaborazione, la mancata previsione di poteri sostitutivi in capo alla Commissione non rende altrettanto facile classificare il tipo di rapporto intrattenuto con l'autorità interna. Si tende infatti ad escludere la sussistenza di un rapporto gerarchico, inquadrandolo piuttosto in termini di collaborazione e integrazione.<sup>113</sup> Questa posizione è avvalorata dalla tipologia di atti cui la Commissione ricorre nell'interfacciarsi con le autorità di regolazione; malgrado in alcuni casi siano alla stessa riconosciuti dei veri e propri poteri di veto infatti, essa ha fino ad oggi preferito ricorrere ad atti di *soft law* (raccomandazioni, comunicazioni o osservazioni) che, pur non avendo carattere vincolante, hanno comunque una forza persuasiva nei confronti delle ANR, tale da consentirne lo spontaneo adattamento. Proprio le raccomandazioni adottate in sede d'individuazione dei mercati rilevanti, hanno comportato una significativa riduzione degli interventi regolamentari sul piano nazionale. Sulla scorta di quanto a ultimo dichiarato dalle direttive di terza generazione infatti, la regolamentazione è stata limitata a quanto strettamente necessario per

---

<sup>113</sup> In tal senso cfr. M. Orofino, "Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello", cit. 153. In senso contrario S. Cassese, "Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni", Giorn. Dir. Amm. N. 6/02, 689; L. Saltari, "Amministrazione nazionale in funzione comunitaria", Milano, 2007, 225, configura il potere di veto della Commissione in sede di adozione delle misure di cui all'art. 8 par. 4 della direttiva 2002/21/UE in termini di sovraordinazione gerarchica. Secondo Saltari la Commissione, in quanto espressione dell'interesse comunitario, può limitare l'azione delle autorità nazionali al pari di quanto avviene nelle relazioni di direzione, (viene ripresa l'accezione data da Giannini che individua le caratteristiche principali nella "sorveglianza specifica che può avere specifici poteri di controllo: approvazione di atti o annullamento d'ufficio").



garantire l'equilibrio del mercato, così da evitare un'indebita e talvolta dannosa intrusione nell'esercizio della libera impresa. Attraverso l'adozione di raccomandazioni – oggetto di preventiva consultazione con il BEREC e le altre autorità nazionali - sulla base di quanto previsto già nelle direttive del 2002, la Commissione ha proceduto a restringere notevolmente il numero dei mercati rilevanti entro i quali le ANR possono adottare misure regolamentari, sulla base del progressivo sviluppo concorrenziale in essi riscontrato<sup>114</sup>. In presenza di un mercato in grado di autocorreggere eventuali distorsioni temporanee, la tutela antitrust deve quindi preferirsi rispetto all'intervento pubblico di tipo regolamentare.<sup>115</sup>

L'analisi posta in essere dalle ANR con riferimento ai mercati di carattere transnazionale (quelli interni non sono infatti interessati dalla rilevazione della Commissione) deve tener conto di quanto stabilito nella raccomandazione, specie in sede di individuazione dei mercati rilevanti. L'eventuale scostamento rispetto a quanto in essa stabilito, pur possibile, è ammesso nei limiti procedurali previsti dall'art. 7 della direttiva quadro e può concludersi anche con l'esercizio del potere di veto da parte della Commissione. Il procedimento di analisi di mercato, per come strutturato dalle direttive del 2009, è quindi connotato dalla presenza di diversi soggetti, in grado di intervenire con poteri differenti nell'assunzione della decisione finale. L'art. 7 e il 7 bis della direttiva quadro, attribuiscono al BEREC e alle ANR singolarmente considerate, specifici poteri consultivi nell'ambito dell'analisi condotta da un'altra autorità. Infatti, la Commissione non si limita a dialogare con la singola autorità interessata, ma intrattiene delle relazioni con il BEREC e con le altre ANR i cui pareri devono essere tenuti in massima considerazione. In particolare, nell'ipotesi in cui l'istituzione europea

---

<sup>114</sup> Dal 2002 la Commissione ha adottato tre raccomandazioni: la raccomandazione 2003/311/CE ha individuato 18 mercati rilevanti suscettibili di regolamentazione ex ante; successivamente ridotti a 7, e infine, con la raccomandazione n. 2014/710/UE, a quattro.

<sup>115</sup> Questo obiettivo è delineato dal considerando n. 2 della raccomandazione del 2014 il cui scopo "è individuare i mercati di prodotti e servizi in cui sia giustificabile una regolamentazione ex ante, conformemente all'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/21/CE. In ultima analisi l'obiettivo di qualsiasi intervento regolamentare ex ante è apportare vantaggi agli utenti finali rendendo i mercati al dettaglio effettivamente concorrenziali in modo sostenibile. È probabile che le autorità nazionali di regolamentazione arriveranno gradualmente a trovare competitivi i mercati al dettaglio anche in assenza di regolamentazione del mercato all'ingrosso, soprattutto se si tiene conto dei miglioramenti previsti in materia di innovazione e concorrenza."

ritenga che il progetto di misura vada ritirato da parte dell'ANR, essa è tenuta a considerare il parere del BEREC, dovendo quanto meno giustificare l'eventuale scostamento. Ciò testimonia il ruolo che l'organismo ricopre all'interno della procedura di analisi, volto a garantire maggior coordinamento e uniformità nella predisposizione degli obblighi regolamentari secondo principi di proporzionalità e sussidiarietà<sup>116</sup>.

Mentre la decisione adottata ai sensi dell'art. 7, nell'ambito della procedura di individuazione dei mercati rilevanti e di imprese con significativo potere di mercato, è senz'altro qualificabile come atto vincolante, lo stesso non può dirsi per le raccomandazioni di cui all'art. 7 bis, adottate in sede di individuazione di rimedi correttivi delle situazioni di scarsa concorrenzialità. Tali atti, al pari di quelli adottati in sede di individuazione di mercati rilevanti, non perdono tuttavia la loro natura persuasiva esprimendo una forza tipica degli atti di *soft law*.<sup>117</sup>

L'intervento del BEREC rafforza il principio di collaborazione poiché al suo interno, oltre alle ANR, siedono anche rappresentanti della Commissione nella veste di osservatori, che con i primi possono confrontarsi adottando scelte (in forma di parere esterno) frutto di riflessioni concertate. La collaborazione richiesta dall'art. 7 tra Commissione e ANR rappresenta quindi una duplicazione di quanto svolto in seno al BEREC, che diviene così espressione degli interessi comuni in grado di contrastare quelli singolarmente manifestati.

#### 2.4.2 L'analisi di mercato e l'applicazione dei rimedi

L'analisi di mercato condotta dalle ANR una volta individuati i mercati rilevanti, conduce all'esame delle imprese detentrici di significativo potere di mercato cui eventualmente applicare particolari misure che, proprio per tale ragione, presentano

---

<sup>116</sup> In tale ottica l'art. 12 del Codice obbliga l'Agcom a trasmettere la proposta d'individuazione del mercato rilevante o di non individuazione, in via contemporanea al Berec, alla Commissione ed alle altre ANR.

<sup>117</sup> Cfr. M. Orofino, *"Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche"* cit., 152, assimila la raccomandazione agli atti normativi. Critica l'adozione di atti di *soft law* a favore di strumenti giuridici vincolanti G. De Minico, *"La direttiva Ce sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006"*, in P. Costanzo, G. De Minico, R. Zaccaria, (a cura di), *I tre codici della società dell'informazione*, Torino, 2006, 177.

carattere asimmetrico. La definizione di significativo potere di mercato ed i criteri per la sua individuazione sono formulati dall'art. 14 della direttiva quadro e dall'Allegato II della stessa. L'art. 14 della direttiva definisce l'impresa titolare di un significativo potere di mercato come quella che, *"individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante ossia una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori"*. Le autorità nazionali di regolamentazione, procede l'articolo, *"nel valutare se due o più imprese godono congiuntamente di una posizione dominante sul mercato, ottemperano alla normativa comunitaria e tengono nella massima considerazione gli orientamenti per l'analisi del mercato e la valutazione del rilevante potere di mercato pubblicati dalla Commissione a norma dell'articolo 15"*.

La definizione riportata, pur riprendendo in parte quella tipicamente concorrenziale se ne discosta nei limiti in cui ammette il ricorso al rimedio anche in presenza di un'impresa titolare di significativo potere di mercato, indipendentemente quindi da un abuso, come invece richiesto nell'ambito della tutela antitrust. Quest'ultima costituisce tuttavia una presenza immanente nelle valutazioni poste in essere dalle ANR, di cui esse devono tener conto come parametro di valutazione.

In sede di individuazione dei mercati rilevanti, le autorità sono tenute a rifarsi a quanto sancito dalla Commissione, la quale periodicamente aggiorna la raccomandazione individuando quelli che, non avendo ancora raggiunto un livello di concorrenza sufficiente, necessitano di apposite misure regolamentari. Le autorità di regolazione hanno tuttavia la possibilità di individuare mercati rilevanti ulteriori valutando la sussistenza di requisiti specifici come, ad esempio, la presenza di ostacoli di carattere non transitorio all'accesso o condizioni strutturali tali da impedire il superamento della situazione anticoncorrenziale e ritenere non risolutivo l'intervento del diritto antitrust.

Una volta verificato il grado di concorrenzialità del mercato e la sua rilevanza<sup>118</sup>, l'autorità nazionale procede all'individuazione dell'impresa significativa e può procedere all'imposizione di obblighi regolamentari o alla revoca di quelli precedentemente imposti. La predisposizione di rimedi specifici, non avendo effetto sanzionatorio ma correttivo di situazioni distorsive, richiede precise valutazioni circa la loro proporzionalità e necessità. Tale effetto presuppone però il carattere della temporaneità e comporta un esame di tipo prospettico, circa la possibilità che in futuro, in assenza del rimedio, possa ritenersi lesa la capacità degli operatori di svilupparsi autonomamente, a causa delle posizioni assunte da altre imprese. Il rimedio non può quindi essere imposto in via permanente, venendo altrimenti meno uno dei principali caratteri della regolazione, ma è soggetto a una valutazione periodica su base triennale (nel caso di adozione di una precedente misura relativa a quel mercato) o biennale in caso di nuova raccomandazione adottata da parte della Commissione<sup>119</sup>; l'attività di riesame, per come attuata, richiede tuttavia il coordinamento dell'autorità antitrust con quella di regolazione, non solo a livello nazionale ma anche europeo.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> Anche in questo caso la nozione di rilevanza del mercato viene in parte ripresa dal diritto della concorrenza europeo e in particolare dal reg. 1/2003/ CE che fornisce una duplice accezione, merceologica *"tutti i prodotti e servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati, nonchè in funzione delle condizioni di concorrenza e della struttura di domanda ed offerta sul mercato"* e geografico quando *"comprende l'area in cui le imprese interessate forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e distinguibile dalle aree adiacenti in cui si presentano situazioni di concorrenza differenti"*. La verifica della sostituibilità dal punto di vista geografico si rivela necessaria in ragione della diversa penetrazione che la rete può avere in un'area metropolitana piuttosto che rurale.

<sup>119</sup> La disciplina nazionale non prevede l'ipotesi di mancato svolgimento periodico dell'analisi affermando l'art. 19 comma 8 che, *"qualora l'Autorità non completi l'analisi di un mercato rilevante individuato nella raccomandazione entro il termine fissato al comma 8, il BEREC le fornisce, su richiesta, assistenza, per completare l'analisi del mercato specifico e degli obblighi specifici da imporre. Con tale assistenza l'Autorità notifica entro sei mesi il progetto di misura alla Commissione a norma dell'articolo 12"*.

<sup>120</sup> Le autorità devono quindi verificare se a livello interno vi siano o meno condizioni differenti idonei a giustificare l'individuazione di mercati rilevanti ulteriori. Nel fare ciò esse si avvalgono dei criteri geografici e merceologici utilizzati a livello europeo. Il diritto della concorrenza non rimane però al di fuori di questa attività ma al contrario la permea; sia le direttive europee che il codice delle comunicazioni elettroniche, stabiliscono infatti che l'individuazione dei mercati rilevanti debba essere operata conformemente ai principi del diritto della concorrenza e *"sulla base e la struttura del mercato nazionale delle comunicazioni elettroniche"*.

Nel definire il mercato rilevante e le imprese dominanti, le autorità nazionali non sono libere di agire in quanto soggette al rispetto di specifici obblighi di consultazione. In particolare, esse sono obbligate a ricorrere alla consultazione pubblica con riferimento ai soggetti nazionali interessati (art. 6 direttiva quadro) e a porre in essere la consultazione pubblica comunitaria ex art. 7, nei confronti dell'ANC nazionale, del BEREC, delle altre ANR e della Commissione. Se infatti l'analisi è volta all'imposizione di specifiche misure, alla revoca o alla modifica e esse sono tali da poter influenzare gli scambi commerciali all'interno del mercato interno, la rilevanza transnazionale che la stessa assume è tale da rendere necessario il confronto a livello europeo<sup>121</sup>. La raccomandazione della Commissione di individuazione dei mercati legittima l'esercizio del potere di veto rispetto all'adozione di rimedi atipici da parte delle ANR, ma non anche rispetto a quelli tipici. Le misure correttive che queste possono adottare sono state infatti definite tassativamente dalle direttive europee, secondo una precisa scala gerarchica il cui rispetto va dimostrato. La scelta della misura più opportuna, ferma la necessaria motivazione, è tuttavia rimessa in via esclusiva all'autorità nazionale, escludendosi quindi il potere di veto della Commissione, esercitabile solo con riferimento all'adozione di rimedi atipici e per casi eccezionali. L'imposizione dei rimedi ad una determinata impresa con significativo potere di mercato è soggetta ad un procedimento complesso che richiede il rispetto degli obblighi di consultazione nazionali e comunitari, ma che non consente il veto della Commissione; tale impostazione è dovuta al fatto che, salvo l'adozione di rimedi atipici, le autorità nazionali si ritengono i soggetti maggiormente in grado di valutare lo stato concreto del mercato di competenza e la concreta efficacia della misura adottata. Le misure di cui si parla vengono definite asimmetriche proprio perché imposte esclusivamente alle imprese titolari di significativo potere di mercato, che sono così tenute a rispettare specifici obblighi a carattere temporaneo e residuale, poiché limitati alla realizzazione o al ripristino di condizioni di concorrenzialità non

---

<sup>121</sup> Cfr. F. Marini Balestra, *"Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche"*, cit. 124, afferma il superamento del requisito dell'influenza sul mercato interno, in forza di una prassi avvalorata dalla Commissione che lo ritiene esistente in tutti i provvedimenti delle autorità di regolazione che conducono all'imposizione di rimedi.

altrimenti realizzabili<sup>122</sup>. Alla loro imposizione segue quindi una verifica periodica del mercato che può condurre anche a una loro revoca o modifica. Nell'imposizione dei rimedi quindi le autorità devono seguire i criteri di residualità e proporzionalità, applicandoli per finalità di riequilibrio concorrenziale. Fino al 2002 l'applicazione dei rimedi era invece legata al superamento di soglie percentuali predefinite ma ciò comportava l'attribuzione di un carattere di automaticità che rischiava di pregiudicare il loro carattere eccezionale.<sup>123</sup> Tale procedura è stata così sostituita da una valutazione penetrante circa la posizione occupata dall'impresa e gli effetti limitativi che essa assume rispetto allo sviluppo del mercato. In presenza di un mercato merceologicamente neo costituito quindi, la posizione di un'impresa potrebbe essere ritenuta come non idonea ai fini dell'individuazione di misure asimmetriche (considerando 27 della direttiva quadro 2002/21/CE)<sup>124</sup>.

La direttiva del 2009 ha arricchito il procedimento di una fase ulteriore, prevedendo l'ingresso del BEREC nella procedura di definizione dei rimedi delineata dai nuovi articoli 7 bis e ter.

L'intervento del BEREC è stato descritto come elemento compensativo della mancata adozione del potere di veto da parte della Commissione in sede di scelta della misura asimmetrica nazionale. La sua azione dovrebbe infatti consentire l'adozione di soluzioni uniformi in presenza di situazioni simili, evitando così il rischio di lasciare margini di libertà troppo ampi alle ANR. Nella nuova procedura infatti, le autorità sono tenute a considerare il parere del BEREC presso cui le stesse siedono, autodeterminandosi verso l'adozione di soluzioni comuni. La scelta di misure differenti viene considerata uno dei principali fattori di frammentazione del mercato europeo,

---

<sup>122</sup> Resta ferma la possibilità di prevedere misure simmetriche, ovvero misure imposte a tutti gli operatori economici indipendentemente dal potere di mercato che questi detengono. Alcuni di questi sono previsti ad esempio dalla direttiva accesso (art. 5 e 6) e sono funzionali alla realizzazione di obiettivi differenti da quelli prettamente concorrenziali.

<sup>123</sup> Cfr. A. De Streele *"The integration of competition law principles in the new european regulatory framework for Electronic communications"* in *World competition*, 26/2003, 489-514, per un esame del rapporto tra regolazione e concorrenza.

<sup>124</sup> Occorre distinguere l'imposizione dei rimedi nei mercati all'ingrosso rispetto a quelli previsti all'interno dei mercati al dettaglio. In quest'ultimo caso infatti, l'imposizione dei rimedi è ammessa solo preventiva applicazione nei mercati all'ingrosso e verifica della loro insufficienza.

suscettibile di determinare situazioni d'incertezza giuridica in grado di pregiudicare lo sviluppo uniforme delle comunicazioni elettroniche. Il conferimento alla Commissione di un potere di veto in sede di predisposizione di rimedi, risiede nella volontà di limitare le originarie differenze tra i mercati, accentuate dalle decisioni assunte a livello nazionale. Le singole autorità dispongono quindi degli strumenti idonei a valutare se una determinata misura sia proporzionata rispetto all'obiettivo concorrenziale, ferma la possibilità di acquisire ulteriori strumenti di valutazione, grazie al ricorso alla consultazione pubblica e a quella istituzionale<sup>125</sup>. L'introduzione di una "scala gerarchica" tra i rimedi imponibili, rappresenta però una prima limitazione al potere delle ANR che sottopone a controllo la loro attività<sup>126</sup>.

La gerarchia prevista per i rimedi (dal meno insidioso per la libertà d'impresa al più interventista) fa sì che la Commissione possa sindacare il rimedio adottato dall'Autorità, sospendendone l'efficacia in forza di una raccomandazione che deve essere tenuta in considerazione non solo dalle autorità nazionali ma anche dai giudici<sup>127</sup>.

L'intervento della Commissione può del pari assumere tre diverse accezioni a seconda del grado di influenza che la stessa intende esercitare sulle ANR. In particolare, essa può ricorrere a mere lettere di commento non vincolanti che devono essere prese in massima considerazione dall'autorità; al potere di veto in caso di individuazione di mercati rilevanti diversi da quelli previsti dalla raccomandazione, o di

---

<sup>125</sup> Il ruolo della Commissione in sede di elaborazione dei rimedi e le relazioni instauratesi vengono definite come "regolazione monitorata" cfr. M. Clarich e R. Cassano *"L'imposizione degli obblighi regolamentari ex ante nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche"* in Dir. Informaz. e informatica 1/2009, 24 ss.

<sup>126</sup> I rimedi individuati dalla direttiva 19/2002 sono indicati agli art. 9-13 bis, modificati dalla direttiva 2009/140/CE. Si tratta dell'obbligo di trasparenza (art.9), di non discriminazione (art. 10), di separazione contabile (art. 11), di accesso e di uso di determinate risorse di rete (art. 12) e di controllo dei prezzi e contabilità dei costi (art. 13); l'obbligo di separazione funzionale è stato introdotto dall'art. 13bis della direttiva del 2009 e interviene nell'organizzazione interna dell'impresa, imponendo di collocare le attività di fornitura dei prodotti all'accesso in un'entità commerciale separata ed indipendente. L'intervento diretto e di tipo strutturale, ne comporta la qualifica come rimedio ultimo, cui ricorrere esclusivamente nel caso in cui tutti i precedenti si siano rivelati insufficienti a consentire l'apertura alla concorrenza del mercato. Meno limitativo della libertà d'impresa dell'operatore si rivela invece l'obbligo di trasparenza applicato in sede di presentazione dell'offerta che richiede una distinzione analitica delle voci di costo, facilitandone la valutazione. Infine l'obbligo di non discriminazione, vieta l'applicazione di condizioni differenti tra le divisioni commerciali dell'operatore dominante e gli operatori concorrenti che richiedono l'accesso alla rete.

<sup>127</sup> Sent. Corte di Giustizia, C-55/06 Arcor, del 24 aprile 2008.

differenti misure atipiche o di imprese titolari di potere di mercato; infine, e questo rappresenta il caso più frequente, essa può ricorrere all'adozione di una raccomandazione che sospende, con effetto trimestrale, la decisione. Durante questo periodo la Commissione, il BEREC e l'ANR decidente devono cooperare tra loro, così da giungere all'adozione di una decisione quanto più possibile coordinata. Nel corso di questa procedura il primo assume un ruolo centrale poiché, ove condivide i dubbi della Commissione, è tenuto a coadiuvare la singola ANR nell'adozione di una misura quanto più possibile conforme ai desiderata espressi dall'istituzione. Tuttavia l'art. 7 bis non esclude che il BEREC, non condividendo la posizione della Commissione, appoggi la decisione dell'ANR. In tal caso, privilegiandosi la decisione del network è la Commissione che deve tenere in massima considerazione il parere dell'Organismo, adottando eventualmente una raccomandazione verso l'Autorità nazionale, chiamata a dar conto, entro un mese dall'adozione, della decisione finale da giustificare in caso di discostamento.

La volontà di trovare soluzioni coordinate a livello nazionale si è rinvenuta anche nel codice delle comunicazioni elettroniche, in cui sono stati previsti strumenti di consultazione e valutazione delle decisioni che impongono obblighi motivazionali specifici, la cui assenza può essere oggetto di impugnazione dinanzi al giudice nazionale. L'obbligo motivazionale previsto dall'art. 7 bis in caso di adozione di un rimedio contrario alla raccomandazione individuale adottata dalla Commissione, espone quindi l'ANR all'impugnazione della decisione e ai conseguenti rischi giuridici, evitabili ove l'adozione del rimedio non si riveli strettamente necessaria rispetto al contesto nazionale.

## **2.5 Modelli di partecipazione all'attività regolamentare nelle comunicazioni elettroniche**

Nell'esercizio dell'attività regolamentare l'Agcom assume comportamenti inclusivi dei soggetti interessati dai propri atti, avvalendosi di procedure e istituti che, introdotti dal diritto europeo, hanno ottenuto l'avallo anche della giurisprudenza. La



consultazione pubblica rappresenta la principale modalità attraverso cui l'Autorità tiene conto delle posizioni espresse da tutti i soggetti interessati, in occasione di un provvedimento regolamentare normalmente adottato in forma di delibera. Con essa si consente infatti l'acquisizione delle informazioni necessarie per l'elaborazione di regole attenti alle esigenze degli operatori e della società intera.

Nell'ottica di garantire la partecipazione massima di tutti gli interessati, il diritto europeo promuove la consultazione, al fine di consentire l'adozione di provvedimenti conformi ai principi di sussidiarietà e proporzionalità.

Tale visione è condivisa dalla giurisprudenza nazionale che la ritiene uno strumento idoneo a colmare il deficit di legittimazione democratica addebitato alle autorità. La presentazione di osservazioni e l'obbligatorietà per l'autorità di motivare adeguatamente il provvedimento, garantirebbero infatti la legittimazione procedurale idonea a fondare il potere regolamentare dell'ANR. Tale obbligo agisce inoltre sul piano dell'*accountability*, rafforzando all'esterno l'attività del regolatore.<sup>128</sup> L'attività regolamentare trova quindi nella consultazione e negli obblighi motivazionali, il corrispettivo di quello che, nell'attività legislativa, è la rappresentanza politica. L'obbligo di tener conto delle osservazioni formulate dai soggetti intervenuti, assicura infatti una migliore ponderazione di tutte le posizioni e gli interessi coinvolti, conformemente ai principi di sussidiarietà e proporzionalità<sup>129</sup>.

La necessità di ricorrere a un procedimento di consultazione non è una peculiarità delle autorità nazionali ma è previsto anche per il BEREC<sup>130</sup> e per la Commissione<sup>131</sup>. Ciò fa sì che l'adozione dei provvedimenti da parte delle ANR

---

<sup>128</sup> Cfr. C. Spadaro, "Agcom e procedura di notice and comment" Riv. Reg. Merc. 2/2014, 375 – 390; E. Chiti, "La disciplina procedurale della regolazione" in Riv. trim. Dir pubbl., 2004, 679 ss.

<sup>129</sup> Sulla funzione dell'intervento degli interessati nel procedimento Cfr. S. Cassese, "Il privato ed il procedimento amministrativo. Un'analisi della legislazione e della giurisprudenza" in Riv. It. Sc. Giur. 1971, 25 ss. La partecipazione dell'interessato nel procedimento realizza tre distinte funzioni, partecipativa, collaborativa e difensiva dei propri interessi.

<sup>130</sup> L'elaborazione di linee guida sulla net neutrality, Bor (16) 94, è stata seguita da una consultazione pubblica con cui si è in parte tentato di limitare le critiche che erano piovute sul momento antecedente la loro elaborazione, in cui si era prevalentemente fatto ricorso a panel ed incontri con operatori.

<sup>131</sup> Anche la Commissione ha fatto ricorso alla consultazione, acquisendo dati provenienti da autorità nazionali, associazioni di consumatori e soggetti imprenditoriali, che una volta incrociati, permettono di valutare la necessità di operare un intervento, rispetto alle percezioni dei soggetti interessati. In occasione della consultazione pubblica della Commissione ad es., alcuni operatori di comunicazione

derivanti dalla normativa europea siano oggetto di una duplice consultazione, la prima a livello europeo e la seconda nazionale. La procedura è soggetta ad una specifica cadenza temporale, dettata dall'art. 6 della Dir. 2002/21/CE e dall'art. 11 del codice delle comunicazioni elettroniche che la introduce sia per l'Agcom che per il MISE. Entrambe le disposizioni richiedono infatti il rispetto di un termine, pari a 30 giorni dalla pubblicazione della proposta di provvedimento sul sito internet, entro cui si è tenuti a presentare le osservazioni.

Il rispetto dei termini richiama ancora una volta i principi di lealtà e collaborazione da parte di chi partecipa, e deve tener conto del rischio insito nella possibilità che gli operatori forniscano informazioni in grado di condurre verso la direzione per essi maggiormente desiderabile. Il problema di cattura del regolatore può infatti porsi proprio in sede di consultazione pubblica, specie ove si consideri che a questa partecipano gli operatori economicamente più forti, titolari di un bagaglio di dati maggiore<sup>132</sup>. La definizione di regole generali per lo svolgimento della procedura è quindi necessario ma non sufficiente a scongiurare i rischi di sviare il regolatore, specie ove si consideri che l'obbligo di motivazione è rafforzato solo in presenza di decisioni differenti da quanto emerso in sede di consultazione. Attraverso quest'ultima non si elude pertanto il rischio di asimmetrie informative, specie ove manchino forme di controllo adeguate da parte di chi vi sovrintende, ma si contribuisce a limitare la posizione degli operatori più forti e il rischio di cattura.<sup>133</sup>

---

elettronica hanno manifestato i difetti di distribuzione delle competenze regolamentari esistenti a livello nazionale. La distribuzione delle competenze così articolata comporta infatti una duplicazione dei costi amministrativi che gli operatori devono sostenere; si è pertanto auspicato un miglior coordinamento delle autorità a livello nazionale.

<sup>132</sup> R. Posner, "Theories of economic regulation", Working paper n. 41, Center for economic analysis of human behavior and social institutions, 1974, [www.nber.org.it](http://www.nber.org.it) "The theory of capture holds that regulation is supplied in response to the demands of interest groups struggling among themselves to maximize the incomes of their members. The theory that economic regulation is not about the public interest at all but members. The theory that economic regulation is not about the public interest at all, but is a process by which interest groups seek to promote their (private) interests.", 13.

<sup>133</sup> S. Cassese, "Negoziazione e trasparenza nei procedimenti dinanzi alle autorità amministrative indipendenti" in "Il procedimento davanti alle autorità amministrative indipendenti", AA.VV, Torino, 1999, 37 ss.; M. Clarich, "Garanzia del contraddittorio nel procedimento", in Dir. amm., 2004, 59 ss. Tra i teorici della teoria della cattura cfr. Stigler, "The theory of economic regulation" in The bell journal of economics and management science, vol. II, 1971.

La procedura ha assunto maggiore rilevanza anche grazie alla giurisprudenza che l'ha considerata un requisito fondamentale di legittimità dell'azione regolamentare.<sup>134</sup>

L'efficacia dello strumento è tuttavia direttamente proporzionale al grado di partecipazione e richiede la predisposizione di domande immediate e facilmente comprensibili dai destinatari. Tale fattore dipende tuttavia anche dal grado di importanza riconosciuto al soggetto che dà avvio alla consultazione pubblica e che può giustificare l'impiego di risorse nella consultazione. Dal lato delle imprese la partecipazione costituisce infatti un momento importante di intervento nelle scelte regolamentari per cui maggiore è la percezione dell'azione, maggiore sarà la volontà di farne parte, non essendo essa obbligatoria. L'esito della consultazione può quindi costituire lo specchio delle esigenze della società nei limiti in cui però vi sia la più ampia adesione.

L'efficacia della consultazione dipende però anche dall'interesse che l'Autorità ripone in essa e nella effettiva considerazione di tutte le posizioni emerse. Frequentemente infatti, si preferisce far ricorso ad incontri con alcuni soggetti selezionati e ritenuti maggiormente coinvolti dall'azione dell'autorità. È durante questa tipologia di consultazione, detta chiusa, che sussistono i maggiori rischi di cattura del regolatore, poiché la selezione degli interessati potrebbe esser facilmente influenzata dal grado dei rapporti intercorrenti tra esponenti dei regolatori nazionali e delle grandi imprese<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup> Cfr. Sent. Tar Lazio n. 2772/2015; Cons. St. sez. VI, 2 marzo 2010 n. 1215 che ha sancito l'applicazione della L. 241/1990 e in particolare dell'obbligo di motivazione anche agli atti regolamentari. Un importante contributo proviene dalla giurisprudenza inerente l'attività dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico, che si è peraltro dotata di un regolamento disciplinante la partecipazione dei cittadini all'attività regolamentare. Vv. sent. Cons. St. VI sez., 20 gennaio 2015, n.1532; come contributi vv. G. Puccini, *"Giurisprudenza Aegsi e Consob"* Osservatorio delle fonti, 2/2015; S. Del Gatto, *"La partecipazione alle attività delle autorità amministrative indipendenti"*, Giorn. Dir. Amm., 9/2010, 947 – 954.

<sup>135</sup> Un'interessante prospettiva è quella di chi ritiene necessario assicurare alle Autorità persone dotate di adeguata professionalità e competenza tecnica, cui vanno riconosciute prospettive di crescita professionale tali da escludere l'influenza di gruppi esterni. L'indipendenza si realizzerebbe pertanto attraverso il riconoscimento di un ruolo attivo alle autorità attraverso l'elaborazione di proposte e soluzioni condivise. Sul punto cfr. S. Mariotti, *"La regolazione neutrale dei mercati"* in S. Mariotti, P.G. Torriani, (a cura di) *Energia e comunicazioni: le autorità indipendenti a dieci anni dalla loro costituzione*, Milano, 2016, 16.

La consultazione richiede quindi uno sforzo ulteriore, finalizzato a consentire la diffusione di tale strumento non solo tra i regolatori ma ancor prima tra i destinatari. L'obbligo motivazionale o la pubblicazione delle osservazioni sui siti internet delle autorità costituiscono in tal senso un importante segnale che incentiva a partecipare all'attività di regolamentazione con un ruolo non meramente passivo ma attivo<sup>136</sup>. Nell'ambito della procedura di cui all'art. 7, 7 bis e 7 ter, ci si basa anche sull'acquisizione di osservazioni da parte di altre autorità e organismi che valutano l'impatto sul mercato derivante dall'adozione del provvedimento.<sup>137</sup> Tale ipotesi, come già osservato, non è obbligatoria ma richiede la previa valutazione dell'impatto significativo sul mercato e dell'influenza tra gli Stati membri.

I tempi lunghi di realizzazione (30 giorni per presentare le osservazioni) e la rimessione alla volontà degli stakeholders di parteciparvi, rischiano tuttavia di vanificare gli obiettivi della regolazione, chiamata a agire tempestivamente in un mercato soggetto a repentini cambiamenti.

## 2.6 Strumenti di analisi e valutazione della regolazione

Tra gli strumenti di *better regulation* rientrano quelli preordinati all'analisi ex ante delle differenti opzioni regolamentari esaminate dall'autorità.

L'analisi di impatto della regolazione, diffusa negli Stati Uniti negli anni '70, si è successivamente affermata in Europa come strumento di valutazione delle azioni regolamentari, specie in termini di costi/benefici che le stesse comportano<sup>138</sup>.

La ragione principale che ha condotto all'introduzione della procedura di analisi, deriva dalla necessità di limitare i costi derivanti dalla regolazione, non solo

---

<sup>136</sup> Cfr. C. Raiola, "La consultazione nelle autorità indipendenti" Rassegna osservatorioAIR, 1/2010.

<sup>137</sup> Cfr. E. Chiti, "La dimensione funzionale del procedimento" in (a cura di) L. Fiorentino, Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme, Milano, 2008, 111 ss. La consultazione viene collocata all'interno del procedimento composto, all'interno del quale la collaborazione e la difesa tradizionalmente assolta dalla procedura, assumono un connotato particolare poiché quest'ultima consente il coordinamento tra autorità comunitarie e nazionali con finalità di negoziazione di interessi e controllo reciproco.

<sup>138</sup> La diffusione dell'AIR in Europa si deve all'impulso a una raccomandazione e a un rapporto dell'OCSE il "Regulatory Impact Analysis: best practices in OECD countries" in cui sono state indicate le linee guida per il miglioramento della regolazione.

quelli a carico delle imprese ma anche delle stesse autorità<sup>139</sup>. L'adozione di atti regolamentari volti a definire obblighi o norme di comportamento, richiede infatti la predisposizione di appositi apparati di controllo e di polizia idonei a prevenire e evitare una loro violazione. Dal punto di vista delle imprese invece, se la regolazione può senz'altro essere utile in sede di formazione di un mercato, dall'altro un'attività regolamentare superflua o eccessivamente vincolante, può limitarne lo sviluppo pregiudicando la loro capacità innovativa o imprenditoriale<sup>140</sup>.

Lo svolgimento di un'analisi preordinata a valutare tutte le opzioni adottabili consente di razionalizzare i processi decisionali, limitando l'intervento regolamentare a quanto strettamente necessario per il raggiungimento dell'obiettivo che non deve essere necessariamente di natura economico-concorrenziale.

Al miglioramento dei processi regolamentari si accompagna anche la volontà di semplificare la produzione normativa di derivazione nazionale, in presenza di una normazione europea già piuttosto consistente<sup>141</sup>.

L'utilizzo dell'AIR nell'ambito delle comunicazioni elettroniche va quindi inquadrato all'interno dell'obiettivo di semplificazione, ma risponde anche a finalità pro-concorrenziali tipiche della regolazione. Gli obiettivi di *better regulation* cui lo strumento è ispirato, non possono prescindere da un'analisi puntuale e attenta delle diverse opzioni di intervento o non-intervento, cui si accompagna l'analisi dei costi e benefici sociali e economici derivanti da ciascuna di essa<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> Cfr. A. Greco, "L'analisi di impatto della regolamentazione: origini e tendenze recenti", [www.Federalismi.it](http://www.Federalismi.it), giugno 2009; N. Rangone "La qualità della regolazione indipendente", 2010, [www.IRPA.it](http://www.IRPA.it). ricollega l'introduzione dell'AIR al Business Impact assessment System, elaborato dall'OCSE nel 1986 e limitato alla valutazione dei costi sostenuti dalle imprese per l'adeguamento alla regolazione, solo successivamente estesa anche ai costi sociali ed ambientali derivanti dall'adozione dei regolamenti.

<sup>140</sup> Cfr. N. Rangone, "Autorità indipendenti ed air" in "Arbitri dei mercati" cit. 135 – 151.

<sup>141</sup> C. Grisolia, "Il ravvicinamento formale e procedurale delle fonti comunitarie e nazionali: la valorizzazione dei meccanismi di partecipazione e consultazione nell'attività normativa del governo" in Osservatorio sulle fonti, 3/2012, 49-76; S. Salvi, "Gli approcci alla valutazione nelle politiche di better regulation: la regulatory impact analysis", Osservatorio AIR 2/2013, 18; B. Mattarella, "Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo" Osservatorio AIR, 9/2010, 25; G. Majone, "The transformations of the regulatory state" Osservatori AIR, 9/2010, 24; M. De Benedetto, "Tecniche di analisi della regolazione nell'istruttoria degli atti normativi del Governo: Niente (o assai poco) di nuovo sotto il sole" OsservatorioAIR 9/2010, 15. A. Natalini, F. Sarpi, "L'insostenibile leggerezza dell'AIR" in Giorn. Dir. Amm. 3/2009, 229–240.

<sup>142</sup> L'opzione zero non è comunque ammissibile in presenza di un operatore dominante.

Le istanze di semplificazione e miglioramento dei processi decisionali sono state accolte in Italia dalla legge n. 229 del 2003<sup>143</sup> che ha reso obbligatoria l'AIR per le autorità amministrative indipendenti. L'Agcom e altre autorità, tra cui la Banca di Italia e l'IVASS hanno così introdotto l'attività di analisi nei loro procedimenti, istituendo in alcuni casi anche uffici ad hoc, conformemente a quanto stabilito dall'art. 12 della legge citata secondo cui *“le autorità amministrative indipendenti, cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza o regolatorie, si dotano, nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti di forme o metodi di analisi di impatto della regolamentazione per l’emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di pianificazione o programmazione e comunque di regolazione”*. Dall'analisi sono state escluse le segnalazioni, gli atti consultivi, ed i procedimenti posti in essere dall'autorità garante della concorrenza in ragione delle peculiarità riconosciute alla sua attività.

L'impiego dell'AIR risulta tuttavia parziale in alcuni casi e sovente confuso con la motivazione di una decisione già assunta<sup>144</sup>. Il corretto svolgimento dell'analisi imporrebbe invece la precisa individuazione dei costi e dei benefici di ciascuna scelta potenziale, tra cui rientra come già detto, anche l'opzione zero che raramente viene contemplata nelle relazioni<sup>145</sup>.

L'intero processo di analisi costituirebbe quindi un elemento a sostegno dell'*accountability* dell'autorità con cui giustificare le proprie scelte e rendere conto del proprio operato dinanzi a cittadini e Parlamento.<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> Cfr. A. Natalini, *“La sperimentazione dell’AIR a livello statale”*, in Riv. trim.Sc. Amm., 2000/4, 109.

<sup>144</sup> Sulla differenza tra motivazione del provvedimento ai sensi della L. 241/1990 e giustificazione cfr. B. Mattarella, *“Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo”*, 9/2010,24, Paper dell'Osservatorio AIR.

<sup>145</sup> Cfr. B. G. Mattarella, *“Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo”*, Paper dell'Osservatorio AIR, 9/2010, 24, con riferimento alla possibile adozione dell'opzione zero ritiene tale eventualità realizzabile solo nell'ipotesi in cui la scelta finale sia operata da un soggetto differente da quello che ha proposto l'analisi. Infatti difficilmente chi ha proposto un atto ritorna sulle proprie scelte, specie nel caso in cui si tratti di un organo ministeriale legato a ragioni politiche.

<sup>146</sup> Cfr. N. Rangone, *“Autorità indipendenti e air”* in Arbitri dei mercati cit. 138, afferma come l'introduzione dell'Air costituisca un elemento a garanzia dell'indipendenza dell'Autorità che in tal modo legittima il proprio operato in base ad elementi *“di evidenza empirica”*, fermo il rischio di eccessiva ingerenza da parte dell'organo politico.

Tuttavia, l'obiettivo di razionalizzazione delle scelte decisionali che l'analisi mira a realizzare si scontra con due necessità. La prima è quella di contenimento dei tempi procedurali che rischiano inevitabilmente di allungarsi; la costituzione di uffici a ciò deputati non necessariamente assicura la celerità del procedimento, specie ove sia necessario acquisire dati e informazioni da uffici differenti o da altre autorità.

La seconda consiste nella salvaguardia dell'indipendenza dell'autorità, che potrebbe invece esser compromessa dall'eccessiva esposizione esterna determinata dall'AIR. Questi fattori conducono l'Agcom a mascherarla con l'analisi di mercato, da cui si differenzia sia nello svolgimento che nella finalità<sup>147</sup>; essa richiede infatti l'individuazione degli impatti positivi e negativi che una scelta potrebbe avere sul mercato, compresa l'opzione zero che nell'analisi economica non trova invece spazio.

L'Agcom è tenuta a ricorrere all'AIR ai sensi dell'art. 13 comma 8 del Codice delle comunicazioni elettroniche ed è obbligata a dotarsi di forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione per ogni atto.<sup>148</sup> L'AIR non è pertanto condizionata alla precedente individuazione dei mercati o delle imprese titolari di significativo potere di mercato ma è riferita ad ogni tipologia di proposta regolamentare elaborata dall'Autorità la cui responsabilità è rimessa al Consiglio dell'Autorità e non sostituisce ma al più accompagna l'analisi di mercato. Deve sottolinearsi però come negli ultimi tempi l'Agcom abbia sensibilmente migliorato le proprie analisi, attribuendo loro una rilevanza autonoma<sup>149</sup>; ad essere migliorata è in particolare la modalità con cui l'AIR viene condotta, comprensiva di tutti i costi e i benefici, sociali e economici, coinvolti nell'intervento.<sup>150</sup>

---

<sup>147</sup> Cfr. M. Giorgio, "L'AIR nell'Agcom", OsservatorioAIR, 4/2015, 20, critica l'adozione in forma semplificata dell'AIR come appendice dell'analisi di mercato.

<sup>148</sup> L'introduzione in capo all'Agcom dell'obbligo di ricorso all'AIR si deve ad una Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 27 marzo 2000, "Analisi tecnico-normativa e analisi dell'impatto della regolamentazione" ed alla Legge 8 marzo 1999, n. 50, "Delegificazione e codificazione di norme concernenti procedimenti amministrativi".

<sup>149</sup> Sul punto cfr. M. Giorgio "L'AIR nell'Agcom", cit.17 ss, ripercorre gli sviluppi dell'AIR nell'attività posta in essere dall'Agcom. In particolare, si individuano quattro distinte fasi di impiego dell'AIR tra cui quella in cui essa è integrata nell'analisi di mercato. L'impostazione generale adottata dall'Autorità vede tuttavia diversamente declinata l'AIR in relazione al tipo di mercato di volta in volta oggetto di regolamentazione.

<sup>150</sup> Con delibera 125/16/CONS l'Autorità ha adottato un regolamento recante la disciplina dell'AIR, con cui si è definitivamente sancita l'integrazione di AIR e VIR all'interno dell'attività, definendo non solo

L'AIR e la consultazione pubblica costituiscono quindi degli strumenti fondamentali per il miglioramento dei processi regolamentari, consentendo di valutare gli impatti dell'intervento anche alla luce delle osservazioni presentate dalla parti nel corso della consultazione. Il ricorso a questa modalità di analisi poco si adatta al contesto sovranazionale e alla volontà di creare una *governance* che sia quanto più possibile unitaria. Le informazioni acquisite dagli stakeholders e la valutazione circa i costi e i benefici adottati sono infatti acquisibili e meglio valutabili da parte dell'AGCOM, piuttosto che da un organismo sovranazionale come un'autorità di regolazione europea. In tal senso il ruolo delle autorità di regolazione nazionale rimane fondamentale come elemento di raccordo tra il territorio e l'economia, potendo semmai le informazioni e le proposte elaborate, divenire oggetto di discussione all'interno del BEREC<sup>151</sup>.

## 2.7 Regolazione e concorrenza

L'istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) e la previsione di strumenti di *better regulation* come l'AIR o la consultazione pubblica, rispondono alla finalità di valorizzare la concorrenza, riducendo progressivamente gli interventi normativi. La regolazione viene infatti concepita come un limite al libero funzionamento del mercato ed è giustificata solo per il tempo strettamente necessario, così da realizzare finalità pro-concorrenziali.

Con riferimento alle comunicazioni elettroniche, tale assunto è espresso già nelle direttive europee del 2002 che giustificano l'imposizione di misure regolamentari solo nei mercati transnazionali non concorrenziali e per il tempo necessario al

---

l'ambito di applicazione dell'analisi (atti amministrativi generali, programmazione, pianificazione, regolazione), ma anche le modalità con cui essa dovrà svolgersi; l'art. 2 del regolamento così recita: "*Le proposte di atti di cui all'articolo 1, per i quali trova applicazione l'AIR, sono pubblicate in un documento contenente gli aspetti relativi all'analisi di impatto, redatto secondo criteri e metodi definiti dall'Autorità con proprie linee guida. Il documento che comprende gli aspetti relativi all'analisi di impatto è pubblicato, a cura del responsabile del procedimento, sul sito istituzionale dell'Autorità e, ove opportuno, comunicato agli interessati attraverso altri metodi idonei a richiedere informazioni su specifiche questioni, compresi gli aspetti relativi all'analisi di impatto. Il documento può recare la richiesta di osservazioni da parte degli interessati*".

<sup>151</sup> Il ruolo del BEREC è stato consacrato come sede per la diffusione delle migliori prassi regolamentari anche dalla giurisprudenza del TAR Lazio, Roma sez. I, sentenza 18 febbraio 2015 n. 2772.



raggiungimento di un elevato grado di concorrenzialità, raggiunta la quale la misura va ritirata<sup>152</sup>.

La finalità pro-concorrenziale della regolazione non caratterizza solo il settore delle comunicazioni elettroniche, ma in generale tutti quelli connotati dalla presenza di monopoli o non sufficientemente liberalizzati.<sup>153</sup> In tale sede si sostengono quindi quelle tesi che non guardano al mercato in termini di ordine naturale, ma come il frutto di regole giuridiche e di precise ideologie politiche<sup>154</sup>. Senza queste regole e i controlli amministrativi previsti dalle autorità amministrative indipendenti, il mercato non sarebbe in grado di funzionare autonomamente, poiché naturalmente predisposto verso una deriva monopolistica contrapposta all'obiettivo concorrenziale. Spetta allo Stato in senso lato, comprensivo quindi delle autorità di regolazione, il compito di riconoscere un ordine giuridico ai mercati, si da orientarne l'azione verso risultati di massimo benessere collettivo *"attraverso il ricorso ad una politica antitrust, volta a combattere i cartelli e gli abusi di potere monopolistico"*.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> M. D'Alberti, *"Competition law and regulatory reform"* in P. Paulopoulos e S. Flogaitis, (a cura di), *Multilevel governance and administrative reform in the 21 century*, Londra, 2008, 271-281.

<sup>153</sup> Sulle ragioni della regolazione cfr. G. Cervigni, M. D'Antoni, *"Monopolio naturale, concorrenza, regolamentazione"*; vv. anche N. Greco, *"Costituzione e regolazione"*, Bologna, 2006 sulla differenza tra regolazione e regolamentazione riportata anche dalla Commissione europea nell'Accordo interistituzionale del 25 febbraio 2005 relativo all'inquadramento delle agenzie europee di regolazione. La regolazione non presuppone necessariamente il ricorso ad atti normativi ma ammette anche atti di soft law o mere prassi. Si distingue in particolare la norma tecnica *"specificata tecnica approvata da un organismo allo scopo riconosciuto ed abilitato, la cui osservanza non sia obbligatoria"* dalla regola tecnica che intende come *"specificata tecnica, da chiunque approvata, la cui osservanza sia obbligatoria"*. Di questa distinzione l'autore si serve anche per giustificare il potere delle agenzie di regolazione europee che non possono esercitare poteri normativi primari anche in forza dell'influenza della dottrina Meroni (sent. CGUE, causa 10/56, del 13 giugno 1958). G. Majone, A. La Spina, *"Lo Stato regolatore"*, Bologna, 2000 riconducono la regolazione alla previsione di autorità amministrative indipendenti dal potere politico, il cui compito è quello di sovrintendere al corretto funzionamento del mercato senza però sostituirsi alle imprese.

<sup>154</sup> Ci si riferisce a N. Irti che negli anni '90 ha elaborato una tesi che sconfessa l'ordine naturale del mercato, affermandone invece l'ordine giuridico e la derivazione da regole di natura politico-giuridica: vv. N. Irti, *"L'ordine giuridico del mercato"*, Bari, 2004.

<sup>155</sup> Sul punto cfr. M. Libertini, *"La tutela della concorrenza nella costituzione italiana. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio"* *Mercato, concorrenza e regole*, 3/2014, 503-560; M. Libertini, *"La tutela della concorrenza nella costituzione italiana"* *Riv. It. econom.*, 1/2005, 105 ss, l'autore riprende l'impostazione della scuola di Friburgo attribuendo al mercato una connotazione principalmente giuridica fondata sull'idea che *"ogni mercato ha bisogno, per il suo funzionamento, di regole certe ed istituzioni che le facciano rispettare"*. Dello stesso autore, *"La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001"* in *Moneta e credito*, vol. 68, n. 272, 12/2015, 365-385, che ritiene in crisi l'idea di concorrenza come *"processo spontaneo di incontro di scelte individuali di domanda e offerta di beni, che porta alla*

La relazione tra concorrenza e regolazione emerge negli anni '90, con la liberalizzazione dei settori prima oggetto di monopolio e con la L. n. 287/1990 che ha istituito l'autorità Antitrust, deputata all'esercizio di poteri di controllo e sanzionatori. La valutazione dell'autorità interviene pertanto *ex post* rispetto a un mercato già autonomo ma suscettibile di esser leso da comportamenti non competitivi, al fine di preservare la concorrenza e agire per garantirne il corretto sviluppo. La sua azione è quindi complementare rispetto a quella dell'Agcom, specie ove si considerino i poteri esercitati in materia di tutela del consumatore. La differenza tra regolazione e concorrenza trova fondamento in varie teorie giuridiche ed economiche che guardano alla tutela della concorrenza come principio di carattere generale, rispetto al quale quindi la regolazione costituirebbe elemento residuale, cui ricorrere solo nei casi in cui la disciplina della concorrenza non sia sufficiente.<sup>156</sup> Le due non starebbero tra loro però in rapporto di alternatività ma piuttosto di complementarietà, come emerge anche nelle direttive europee del 2002.<sup>157</sup>

L'attività dell'Agcom si è rivelata necessaria, rispetto a quella dell'AGCM (autorità garante per la concorrenza e il mercato) per consentire il bilanciamento di

---

*formazione del giusto prezzo degli stessi, all'equilibrio del mercato e alla migliore soddisfazione di tutti gli attori del processo (efficienza allocativa)"; nella realtà invece la concorrenza andrebbe intesa come rivalità tra imprese, in termini quindi di efficienza dinamica "in cui le imprese competono, in modo analogo a ciò che avviene nella competizione politica, per ottenere il consenso di una 'giuria anonima', formata dai consumatori finali; in questa competizione, inevitabilmente, qualcuno vince e qualcun altro è sconfitto, in un processo continuo di distruzione creatrice, che sostiene sì lo sviluppo economico complessivo, ma in un contesto che è di permanente non-equilibrio". Distingue quindi il modello economico adottato dal codice civile del 1942, che guarda al mercato come luogo in cui convivono imprese sia private che pubbliche ed in cui lo Stato è chiamato ad esercitare "una funzione di direzione, coordinamento e protezione" da quello adottato dalla Costituzione italiana. Il mercato concorrenziale è infatti una situazione di fatto all'interno del quale si colloca e trova giustificazione l'intervento statale per il conseguimento di obiettivi di utilità sociale.*

<sup>156</sup> Cfr. L. Prosperetti, *"I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti"* in Merc. conc. reg., 2/2002, 277-284, la regolazione, secondo la teoria di public policy stimola quindi la concorrenza attraverso la predisposizione di regole specifiche di carattere residuale rispetto alla disciplina sulla tutela della concorrenza, informata invece a criteri e principi di carattere generale.

<sup>157</sup> Sulla relazione tra regolazione e concorrenza cfr. G. Pitruzzella, *"Regolazione e concorrenza"*, in [www.Rassegnastrid.it](http://www.Rassegnastrid.it), 16/2014, in cui sono individuate *"almeno quattro tipi di relazioni"*. La prima guarda all'applicabilità della disciplina concorrenziale alle imprese che si siano già conformate a quella regolamentare. La seconda concerne le finalità della regolazione, che sono molteplici e spesso differenti rispetto a quelle proprie della tutela antitrust, il cui fine esclusivo dovrebbe essere solo quello di tutelare la concorrenza. Le relazioni che richiedono un *trade-off* tra beni differenti (terzo tipo); la quarta relazione attiene alla regolazione in veste pro-concorrenziale.

due esigenze: lo sviluppo tecnologico e commerciale e la tutela delle garanzie del servizio universale. La realizzazione della banda ultra larga e gli impegni assunti per l'avvio dei lavori sono un concreto esempio di regolazione intelligente, finalizzata a consentire lo sviluppo del Paese tutelando il "diritto alla rete" dei cittadini<sup>158</sup>. La possibilità di navigare velocemente e accedere ai servizi offerti richiede infatti un intervento statale che limita solo temporalmente la concorrenza, in attesa di uno sviluppo che viene soltanto procrastinato<sup>159</sup>.

La relazione tra autorità di concorrenza e regolazione deve però fare i conti con un differente assetto multilivello che caratterizza i due ambiti a livello europeo. Con riferimento alla tutela della concorrenza, i rapporti tra autorità nazionali e Commissione europea sono senz'altro soddisfacenti in termini di coordinamento<sup>160</sup> mentre le comunicazioni elettroniche soffrono una frammentazione che l'assetto di *governance* attuale contribuisce a complicare<sup>161</sup>. A ciò si aggiunge il frequente sconfinamento dei compiti delle autorità di regolazione nell'esercizio di quelli rimessi alle autorità antitrust,<sup>162</sup> cui la disciplina europea sembra guardare con maggior favore,

---

<sup>158</sup> Con delibera 575/15/CONS, in seguito all'adozione della Strategia italiana per la banda ultralarga approvata dal Governo il 3 marzo 2015, è stato avviato il procedimento istruttorio per la definizione delle *linee guida* finalizzate a chiarire quali servizi di accesso all'ingrosso dovranno essere resi disponibili dall'operatore beneficiario del contributo e le relative condizioni di offerta tecniche ed economiche, tenendo conto dell'entità di finanziamento ricevuta.

<sup>159</sup> Sul ruolo delle autorità di concorrenza nell'ambito dei processi regolatori, cfr. N. Rangone, "*New frontiers for competition advocacy and the potential role of competition impact assessment*", in (a cura di) F. Di Porto e J. Drexel, *Competition law as regulation*, Oxford, 2014, 40,. In cui ci si sofferma sull'utilizzo del competition impact assessment da parte delle autorità di concorrenza, come supporto alla regolazione posta in essere dalle autorità amministrative indipendenti.

<sup>160</sup> La disciplina è dettata da un regolamento, come tale direttamente applicabile da parte delle autorità nazionali, riunite nel network delle autorità di concorrenza europeo, lo "*European competition network*". Sul punto cfr. G. Pitruzzella, "*Regolazione e concorrenza*", cit. 8, pone a confronto la dimensione della tutela della concorrenza, che è senz'altro europea, con quella della regolazione che, a livello territoriale, soffre la frammentazione nazionale della disciplina e dei soggetti regolamentari, ostacolando così la formazione del mercato unico.

<sup>161</sup> Sui poteri della Commissione europea ed i rapporti tra questa e le ANC cfr. O.Main, "*I rapporti tra Commissione, autorità nazionali e giudici nel diritto antitrust*" in L. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, 405 – 418, Napoli, 2013; Vv. G. Monti, "*Independence, Interdependence and Legitimacy: The EU Commission, National Competition Authorities, and the European Competition Network*" in EU law working paper, 01/2014. Con riferimento alla legittimità ed all'indipendenza delle autorità quest'ultimo afferma che queste siano a rischio a causa dell'interdipendenza realizzata in seno all'Ue ed al rafforzamento dei poteri di enforcement riconosciuti alla Commissione ed ai giudici europei.

<sup>162</sup> Cfr. S. Cassese, "*Dalle regole del gioco al gioco con le regole*" in *Merc. Conc. Reg.*, 2/2002, 265-276, parla di vero e proprio "ardore regolatorio" delle autorità indipendenti che spesso hanno esercitato i poteri oltre i limiti di legge.

specie in sede di applicazione della disciplina sulla tutela del consumatore<sup>163</sup>. I problemi maggiori si pongono soprattutto in sede di applicazione di sanzioni per comportamenti anticoncorrenziali posti in essere nei settori disciplinati dal codice delle comunicazioni elettroniche. Il rischio, nel caso di mancato coordinamento tra autorità, è di imporre due volte la medesima sanzione, violando il principio di *ne bis in idem* e di certezza del diritto<sup>164</sup>. È corretto quindi prevedere una collaborazione tra Agcom e Agcm sia in sede di regolazione che di successiva sanzione; tuttavia, il deferimento a pareri e protocolli d'intesa non sembra rappresentare un'adeguata soluzione specie in ragione delle dimensioni che la regolazione va assumendo. Essa non è un fenomeno nazionale ma trova collocazione a livello europeo e richiede la predisposizione di soluzioni organizzative idonee a garantire un coordinamento tra autorità. Il BEREC costituisce a tal proposito la sede più opportuna per la discussione di temi che toccano anche la tutela antitrust, specie ove si consideri la presenza al suo interno della

---

<sup>163</sup> Sul riparto di competenze tra Agcom e AGCM in materia di tutela del consumatore diverse sono le pronunce della giurisprudenza amministrativa. Fino al 2012 l'impostazione adottata prediligeva la competenza dell'autorità di settore e della disciplina speciale, in forza di un'interpretazione dell'art. 19 comma 4 del Codice del consumo, che nel recepire la direttiva europea attribuiva prevalenza alla disciplina di settore del codice delle comunicazioni, rispetto a quella di carattere generale. d.lgs. 269/2005. In particolare, l'Ad. Plen. Del Cons. St. n. 12/2012 così affermava *"la disciplina generale del Codice del consumo è applicabile in via esclusiva da parte di AGCM, anche nei settori regolati, solo quando la disciplina di settore non abbia previsto ex ante -in modo completo ed esaustivo-la regola comportamentale applicabile, individuando nell'Autorità di regolazione il soggetto competente a sanzionare la violazione delle disposizioni: in questo caso la lacuna di tutela troverebbe infatti copertura nella disciplina dettata dal Codice del consumo"*. Un'interpretazione di questo tipo non è stata ritenuta soddisfacente da parte della Commissione europea che ha avviato una procedura d'infrazione verso lo Stato italiano nel 2013, ritenendo non attuata la direttiva in materia di pratiche commerciali scorrette nelle comunicazioni elettroniche, in ragione della mancata individuazione di un'autorità a ciò espressamente deputata. L'introduzione del comma 1-bis all'art. 27 del codice del consumo non ha spento le polemiche, sino a giungere all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 3/2016, che ha affermato la competenza dell'AGCM anche nel caso in cui ad esser violate siano stati obblighi informativi previsti dalla disciplina di settore. Si applica secondo l'Adunanza, il principio di assorbimento-consunzione che riconosce in capo all'Agcm la competenza tutte le volte in cui la violazione della normativa di settore sia suscettibile di evolvere verso comportamenti più gravi ed integranti una pratica commerciale scorretta. Cfr. L. Lorenzoni, *"Il riparto di competenze tra autorità indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette"* in Riv. It. Antitrust, 1/2015, 83–133.

<sup>164</sup> Cfr. M. Rovati, *"La tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche tra Autorità garante della concorrenza del mercato e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: esistono spazi residui per le autorità di regolazione?"* in Riv. Reg. Merc., 2/2016, 141-160; M. Clarich, *"Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e delle autorità di regolazione settoriale"*, in AA.VV. (a cura di), Scritti in onore di Alberto Romano, Napoli, 2011, 1963 ss; B. Rabai, *"La tutela del consumatore-utente tra autorità antitrust di autorità di regolazione"* in Regolazione dei mercati, 1/2016.

Commissione, seppur in qualità di mero osservatore. Auspicabile sarebbe l'apertura del BEREC alle stesse autorità di concorrenza nazionale, così da superare i difetti di coordinamento che si riscontrano tra i due tipi di tutela a livello interno e fornire un valido esempio e sostegno all'auspicata complementarità tra le due azioni.

### 3. La governance europea delle comunicazioni elettroniche e l'impatto sulla regolazione

#### 3.1 Il rapporto tra *governance* e regolazione nelle comunicazioni elettroniche

L'analisi degli aspetti regolamentari è preordinata alla trattazione della *governance* europea delle comunicazioni elettroniche<sup>165</sup>. Nel corso del tempo essa ha subito profondi mutamenti ed è stata oggetto di diverse proposte di revisione volte a superare la dottrina Meroni che per anni ha costituito il fondamento dell'ordine istituzionale europeo. Di derivazione giurisprudenziale, i principi in essa compresi hanno limitato il riconoscimento di poteri discrezionali a soggetti di nuova creazione rispetto a quelli previsti nei Trattati. Con la sentenza del 13 giugno 1958, causa 9/56, (Meroni c. Alta autorità) la CGUE ha sancito infatti l'inattaccabilità del principio di competenza e distribuzione dei poteri, basandosi su una rigida interpretazione del Trattato e degli assetti dallo stesso creati, impedendo così la creazione di autorità di regolazione sovranazionali.

Rispetto alla situazione che si delineava all'epoca della pronuncia giurisprudenziale, l'Unione europea è profondamente cambiata, allargandosi sia nel numero degli Stati membri che nelle competenze. Ciò ha determinato il superamento spontaneo di alcuni dei limiti derivanti dalla sentenza della Corte e ha condotto alla creazione di soggetti che, pur non dotati direttamente di potere discrezionali generali, sono tuttavia in grado di intervenire nei processi decisionali. La scena europea attuale si compone di organismi con differente natura e denominazione, chiamati a svolgere compiti per lo più amministrativi, consultivi e di coordinamento.

Il settore bancario e finanziario costituiscono quelli in cui gli assetti di *governance* hanno manifestato i cambiamenti più profondi, sino a condurre alla

---

<sup>165</sup> Sulla definizione di *governance* cfr. R. Mayntz, "La teoria della *governance*: sfide e prospettive", Riv. it. sc. Pol. 1/1999, 19, individua due possibili accezioni di *governance*: 1) la cooperazione tra soggetti pubblici e privati all'interno di reti. 2) il riferimento alle azioni individuali ed al coordinamento che queste attuano tra loro per la creazione di un ordine sociale.

costituzione di autorità di regolazione e vigilanza sovranazionali<sup>166</sup>. Lo stesso non può dirsi per il settore delle comunicazioni elettroniche, in cui gli Stati membri sembrano ancora interessati a mantenere intatte le proprie sfere di autonomia, anche in ragione delle peculiarità tipiche dei servizi a rete, solo recentemente liberalizzate. I vincoli della dottrina Meroni e le resistenze degli Stati membri non hanno tuttavia impedito la creazione di organismi di coordinamento, che sono pian piano evoluti acquisendo sempre maggiore importanza nell'assunzione delle scelte regolamentari delle autorità nazionali. La *governance* del settore presenta quindi una connotazione multilivello, data la presenza al suo interno delle ANR, del BEREC e della Commissione, a fianco delle quali occorre considerare le autorità di concorrenza nazionali e i giudici nazionali e europei.<sup>167</sup>

La diffusione della rete di *internet* non ha avuto impatti rilevanti solo sui comportamenti sociali e economici dei cittadini ma anche sulle istituzioni; in particolare, la necessità di dar vita a processi regolamentari più efficaci e veloci, ha determinato una corsa all'individuazione del modello di *governance* idoneo a superare la frammentazione geografica e regolamentare. Permane quindi l'esigenza di regolazione, data la presenza di bisogni nuovi che necessitano dell'azione pubblica per potere essere soddisfatti tra cui l'innovazione digitale.<sup>168</sup>

---

<sup>166</sup> Con Reg. N. 1093/2010 è stata costituita l'EBA, autorità di regolazione europea. Con l'istituzione del Meccanismo di vigilanza unico (Regolamento n. 1022/2013), il regolamento dell'autorità è stato tuttavia modificato in modo da coordinarne l'attività con l'esercizio di poteri di vigilanza sui paesi dell'area euro, riconosciuti alla BCE nell'ambito dell'SSM. Sui rapporti tra ABE e BCE e sulle problematiche inerenti il coordinamento ed il funzionamento del meccanismo di vigilanza cfr. M. Macchia, "*L'architettura europea dell'Unione bancaria tra tecnica e politica*" relazione al convegno *1865-2015, a 150 anni della legge di unificazione amministrativa*" in [www.irpa.it](http://www.irpa.it), 2015; M. Mancini, "*Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*" in Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale Banca di Italia, n. 73/2015, 12 ss.; S. Del Gatto, "*Il problema dei rapporti tra la banca centrale europea e l'autorità bancaria europea*" in Riv. trim. Dir. Pubbl. 4/2015, 1222-1260; L. Torchia, "*L'Unione bancaria europea. Un approccio continentale?*", Giorn. Dir. Amm., 1/2015.

<sup>167</sup> Sul punto cfr. M. Orofino, "*Profili costituzionali nelle comunicazioni elettroniche*", cit. 444, fonda il processo decisionale elaborato dal framework di direttive del 2002 nella volontà di ricondurre ad uniformità le diverse *policies*, così da limitare il ruolo dei giudici nazionali nella risoluzione delle problematiche interpretative.

<sup>168</sup> Cfr l'intervento di V. J. C. Juncker, nel corso della presentazione dell'Agenda Strategia Europa 2020, tenutasi a Strasburgo nel luglio 2014 in cui ha affermato l'importanza della crescita digitale di un Paese per la realizzazione di un mercato unico in cui sia assicurata la libera circolazione di beni, servizi e capitali. In Italia lo stato di avanzamento della rete digitale è tra i più bassi del Paese come risultato dal rapporto annuale della Commissione, "*Digital Agenda scoreboard*", 2015 in [www.europa.eu](http://www.europa.eu), in cui

Le iniziative di sviluppo della rete assunte dalla regolazione ne escluderebbero il carattere neutro, attribuendo ad essa una connotazione che viene dai più ricondotta alle iniziative di politica industriale<sup>169</sup> e che comporta la sovrapposizione delle iniziative politiche e regolatorie, con impatti anche sulla definizione degli assetti di *governance*.<sup>170</sup> Se così è allora avrebbe senso parlare di costituzione di un'autorità chiamata a indirizzare e coordinare le scelte assunte sul piano nazionale. Nulla esclude però che tale ruolo possa efficacemente essere ricoperto dal BEREC, in cui le scelte sono oggetto di un confronto pacifico e privo di influenze ultronee rispetto a quelle rappresentate dai soggetti presenti. Tale aspetto indurrebbe a sostenere la necessità di un'autorità centrale di regolazione che indirizzi le ANR verso una comune direzione; tuttavia un contributo determinante all'attuazione coordinata delle strategie regolamentari e alla loro armonizzazione, è stato sino a oggi fornito dal BEREC, sede di confronto delle esigenze espresse nei confini nazionali.<sup>171</sup>

### 3.2 L'evoluzione della governance europea delle comunicazioni elettroniche

Il complesso di principi enucleati dalla dottrina Meroni e basati su una rigida interpretazione del riparto di competenze tra UE e Stati membri, ha rappresentato un importante ostacolo alla delega di poteri regolamentari ad agenzie o autorità differenti

---

l'Italia è risultata tra le ultime posizioni sia in termini di connettività che di propensione all'utilizzo dei servizi Internet.

<sup>169</sup> In questo senso F. Marini Balestra, *"Manuale di diritto interno e europeo delle comunicazioni elettroniche"* cit., 5. Per una definizione di politica industriale cfr. M. Thatcher, *"From old to new industrial policy via economic regulation"*, Riv. Reg. merc. 2/2014, 6-22. Diversamente dalla regolamentazione, nata come sostegno alla concorrenza, la politica industriale si sviluppa con il preciso obiettivo di sostenere la crescita di imprese o settori determinati, spesso attraverso la costituzione di enti appositi a ciò deputati. La visione di Thatcher esclude quindi che l'istituzione di agenzie indipendenti abbia determinato la fine della politica industriale, comportando invece l'attribuzione di nuovi strumenti ai responsabili delle politiche nazionali. La creazione di regolatori sarebbe avvenuta attraverso il degrado delle istituzioni precedenti o con la loro collocazione al di sopra del sistema.

<sup>170</sup> Cfr. F. M. Balestra, *"Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche"*, Padova, 2016, 10; M. Thatcher, *"From old to new industrial policy via economic regulation"*, Riv. Reg. merc. 2/2014, 6-22.

<sup>171</sup> Cfr. S. Cassese *"Istituzioni di diritto amministrativo"* Milano, 2011, 127, utilizza l'espressione di "concerto regolamentare europeo", per descrivere l'intervento del BEREC, connotato da indipendenza e autonomia e da un assetto definito a livello europeo, all'interno del quale i regolatori nazionali vengono a integrarsi. E. Chiti, *"Le ambivalenze del concerto regolamentare europeo nel settore delle comunicazioni elettroniche"* in G. Della Cananea, (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2005, 19.



dalle istituzioni europee<sup>172</sup>. La giurisprudenza della Corte rifiutava il modello pluralista tipico di molti ordinamenti nazionali, in cui il potere amministrativo e normativo è distribuito tra diversi livelli di governo e vari centri di potere<sup>173</sup>; tuttavia non escludeva del tutto la possibilità di delegare alcune funzioni, ove ciò fosse avvenuto nel rispetto di specifici criteri tra cui il divieto di trasferire poteri discrezionali al di fuori delle ipotesi previste dal trattato<sup>174</sup>. Molti anni dopo, con la sentenza Romano (CGUE 22/05/1990, C-70/88), la CGUE ha escluso nuovamente per le agenzie, l'adozione di atti di carattere vincolante a effetti generali.

La complessità che il sistema europeo è andato assumendo ha inevitabilmente comportato l'ampliamento del novero dei soggetti responsabili di funzioni esecutive, anche al di fuori dei limiti declinati dalla dottrina. In molti settori si è così proceduto all'istituzione di autorità o agenzie dotate di competenze tecniche e poteri assimilabili a quelli delle ANR<sup>175</sup>. Infatti, oltre alle numerose agenzie amministrative costituite nei settori più disparati e titolari di poteri esecutivi e non discrezionali, in alcuni casi si è proceduto all'ampliamento delle competenze, fino a prevedere l'esercizio anche di poteri di natura non meramente vincolante. Ciò è avvenuto principalmente in settori sconvolti da vicende economiche, come nel mercato bancario colpito da due importanti crisi, nel 2008 e nel 2011, che hanno determinato la rivoluzione dell'assetto istituzionale europeo. In altri casi invece gli stessi Stati membri hanno ostacolato la costituzione di autorità europee, preferendo piuttosto dar vita a organismi di coordinamento, in grado di sostenere l'armonizzazione delle politiche europee.

---

<sup>172</sup> J. Pierre, B. Peters, *"Governance, politics and the State"*, S. Martin, 2000, 1, definiscono la governance come il cambiamento dei rapporti tra Stato e società, connotato dall'utilizzo di poteri non coercitivi. Il termine si sviluppa quindi in occasione della formazione di nuovi centri di potere distribuiti ed articolati in diversi livelli.

<sup>173</sup> Cfr. M. S. Giannini, *"Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche"*, 1986, Bologna, nel quale viene condotta un'indagine sull'attualità della nozione di "pubblica amministrazione" come amministrazione statale, in ragione della proliferazione di amministrazioni sovranazionali, enti territoriali, partiti politici e autorità, deputati alla produzione normativa, cui viene legata la degenerazione dello Stato.

<sup>174</sup> Gli altri limiti richiesti dalla dottrina sono: la natura espressa richiesta alla delega, la compatibilità con il principio di attribuzione delle competenze e il rispetto di determinate condizioni procedurali.

<sup>175</sup> Cfr. E. Chiti, C. Franchini, *"L'integrazione amministrativa europea"*, Bologna, 2003, 27, analizza lo sviluppo delle attività della Commissione che nel tempo si è sempre più amministrativizzata divenendo così titolare di funzioni amministrative parallele a quelle esercitate dagli Stati membri.

Quest'ultima situazione si è verificata proprio nelle comunicazioni elettroniche in cui, malgrado i tentativi di dar vita a una sola autorità, si è invece preferito ricorrere alla creazione di organismi di raccordo, quale ad ultimo il BEREC. Il merito da riconoscere a questi nuovi soggetti è senz'altro quello di aver consentito di raggiungere un buon livello di armonizzazione, ricorrendo alla cooperazione tra autorità e allo scambio delle informazioni da ciascuna possedute.<sup>176</sup> Gli Stati membri, piuttosto che rinunciare alle loro competenze, preferiscono infatti adottare decisioni oggetto di apposita concertazione, riservandosi così dei margini di azione che conducono all'adozione di posizioni comuni.

Il coordinamento appare quindi dettato dalla volontà degli Stati membri di mantenere intatte le proprie prerogative, lasciando alle ANR il ruolo di protagoniste in sede regolamentare, così da salvaguardare le proprie specificità nazionali. Tali esigenze emergono soprattutto all'interno del Consiglio dell'Unione europea, espressione di specifici interessi, in cui vengono manifestate le principali diffidenze rispetto alla creazione di autorità di regolazione sovranazionali.

La necessità di bilanciare tali bisogni con quella di limitare la frammentazione dei mercati, ha trovato una prima soddisfazione nei Comitati, chiamati a supportare la Commissione nell'esercizio dei propri compiti.<sup>177</sup> L'istituzione della procedura dei comitati, rispetto alla quale è utilizzato il termine "comitologia" o "comitatologia", proprio per descrivere il loro intervento all'interno della procedura della Commissione, è avvenuto con decisione 1999/468/CE, che ha attribuito a questi il compito di rilasciare un parere, spesso vincolante, preordinato all'adozione di una decisione regolamentare. Nelle comunicazioni elettroniche, con direttiva 2002/21/CE, è stato costituito il Comitato per le comunicazioni composto da rappresentanti di Stati membri

---

<sup>176</sup> S. Cassese, *"Il posto dei poteri indipendenti nell'ordinamento"* in Temi e problemi, "La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali", Roma, 1996, 1, in cui si esaminano le tipologie di relazioni tra autorità come l'instaurazione di forme di cooperazione basate su leggi nazionali o accordi bilaterali o la costituzione di organismi sovranazionali, sede per l'incontro delle diverse autorità nazionali.

<sup>177</sup> Sui comitati v. sent. Koster del 17 dicembre 1970, C 25/70, che legittima la loro azione alla luce dell'art. 202 (ex art. 155) e del ruolo consultivo, e non decisionale che gli stessi assumono.

e Commissione, chiamato a coadiuvare quest'ultima nell'adozione di proposte regolamentari<sup>178</sup>.

I Comitati rappresentano quindi il momento di raccordo tra l'attività esecutiva dell'UE e gli Stati membri che con la loro presenza contribuiscono a garantire la stabilità del sistema<sup>179</sup>.

Oltre ai Comitati sono nate le Agenzie, organi tecnici esecutivi di natura amministrativa con il compito di alleggerire la Commissione dall'esercizio di talune attività. Le ragioni che hanno condotto alla loro costituzione sono diverse e hanno dato vita a teorie differenti, volte a indagare la natura e le funzioni di tali organismi.<sup>180</sup> La dottrina Meroni, che per anni ha rappresentato un ostacolo al riconoscimento di poteri delegati a soggetti istituzionali differenti dalla Commissione, è stata in concreto superata attraverso la costituzione di Agenzie titolari di poteri vincolanti. Diversamente dai Comitati, espressione degli interessi degli Stati membri e con connotazione politica, le Agenzie sono detentrici delle competenze tecniche possedute dall'Europa, come tali in grado di garantire l'integrazione amministrativa sia verticale che orizzontale<sup>181</sup>. In particolare, l'aumento delle competenze delegate dal Consiglio alla Commissione, ha implementato il loro numero e ha determinato anche il

---

<sup>178</sup> La procedura regolamentare è una di quelle introdotte dalla decisione del 1999 all'art. 5, richiamato dall'art. 22 della direttiva quadro del 2002 che attribuisce al Comitato natura consultiva, esplicita in apposite procedure scritte, rispetto alla proposta di misura regolamentare elaborata dalla Commissione. L'eventuale parere negativo esclude la possibilità per l'istituzione di adottare l'atto esecutivo, rafforzando il ruolo degli Stati membri nell'ambito delle procedure esecutorie.

<sup>179</sup> Sulla comitologia cfr. C. F Bergstrom, *"Comitology-delegation of powers in the European Union and the Committee System"*, Oxford, 2005, considera i comitati come modello positivo di cooperazione e raccordo con il Consiglio; M. Savino, *"I Comitati dell'Unione europea. La collegialità amministrativa negli ordinamenti compositi"*, Milano, 2005, 105. M. Savino, *"Il terzo carattere della sovranazionalità europea, i Comitati europei e il procedural supranationalism"* 06/2011, Riv. It. dir. Pubbl. attribuisce ai Comitati natura amministrativa, in grado di garantire la stabilità del sistema, senza attribuire all'UE una connotazione multilivello; M. Savino, *"La comitologia dopo Lisbona: alla ricerca dell'equilibrio perduto"* Giorn. Dir. Amm. 10/2011, 1041-1050, analizza l'evoluzione dei comitati dopo l'adozione del regolamento del 2011 che ha limitato il loro intervento all'attività esecutiva della Commissione, escludendolo per gli atti delegati.

<sup>180</sup> Sul punto P. Craig, *"Eu administrative law"*, Oxford, 2012, 150, sulla natura e le ragioni che hanno condotto alla costituzione delle agenzie, in alcuni casi titolari di poteri regolamentari (ABE) e di decisione individuale, superando in molti casi i limiti di natura politica contenuti nell'Accordo interistituzionale COM (2005) 59 final.

<sup>181</sup> A. Kreher, *"Agencies in the European Community—A Step towards Administrative Integration in Europe"*, Journal of European public policy (JEEP), 4/1997, 225-245.

riconoscimento di compiti decisori.<sup>182</sup> Il trattato di Lisbona ha in parte contribuito al riconoscimento di nuovi compiti e poteri alle Agenzie, istituzionalizzando il loro ruolo nel Trattato all'art. 298 TFUE. È chiaro tuttavia che la loro presenza non esaurisce l'attività delle autorità nazionali, ma fornisce delle linee guida sulla modalità con cui l'azione esecutiva va esercitata nel contesto nazionale. La consapevolezza circa l'esistenza di differenze radicali tra Stati e la necessità di rappresentare le loro istanze all'interno delle Agenzie hanno complicato l'apparato organizzativo di queste ultime, al cui interno siedono rappresentanti dei diversi Stati membri al pari di come avviene nelle reti di regolatori. Esse costituiscono la sede privilegiata per il confronto tra istanze differenti, cui segue l'adozione di atti dotati in alcuni casi di forza esecutiva e perfino vincolante.<sup>183</sup> A tal proposito occorre dato atto della costituzione, negli ultimi anni, di agenzie dotate di poteri coercitivi o individuali più incisivi, la cui costituzione è stata rimessa alle basi giuridiche di volta in volta individuate nel Trattato;<sup>184</sup> esse hanno arricchito il novero dei soggetti presenti nell'ordinamento europeo (comitati, reti di regolatori europei, agenzie e autorità) che insieme danno vita a organizzazioni multilivello, all'interno delle quali la Commissione occupa una posizione di superiorità, temperata dalla presenza degli Stati membri. Nel frattempo la giurisprudenza europea

---

<sup>182</sup> Cfr. M. Shapiro, *"The problems of independent agencies in the United States and the European Union"*, 4/1997, JEEP, 246, parte dall'esperienza americana per indagare i problemi di coordinazione, legittimazione e controllo che comporta la costituzione delle agenzie. In particolare gli scambi informativi, assicurati dalla partecipazione degli SM alle agenzie, rappresentano un elemento di forza per queste ultime all'interno dell'UE. G. Majone, *"Delegation of regulatory powers in a mixed polity"*, ELJ, vol.8, 3/2002, 319-339, ritiene che l'architettura europea vada vista alla luce del principio di attribuzione delle competenze e non di quello di separazione dei poteri. M. Egeberg, J Trondal, *"EU-level agencies: new executive centre formation or vehicle for national control?"*, JEPP, 18/2011, 868-887, propongono una definizione delle agenzie come mezzi di supporto dell'attività della Commissione, in grado di agire in totale indipendenza dagli Stati membri.

<sup>183</sup> R. Dehousse, *"Regulation by networks in the european community: the role of european agencies"*, JEPP, 4/2010, 246-261, individua la rete come strumento per il superamento dei limiti derivanti dal principio di attribuzione.

<sup>184</sup> Cfr. P. Craig, *"EU administrative law"*, cit. 50, elenca le diverse categorie di agenzie ripercorrendone l'evoluzione ed i criteri di classificazione. Il processo di formazione delle agenzie europee trova fondamento in basi giuridiche di volta in volta differenti, a seconda degli obiettivi che in quello specifico momento si vogliono realizzare o del settore rispetto al quale l'autorità viene costituita. Craig esclude però la posizione della Commissione secondo cui le agenzie andrebbero distinte in esecutive e di regolazione, in quanto, con riferimento a quest'ultima categoria, esse non sarebbero dotate di veri e propri regolamentari ma quasi-regolamentari e decisionali a carattere individuale (tra queste vi sarebbero l'EBA, l'ESMA, l'EIOPA).

ha in parte rivisto i suoi orientamenti, sino a riconoscere poteri individuali discrezionali anche alle Agenzie, sulla base dell'interpretazione dell'art. 114 TFUE<sup>185</sup>.

Nelle comunicazioni elettroniche la proposta di costituire una vera e propria agenzia piuttosto che un organismo di coordinamento, si è più volte scontrata con le resistenze degli Stati membri, interessati a mantenere ferme le competenze delle autorità nazionali, specie in tema di gestione dello spettro.<sup>186</sup> Le ragioni del rifiuto, che in altri settori sono stati ampiamente superati<sup>187</sup>, oltre ad essere legate alla volontà degli Stati membri di ritagliarsi un'ampia sfera di autonomia, vanno rinvenute anche nell'esperienza positiva del BEREC e nell'acquisita consapevolezza che il problema della frammentazione vada risolto attraverso l'adozione di strategie di livello superiore rispetto a quello regolamentare.

### 3.3. Reti di regolatori europee ed agenzie europee

Le agenzie europee rappresentano, per certi versi, il corrispondente delle amministrazioni nazionali, in quanto titolari di compiti esecutivi attribuiti dal Trattato alla Commissione. Oltre alle agenzie tuttavia, all'interno del panorama europeo, sono

---

<sup>185</sup> CGUE, C-270/12, 22 gennaio 2014, United Kingdom v. Parlamento e Consiglio. La pronuncia della Corte rappresenta un importante punto di partenza per il riconoscimento anche alle agenzie e in particolare all'ESMA, di poteri non meramente vincolanti, ma proiettati verso una dimensione più propriamente regolamentare. Le vengono infatti riconosciuti poteri di carattere individuale e vincolanti, che non richiedono l'esercizio di attività di carattere discrezionale nel senso normalmente attribuito alle autorità amministrative indipendenti, ma quasi regolamentari. Cfr. J. Pelkmans, "Meroni: How ESMA can help build the single market", CEPS Commentary, 18 febbraio 2014, in [www.Ceps.eu.com](http://www.Ceps.eu.com), in cui quanto affermato nella sentenza C-270/12, viene considerato come base per porre fine alla frammentazione del mercato sia finanziario che delle reti.

<sup>186</sup> D. Levifaur, "Regulatory networks and regulatory agentification: towards a single european regulatory space", JEEP, 6/2011, 810-829, sulla differenza tra agenzie e reti di regolatori.

<sup>187</sup> Nel settore energetico il gruppo spontaneo ERGEG, è stato sostituito dall'ACER agenzia di regolazione in grado di esercitare poteri di decisione individuale. Sul punto cfr. L. Ammannati, "L'Agenzia per la Cooperazione tra i Regolatori dell'Energia: organismo europeo di regolazione o di Coordinamento dei regolatori nazionali?" in P. Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore*, Milano, 2012; sempre di L. Ammannati, cfr. anche "Il ruolo dell'Agenzia per la Cooperazione tra i Regolatori dell'Energia nella governance e nella regolazione del settore energetico" in Riv. It. dir. pubbl. dell'economia. e Sc amm., 2011; L. Ammannati "L'Agenzia per la Cooperazione tra i Regolatori dell'Energia e la costruzione del mercato unico dell'energia", in *Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 3-4, 2011; A. Candido, "Verso il mercato interno dell'energia: le reti energetiche europee" in C. Buzzacchi, (a cura di), *L'Europa a rete il modello delle reti tra concorrenza e coesione sociale*, Milano, 2011, 87-130, pone l'accento sulle problematiche derivanti dalla natura di servizio a rete del settore energetico, auspicando l'uniformità tra politica europea delle reti e politica energetica, così da realizzare gli obiettivi di risparmio energetico derivanti anche dagli impegni assunti a livello internazionale.

presenti dei network autonomi che non esercitano compiti decisionali o esecutivi ma consultivi o di coordinamento<sup>188</sup>. Le reti non nascono per agevolare il lavoro della Commissione, né esercitano poteri riconducibili in alcun modo a essa; non rappresentano quindi una risposta all'aumento delle attribuzioni riconosciute alla Commissione, ma piuttosto la componente statale all'interno dell'ordinamento comunitario. Il sistema che si è creato nelle reti impedisce tuttavia al singolo Stato membro di prevalere su quello comunitario, grazie alla concertazione che in esse si realizza, finalizzata alla realizzazione dell'interesse europeo, avvalorata in alcuni casi dalla presenza della Commissione in qualità di osservatore, come nel caso dell'Organismo dei regolatori delle comunicazioni elettroniche<sup>189</sup>; un meccanismo di tal genere tuttavia presuppone l'*accountability* dell'organo di coordinamento la cui azione, in assenza di poteri coercitivi, rischia altrimenti di fermarsi alle mere dichiarazioni d'intenti.

In alcuni casi si è direttamente proceduto alla costituzione di agenzie di regolazione o di vigilanza europee<sup>190</sup> come nel settore bancario, in cui le crisi del 2008 e del 2011 hanno condotto alla costituzione dell'ABE e poi dell'Unione bancaria europea, aprendo la strada a processi unificatori non solo a livello regolamentare ma anche amministrativo<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> Cfr. D. Levi-Faur, *"Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space"*, Journal of European Public Policy, 6/2011, 810-829, espone e analizza i risultati di una survey condotta nel panorama europeo e internazionale avente a oggetto il complessivo novero di network e agenzie.

<sup>189</sup> Il termine Organismo richiamerebbe proprio la distinzione tra esso e l'Unione europea; dal punto di vista dell'imputazione giuridica esso sarebbe distinto dall'organizzazione comunitaria ma svolgerebbe una funzione sussidiaria, strumentale al perseguimento degli obiettivi del Trattato. Sul punto cfr. G. Marchianò, *"Regolamentazione amministrativa delle libertà economiche nel mercato comune"*, 2018, 43.

<sup>190</sup> Sul processo di agentificazione cfr. M. Busuioc, *"The Agencies phenomenon in the European Union"*, Oxford, 2013 e M. Chamon, *"EU Agencies: Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration"*, 2016, Oxford in cui il processo di agentificazione generale viene ricondotto al compromesso tra le istanze accentratrici della Commissione e quelle autonomiste degli Stati membri.

<sup>191</sup> All'ABE è demandata l'elaborazione di progetti di norme tecniche di regolamentazione, adottati dalla Commissione in forza di atti delegati, ex art. 290 TFUE; le sono inoltre attribuiti compiti di armonizzazione e creazione di prassi di vigilanza *"uniformi efficienti ed efficaci al fine di assicurare un'applicazione coerente, comune ed uniforme del diritto dell'Unione europea"* (art. 16 del Reg.); si tratta di un potere normalmente esercitato attraverso l'adozione di raccomandazioni ed orientamenti indirizzati alle autorità nazionali o agli operatori finanziari e non vincolanti. Nel caso in cui l'Autorità

La previsione di modelli di raccordo differenti tra organi comunitari e nazionali, riflette gli sviluppi dell'Unione europea che nel tempo ha ampliato sia le funzioni che la propria struttura organizzativa; a tal proposito la dottrina si è interrogata sulle diverse modalità con cui amministrazioni nazionali e comunitarie interagiscono tra loro, individuando modelli diversi, spesso coesistenti. La co-amministrazione e l'integrazione amministrativa decentrata<sup>192</sup>, rappresentano le risposte all'impossibilità della Commissione di gestire autonomamente, con il proprio apparato amministrativo, i settori oggetto di intervento. Il cambiamento non ha interessato peraltro solo gli aspetti amministrativi ma anche politici, riconoscendo al Parlamento, con il trattato di Lisbona, un ruolo sempre più ampio nell'esercizio delle competenze legislative. Al mutamento organizzativo vi è anche chi affianca quello di tipo procedurale, nel senso che i procedimenti amministrativi posti in essere per l'esercizio della funzione, sarebbero articolati in due fasi, nazionale e comunitaria complementari tra loro.<sup>193</sup>

Le comunicazioni elettroniche hanno vissuto questa trasformazione configurandosi, dal punto di vista amministrativo, come un sistema integrato di organismi differenti, chiamati a collaborare insieme alla realizzazione di un quadro regolamentare armonizzato. L'integrazione decentrata nel settore non si è tuttavia attuata in forma piena, data l'assenza di un'agenzia europea, titolare di compiti propri.

---

nazionale violi il diritto dell'Unione, in situazioni di emergenza o per risolvere controversie tra Autorità transfrontaliere, l'ABE può esercitare un potere sostitutivo al fine di ristabilire l'equilibrio giuridico. Sul punto cfr. M. Simoncini *"Nuovi regolatori e vecchi principi nel diritto dell'UE. Poteri e limiti delle autorità europee di vigilanza finanziaria"*, 2/ 2014, [www.Nomos.it](http://www.Nomos.it); M. De Biasio *"Le criticità dell'Unione bancaria europea"* [www.unibocconi.it](http://www.unibocconi.it).

<sup>192</sup> L'accezione di integrazione decentrata si ritrova in E. Chiti, *"Le Agenzie. Unità e decentramento nell'amministrazione comunitaria"*, Padova, 2002. Non è chiara la relazione attribuibile a questi due modelli; ripercorrendo la dottrina infatti la co-amministrazione non sembra far parte di un'epoca ormai passata ma è ancora presente nel nostro ordinamento. Una distinzione netta tra questo modello e quello di integrazione, in cui la prima è intesa come antecedente storico della seconda ma tuttavia ancora esistente si ritrova in C. Franchini, *"Le nozioni di amministrazione indiretta e di coamministrazione nell'ordinamento dell'Unione europea"* in A. D'Atena (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 163-193. L'idea di Jean Monnet di un ordinamento sovranazionale che si avvale delle strutture amministrative degli Stati membri per l'esercizio della funzione comunitaria, è nel tempo evoluta sino a condurre a un modello di amministrazione comunitaria. I due fattori determinanti per il cambiamento delle strutture amministrative sono state la progressiva espansione delle competenze dell'Unione europea e la volontà di realizzare la libera circolazione europea che non può prescindere dalla diffusione di forme integrate di amministrazione. Vv. C. Franchini, *"Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario"*, Padova, 1993, 178.

<sup>193</sup> M. P. Chiti, *"Diritto amministrativo europeo"*, Milano, 2004, 407.

Più corretta sembra pertanto l'impostazione di chi, nel caso di presenza di una rete non qualificabile come agenzia, preferisce utilizzare l'accezione di "*concerto regolamentare europeo*"<sup>194</sup>. Tale figura, utilizzata con specifico riferimento alle autorità indipendenti nazionali indica una situazione di integrazione amministrativa connotata da specifiche caratteristiche: la previsione di vincoli all'autonomia degli Stati nella scelta del modello organizzativo dell'ANR, l'integrazione dei regolatori nazionali in un'amministrazione unitaria e la costituzione di centri compositi di interesse, comunitari e non, in cui la Commissione occupa una posizione di preminenza funzionale. Nelle comunicazioni elettroniche si è preferito effettivamente dar vita a un organismo con compiti di coordinamento e indirizzamento dell'azione sia degli Stati membri che della Commissione; tale scelta risolve in parte i problemi di sovrapposizione delle competenze tra organi nazionali e comunitari, spesso dettati dall'assenza di una disciplina chiara in grado di delineare gli ambiti di competenza delle autorità nazionali rispetto a quelle europee. La costituzione di un'agenzia a rete dotata di poteri regolamentari in senso stretto (non può infatti adottare regolamenti generali produttivi di effetti *erga omnes*) rischierebbe invece di complicare i processi decisionali salvaguardando gli interessi di parte dell'Unione, specie in assenza di meccanismi di deliberazione adeguati<sup>195</sup>.

L'istituzione di un network di autorità come il BEREC, di cui nei paragrafi successivi verranno illustrati poteri e assetti, contribuisce a dar vita a un sistema che,

---

<sup>194</sup> Cfr. S. Cassese, "*Istituzioni di diritto amministrativo*", Milano, 2015, 121, classifica tre diversi modelli di relazione tra organi comunitari e Stati. Oltre all'amministrazione diretta e indiretta, basata sulla distinzione delle competenze funzionali e organizzative (queste ultime sempre di competenza nazionale), l'A. individua altri tre modelli organizzativi: la co-amministrazione, l'integrazione decentrata e il concerto regolamentare europeo, ciascuno diversamente connotato. Tre sono i caratteri della coamministrazione: "*La titolarità dell'attribuzione delle funzioni a due soggetti differenti, la concorrenza di centri di poteri diversi, una disciplina dettata da fonti normative generali per gli organismi europei e da fonti regolamentari particolari per gli organismi nazionali*". L'integrazione decentrata viene distinta dalla co-amministrazione per la presenza di agenzie europee o uffici comunitari appositamente costituiti e competenti per l'esercizio, in forma raccordata, dell'azione comunitaria. Tale modello si distingue anche dal concerto regolamentare europeo.

<sup>195</sup> Cfr. C. Franchini, "*Studi in onore di P. F. Grossi*", p. 183, cit. pone l'attenzione su tre problemi che derivano dalla formazione di sistemi amministrativi compositi: l'assenza di meccanismi di tutela del singolo individuo; l'assenza di integrazione anche sul piano procedimentale; il rischio di sovrapposizione di competenze. Si condividono la prima e l'ultima critica specie ove si consideri le difficoltà e la scarsa vicinanza che i cittadini hanno alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.



contemperando esigenze di Stati membri e Commissione, punta sull'azione concertata piuttosto che sulla costituzione di un soggetto con specifici compiti. Si dà vita a un modello ispirato alla collaborazione e allo scambio informativo, attribuendo all'organismo il compito di garantire al meglio tale concerto. Si richiamano quindi sia gli aspetti della coamministrazione, in cui il potere è distribuito tra Commissione e ANR (come ad es. nel settore politica di coesione sociale europea che prevede l'utilizzo di fondi di sviluppo erogati dalla Commissione) sia dell'integrazione<sup>196</sup> che avviene proprio grazie all'Organismo la cui attività è così inquadrabile tra quelle composite<sup>197</sup>.

La rete rappresenta così lo specchio di uno *Stato globale*, connotato dalla formazione di molteplici centri decisionali che, per potere assumere decisioni, necessitano di un patrimonio informativo derivante dall'instaurazione di rapporti di collaborazione<sup>198</sup>. Con specifico riferimento all'attività di regolazione, uno dei vantaggi della rete consiste nello sviluppo di relazioni sia sul piano orizzontale che verticale, incentrati sullo scambio informativo.<sup>199</sup> La presenza di diverse autorità consente infatti un confronto che non è basato su informazioni individuali o a carattere autoreferenziale, ma sui dati trasmessi dagli interessati attraverso la consultazione pubblica<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup> Cfr. S. Cassese, S. Bignami, *"Il procedimento amministrativo nel diritto europeo"*, Milano, 2004, 36, ritiene che il termine integrazione non possa essere utilizzato con riferimento a un ordinamento comunitario connotato dalla presenza di molteplici soggetti che utilizzano le leve informative per pervenire alla realizzazione di un interesse comune. L'integrazione richiama infatti concetti di unità e complementarità non sufficientemente attribuibili agli assetti di governance comunitari.

<sup>197</sup> Cfr. L. Saltari, *"Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria"*, 2008, Milano, 312, parla di sistemi composti preordinati alla realizzazione di interessi comuni europei non sostitutivi dello Stato ma in grado di sfruttare tutte le risorse a disposizione, anche informative, per realizzare l'interesse comune e compensare l'asimmetria tra *"nazionalità dell'apparato che deve darne attuazione e denazionalizzazione dei soggetti incisi da tale attività"*.

<sup>198</sup> S. Cassese, *"Le reti come figura organizzativa della collaborazione"* in S. Cassese, (a curai di), *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003, 21. Lo spazio giuridico globale viene inteso come ordinamento mancante di un'autorità centrale e di un'organizzazione accentrata che, attraverso la rete trova il modo di operare adeguatamente.

<sup>199</sup> P. Buns, C. Jenkins, C. Riechmann, M. Mikkers, *"The role of the policy makers for the effectiveness of benchmarking in regulatory proceedings"* in *Competition and regulation network industries*, Oxford, 2006, 288-309. La regolazione è causata dall'asimmetria informativa che impedisce allo Stato di disporre delle informazioni necessarie per allocare efficacemente i costi e la domanda.

<sup>200</sup> Cfr. L. Saltari, *"Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria"*, cit. 226 secondo cui la rete assume anche un'altra valenza che consente alle autorità di far valere il loro interesse nazionale ove conforme a quello manifestato dalle altre rappresentanze; l'interesse nazionale quindi, al di fuori di

L'introduzione di un network privo di poteri decisionali come nel caso del BEREC, pur determinando l'ingresso di un nuovo soggetto nella governance multilivello<sup>201</sup>, non ha tuttavia stravolto in modo incisivo gli assetti di potere delineati, o almeno non in modo espreso; l'influenza del BEREC sull'organizzazione delle autorità nazionali e sui loro procedimenti si deve infatti al principio di collaborazione cui lo stesso Organismo è ispirato, che induce lo spontaneo adattamento alle posizioni assunte al suo interno.

Il BEREC costituisce complessivamente un esempio positivo di network attraverso il quale temperare le posizioni degli Stati e dell'Unione europea, con uno spostamento dell'asse decisorio verso i primi piuttosto che verso la Commissione europea. Occorre valutare tuttavia se tale modello possa evolvere verso un'agenzia simile a quella costituita nel settore energetico in cui l'ACER, oltre a essere titolare di poteri decisionali individuali, si pone in una posizione d'indipendenza sia dalla Commissione che dagli Stati membri<sup>202</sup>. Per potere rispondere adeguatamente è necessario capire se l'agenzia sia effettivamente un'evoluzione della rete, o se piuttosto i due modelli non siano tra loro separati, in quanto preordinati alla realizzazione di bisogni differenti. Come già si è avuto modo di sottolineare inoltre,

---

questa ipotesi e cioè di identità con quello di terze parti, assume una connotazione pari a quella di cui è titolare il privato cittadino, e come tale soccombe rispetto a quello comunitario.

<sup>201</sup> M. Orofino, *"Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello"*, Milano 2008; M. Orofino, *"La governance delle comunicazioni elettroniche. Il complesso sistema di networks decisionali caratterizzato da "raccordi verticali" tra ANR e tra di esse e la Commissione"* in Riv. It. dir. Pubbl com., 2002, 737 ss. In senso contrario S. Cassese, *"Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?"* in Riv. Trim. dir. Pubbl., 2003, 35, ritiene ormai superato l'utilizzo del termine *governance multilivello*, a causa della formazione di organismi decisionali compositi. Dello stesso avviso G. Della Cananea, *"I procedimenti amministrativi compositi dell'Unione europea"*, in S. Cassese, F. Bignami (a cura di) *Il procedimento amministrativo nell'Unione europea*, Milano, 2004, 307-334. Una posizione peculiare è poi quella di L. Saltari, *"Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria"*, cit., 228, che imputa la nozione di governance multilivello esclusivamente ai rapporti verticali tra amministrazione nazionale e comunitaria e non anche ai rapporti laterali tra ANR, Commissione e reti di regolatori cui vanno aggiunti il CO.Com e i privati che intervengono nella consultazione pubblica. Egli utilizza quindi l'accezione policentrica, per indicare il fatto che ogni autorità nazionale adotta atti con effetti sul proprio ordinamento nazionale e quella di "multiorganizzazione" con riferimento all'indipendenza propria di ogni organizzazione presente all'interno del sistema.

<sup>202</sup> Sul punto cfr. L. Ammannati, *"Il ruolo delle agenzie di regolazione nel settore energetico"*, in V. Salvatore, (a cura di), *Le Agenzie dell'Unione europea. Profili istituzionali e tendenze evolutive*, Pavia, 2011, 99.

non sempre la costituzione di agenzie è garanzia di armonizzazione, specie nel caso in cui, dietro la frammentazione regolamentare siano sottesi problemi diversi.<sup>203</sup>

I tentativi di dar vita a un'agenzia europea di settore nelle comunicazioni elettroniche sono più volte andati in fumo come nel caso dell'EECMA<sup>204</sup>, preferendosi realizzare in altro modo l'armonizzazione regolamentare.<sup>205</sup> Tale proposta (respinta dal Consiglio in seguito all'opposizione ferma degli Stati membri, gelosi dei poteri riconosciuti nel settore) prevedeva l'istituzione di un'agenzia dotata di poteri consultivi, di coordinamento e decisionali, composta al suo interno dai rappresentanti delle singole autorità nazionali. L'agenzia sarebbe stata dotata di poteri regolamentari di carattere individuale a fronte di meccanismi di tutela degli interessi dei destinatari non presenti. Al posto della costituzione di un'agenzia, la scelta di costituire un Organismo di coordinamento, è apparsa ragionevole rispetto alle esigenze di Commissione e autorità.<sup>206</sup> Nel caso delle comunicazioni infatti, la connotazione di "servizio a rete" assume una rilevanza preminente ai fini delle possibilità di sviluppo del settore, richiedendo anche valutazioni di impatto territoriale, spesso differenti in ciascuno Stato membro.

L'assenza di un'autorità inoltre non è stata di ostacolo alla realizzazione di politiche europee di abolizione delle barriere. Emblematica è l'adozione del

---

<sup>203</sup> Cfr. P. Parcu, *"La riforma del Berec e la nuova cornice regolamentare delle comunicazioni elettroniche"* 2/2016, Osservatorio Arel in cui egli si mostra tendenzialmente favorevole al ruolo fino a oggi svolto dal BEREC rispetto all'armonizzazione della regolazione. Il problema della frammentazione dei mercati non sarebbe quindi regolamentare ma piuttosto infrastrutturale e imputabile a interessi singoli che conducono a politiche industriali differenti. Per la trattazione della questione negli stessi termini cfr. F. Di Porto, *"La collaborazione tra autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni elettroniche a livello comunitario: spunti di una comparazione"*, Riv. Elettr. Dir. Pubbl. econom., 2007.

<sup>204</sup> Proposta di Regolamento che istituisce un'Autorità europea del mercato delle comunicazioni elettroniche COM (2007) 699, 2007/0249 (COD).

<sup>205</sup> F. Di Porto, *"La collaborazione tra Autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni elettroniche a livello comunitario: spunti da una comparazione"*, in Riv. Elettr. Dir. Pubbl. Econ.e sc. Amm., 1/2007. Nel testo il settore delle comunicazioni elettroniche esce rafforzato rispetto a quello energetico, anche in ragione del livello di maturazione dei mercati nazionali che si è in esso realizzato.

<sup>206</sup> Cfr. M. Tatcher, *"The creation of European regulatory agencies and its limits: a comparative analysis of European delegation"* in JEPP, 8/2011, 790-809. Indaga le ragioni costitutive delle Agenzie ritenendo prevalente quella che guarda al compromesso tra le reti di regolatori, la Commissione e la scelta del metodo di implementazione della legislazione europea, affidato alle autorità di regolazione nazionale sotto il controllo della Commissione e della Corte di Giustizia europea.

regolamento europeo con cui si è posto fine al roaming internazionale (2120/2015/UE) così da garantire all'utente la possibilità di accedere liberamente ai servizi della rete.<sup>207</sup> Tale intervento ha consentito di imporre una precisa linea di azione alle autorità nazionali, la cui attività rimane fondamentale per il raggiungimento degli obiettivi individuati nel regolamento, da taluni ritenuto una sconfitta del BEREC per il fatto di avere richiesto l'intervento politico del Parlamento e del Consiglio;<sup>208</sup> tuttavia un'attenta lettura del testo regolamentare lascia trasparire il rafforzamento del ruolo delle ANR e del BEREC specie in punto di attuazione delle disposizioni. Ciò dimostra come il modello di network sia in realtà rafforzativo e non di ostacolo all'attuazione di politiche di sviluppo e armonizzazione del settore, specie tutte le volte in cui l'accordo sul piano politico sia stato raggiunto.

### 3.4 I protagonisti del quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche

L'adozione del network come strumento di organizzazione delle relazioni tra autorità, si contrappone a quello tipicamente statale, basato sull'accentramento del potere e sul concetto di unitarietà.<sup>209</sup> Nelle comunicazioni elettroniche si è avvertita l'esigenza di armonizzare il complesso quadro regolamentare definito a livello nazionale dalle singole autorità ma, piuttosto che ricorrere all'accentramento dei poteri in capo a un unico soggetto, si è preferito ricorrere alla rete. Questo modello presuppone il reciproco riconoscimento degli Stati partecipanti, senza il quale la sua azione perderebbe valenza<sup>210</sup>. L'importanza che l'informazione assume nelle reti è legata quindi al grado di accreditamento riconosciuto a chi la concede, in assenza del quale la stessa rete perde di credibilità<sup>211</sup>. La necessità di acquisire un complesso

---

<sup>207</sup> R. Viola, "Regole e regolatori del mercato delle comunicazioni elettroniche" in "La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei" a cura di P. Bilancia, Milano, 2011, 212.

<sup>208</sup> P. Parcu, "La riforma del Berec" Osservatorio Arel, 2/2016.

<sup>209</sup> Cfr. S. Cassese, "Le reti come figura organizzativa della collaborazione," in' (a cura di) S. Cassese, Lo spazio giuridico globale, Bari, 2003, 11 ss.

<sup>210</sup> Cfr. L. Ammannati, "Governance e regolazione attraverso reti", in (a cura di) L. Ammannati, P. Bilancia, Governance dell'economia e integrazione europea, Milano, 2008.

<sup>211</sup> Cfr. G. Majone, "The new european agencies", JEPP, 1997/4, 262-275, riconosce carattere costitutivo all'informazione e non più solo strumentale; il mancato riconoscimento di poteri regolamentari alle

sempre più ampio e coordinato di informazioni ha rafforzato alcuni istituti tra cui la consultazione pubblica, i cui effetti devono essere inquadrati all'interno del contesto sovranazionale. Anche l'obiettivo della regolazione è nel frattempo cambiato, in quanto diretta al raggiungimento di fini riconducibili alla politica industriale come lo sviluppo digitale dell'Unione, funzionale alla realizzazione della parità di accesso ad internet. In questa direzione si muove l'adozione del regolamento 2120/2015/UE che ha abolito il roaming internazionale, dimostrando la volontà dell'Europa di promuovere l'interesse degli utenti finali di accedere a informazioni e condividerle; il ricorso al regolamento è significativo della volontà di imprimere una direzione specifica all'azione degli Stati membri, nell'attuazione di un obiettivo intorno al quale ruota lo sviluppo dell'Unione europea. Nello stesso senso si muove la recente proposta di direttiva formulata dalla Commissione europea che prevede di creare delle condizioni più favorevoli alla realizzazione del mercato interno, prendendo come punto di partenza le potenzialità di impiego della rete. La Commissione si propone di raggiungere gli obiettivi individuati nell'ambito dell'Agenda digitale 2020, attraverso la predisposizione di un codice europeo delle comunicazioni elettroniche contenuto in una direttiva. La scelta dell'atto giuridico non è casuale ma va addebitata alla necessità di armonizzare la disciplina, senza tuttavia intervenire specificatamente su materie nazionali. Tra queste rientra la gestione dello spettro, rispetto alla quale la proposta introduce una procedura simile a quella prevista per l'adozione delle misure asimmetriche, prevedendo l'intervento del BEREC e della Commissione, cui spettano compiti di indirizzo volti al raggiungimento degli obiettivi sanciti dalla direttiva.

La proposta rafforza il ruolo del BEREC nel panorama europeo, riquilificando la posizione della Commissione che perderebbe la veste di osservatore. In tal caso l'assetto delle comunicazioni elettroniche, se si volesse seguire la classificazione operata da celebre dottrina, non sarebbe più riconducibile al modello di concerto regolamentare europeo ma andrebbe riquilificato in termini di integrazione amministrativa decentrata.<sup>212</sup>

---

agenzie non ne limiterebbe l'azione poiché la loro capacità di detenere ampie categorie di informazioni ne implementerebbe il potere.

<sup>212</sup>Cfr S. Cassese, *"Istituzioni di diritto amministrativo"*, cit., 226.

Oltre al BEREC, alla Commissione e alle singole autorità di regolazione competenti, costituiscono parte attiva del processo regolamentare anche altri soggetti istituzionali, la cui azione è divenuta parte integrante del *framework*, garantendo l'acquisizione di un vasto patrimonio informativo. Tra questi vanno annoverate le autorità di concorrenza nazionali, compreso il *network* costituito a livello europeo (ECN) e i giudici nazionali e europei, che intervengono per colmare i vuoti di tutela causati dagli assetti multilivello della *governance*. I giudici sono infatti i principali responsabili del consolidamento degli istituti di partecipazione al procedimento regolamentare, fondamentali per il riconoscimento della legittimazione dell'attività dell'autorità.

Non possono poi essere omesse, nell'elencazione dei soggetti che partecipano alla disciplina delle comunicazioni, le altre istituzioni europee, Parlamento e Consiglio, in cui vengono discusse le proposte di riforma dell'assetto e del quadro delle comunicazioni elettroniche. La sede consiliare è ad esempio quella in cui gli Stati membri manifestano le resistenze maggiori all'accentramento delle competenze in capo a un'agenzia, come recentemente avvenuto in sede di discussione della nuova proposta di riforma. La presenza di questi soggetti, ove adeguatamente coordinata, consente di sfruttare tutte le potenzialità della concertazione, specie in ragione dell'elevato scambio informativo che essa è potenzialmente in grado di realizzare.

#### 3.4.1. La Commissione europea

L'art. 17 TUE attribuisce alla Commissione *"la promozione dell'interesse generale dell'Unione e l'adozione delle iniziative appropriate"* e *"la vigilanza sull'applicazione dei trattati e sulle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati oltre che sull'applicazione del diritto dell'Unione sotto il controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea."* L'indipendenza riconosciuta ai suoi componenti e la sua qualificazione altamente tecnica le consentono di cogliere le istanze europee e la legittimano alla presentazione di proposte legislative rappresentative dell'interesse comunitario. Nelle comunicazioni elettroniche la Commissione assume un duplice

ruolo: da un lato essa rappresenta la massima autorità di tutela della concorrenza ma la compenetrazione tra questo profilo e l'attività regolamentare, la legittima a indirizzare le ANR verso la direzione più confacente alla realizzazione dell'obiettivo posto dai trattati e dalle direttive. La Commissione assume quindi il compito di controllare l'azione delle ANR, che non deve essere superflua o di ostacolo alla corretta formazione del mercato concorrenziale.

La posizione della Commissione all'interno del quadro regolamentare si è evoluta nel corso degli ultimi anni; le direttive di prima generazione del 1997, meno dettagliate di quelle attuali, lasciavano ampi margini di discrezionalità agli Stati membri, avvantaggiati dalla vicinanza al territorio e limitavano il potere di intervento della Commissione.<sup>213</sup>

Tuttavia la necessità di garantire maggiore armonizzazione normativa ha portato all'adozione del pacchetto di direttive di seconda generazione, con cui nel 2002 si è dato vita al nuovo framework regolamentare europeo. La necessità di definire un quadro coordinato entro cui gli Stati e le ANR potessero muoversi, ha condotto alla rivalutazione del ruolo della Commissione, i cui compiti sono stati ulteriormente rafforzati in sede di re-indirizzamento dell'azione degli organi nazionali.<sup>214</sup> Il ricorso a strumenti di soft law e la mancata previsione del diritto di veto nella definizione delle misure regolamentari tipiche, ha limitato le interferenze dell'istituzione europea nell'attività degli Stati, ma ha reso necessario il ricorso a tecniche idonee a assicurare il coordinamento. La riforma del 2009 individua nel BEREC la sede idonea per conciliare esigenze di coordinamento e individuali, attraverso il ricorso a strumenti di adattamento spontaneo, basati sui raccordi tra ANR. Si è preferito ricorrere alla concertazione piuttosto che al rafforzamento istituzionale, grazie anche al tecnicismo della Commissione e alla complessa articolazione interna.<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> M. Chiti, G. Greco, *“Trattato di diritto amministrativo europeo”*, vol. 2, Milano, 2008, 794.

<sup>214</sup> Cfr. M. Chiti, G. Greco, *“Trattato di diritto amministrativo europeo”*, cit., 795 ss; M. P. Chiti, *“I procedimenti compositi nel diritto comunitario e nel diritto interno”*, Quaderni giuridici del Consiglio di Stato, Torino, 1997, 55ss.

<sup>215</sup> Cfr. A. Preto, *“La Commissione europea dopo il Trattato di Lisbona”*, Università di Trento il 3 maggio 2011. L'estensione delle competenze dell'Unione richiede una maggior democratizzazione delle istituzioni europee e quindi anche della Commissione, cui il Trattato di Lisbona ha riconosciuto

Il rapporto instaurato tra Commissione e ANR non può dirsi quindi ispirato alla gerarchia, malgrado i tentativi di parte della dottrina di individuare nel potere di veto timidi segnali di sovra-ordinazione;<sup>216</sup> l'assenza di un potere sostitutivo esercitabile dalla Commissione, esclude infatti questa tipologia di relazione, di cui costituisce un elemento indefettibile.<sup>217</sup>

La forza dell'istituzione europea non si esprime quindi, almeno sotto il profilo regolamentare, attraverso l'esercizio di poteri coercitivi, ma nell'adozione di atti di soft law. Nell'ambito del procedimento di analisi di mercato disciplinato dagli art. 7 ss. della direttiva quadro, la Commissione ha a disposizione diverse alternative a seconda dell'influenza che essa voglia esercitare sulle autorità nazionali di regolazione. Oltre alla decisione di veto esercitabile rispetto a rimedi atipici, ammessi in casi eccezionali, la Commissione ricorre a una lettera di commento o a una raccomandazione ulteriore rispetto a quella periodica destinata all'individuazione dei mercati rilevanti.

La lettera di commento rappresenta l'atto meno invasivo, che una volta adottato (entro 30 giorni dalla notifica della misura da parte dell'ANR alla Commissione) impone all'autorità nazionale di tenere in massimo conto le osservazioni in esso contenute. Diversamente dalla raccomandazione, che oltre a rientrare tra gli atti tipici previsti dal Trattato, ha una valenza maggiore sui processi decisionali nazionali, la lettera contiene delle osservazioni da tenere in massima considerazione.<sup>218</sup> La raccomandazione che la Commissione può adottare ai sensi dell'art. 7 bis della direttiva quadro, ha invece l'obiettivo di indirizzare l'attività dell'autorità verso la direzione dalla stessa indicata, richiedendo quindi una

---

l'esercizio di poteri di delega e di esecuzione (art. 290 e 291 TFUE) acquisendo un ruolo assimilabile, secondo l'ex Commissario Agcom, a quello dei Governi.

<sup>216</sup> Cfr. S. Cassese, *"Il concerto regolamentare europeo delle comunicazioni elettroniche"*, Gior. Dir. Amm., 2002, 37, parla di "subordinazione funzionale" della Commissione rispetto alle ANR, i cui riflessi si producono anche sull'organizzazione interna di queste ultime.

<sup>217</sup> Cfr. M. Orofino, *"Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche"*, cit. 154.

<sup>218</sup> Cfr. F. Marini Balestra, cit. 2013, 134, in cui afferma che in sede di adozione delle lettere di commento la possibilità per la Commissione di esprimere dei dubbi circa la compatibilità con gli obiettivi di cui all'art. 8 della direttiva quadro, sia idonea a attribuirle il ruolo di controllore. La giurisprudenza nazionale si è più volte pronunciata sulla forza di tali lettere, fino a sostenere la necessità di un vero e proprio obbligo di motivazione rafforzata nel caso in cui ci si discosti dal contenuto della lettera. (cfr. sent. Cons. St. 25, marzo 2013, sez. V, n. 1635).



motivazione che è ancora più pregnante di quella prevista in sede di lettera di commento. L'adozione di tali atti e gli oneri motivazionali che le ANR sono tenuti a osservare in caso di mancato rispetto del contenuto della raccomandazione, rischiava di consolidare eccessivamente la posizione della Commissione a livello interno. L'influenza che quest'ultima è in grado di esercitare sulle autorità nazionali è infatti indiscutibile, anche a causa di un'incerta giurisprudenza circa l'esatto valore da attribuire a lettere di commento e raccomandazioni<sup>219</sup>. Il BEREC ha quindi rappresentato lo strumento idoneo a temperare gli effetti degli atti della Commissione, riconoscendo agli Stati membri un ruolo proattivo nella definizione della regolazione.

#### 3.4.2 Cooperazione verticale e orizzontale

Le direttive del 2002 sono state il prelude per la creazione di rapporti improntate alla collaborazione spontanea e non coercitiva, in cui la Commissione non esercita direttamente poteri esecutivi ma li rimette alle autorità nazionali, avvertite come le dirette responsabili di quanto adottato. L'attività delle ANR si eleva così sino al livello sovranazionale grazie all'instaurazione di relazioni di carattere orizzontale e verticale.

La collaborazione tra autorità di regolazione (rapporto orizzontale) inizialmente ha assunto carattere spontaneo per essere poi formalizzata con un'apposita decisione, adottata nel 2002, che ha dato vita all'ERG. L'idea di pervenire alla costituzione di un centro europeo d'imputazione dell'attività per l'adozione di norme cogenti applicabili in tutti gli Stati membri, si è cominciata a diffondere negli anni '90 durante i quali si comprese che il ruolo delle ANR, pur concepito come imprescindibile nell'ottica del principio di sussidiarietà, necessitava anche di un coordinamento minimo idoneo alla formazione del mercato interno. Il complesso di informazioni e di conoscenze di cui le ANR dispongono anche grazie alla vicinanza al territorio, necessitava quindi di una guida a livello centrale che poteva essere gestito dalla Commissione o piuttosto dalle

---

<sup>219</sup> Sent. Tar Lazio, n. 9739/2011, pur riconoscendo carattere non vincolante alle lettere di commento ha ritenuto l'esistenza di un onere di motivazione rafforzato in capo all'autorità nazionale.

stesse autorità ma in una sede formale e dotata di propria identità. L'attribuzione a un unico soggetto di compiti di coordinamento di autorità nazionali e di supporto istituzionale è sembrata quindi la risposta più adeguata al bisogno di armonizzazione regolamentare, da realizzare non sulla base di una relazione gerarchica, ma riconoscendo un ruolo di primo piano alla concertazione. All'interno della rete trovano collocazione quindi sia le relazioni verticali che orizzontali, anche se il ricorso a strumenti di soft law ha senz'altro determinato una rarefazione della prima a favore della seconda.<sup>220</sup> Questo tipo di rapporto non esclude tuttavia l'imputabilità della decisione finale alle ANR, e garantisce al destinatario gli strumenti di tutela giurisdizionale previsti sia dal diritto nazionale che europeo.

Le amministrazioni nazionali, collocate su piani differenti hanno quindi potuto coordinarsi tra loro attraverso la previsione di atti di soft law della Commissione e di uno specifico potere di veto riconosciuto esclusivamente in sede di individuazione dei mercati rilevanti, di imprese dotate di significativo potere di mercato e di rimedi atipici<sup>221</sup>.

Il funzionamento di un sistema così articolato, seppur fondato su meccanismi non coercitivi, è riuscito a produrre i suoi frutti grazie alla predisposizione di controlli reciproci, idonei a conferire maggiore legittimazione all'intera attività regolamentare. Tali elementi inducono a escludere una relazione gerarchica tra Commissione e autorità, piuttosto configurabile in termini di controllo che viene a crearsi all'interno della rete. Il ruolo del *network* dipende quindi dall'abilità delle singole ANR che devono indirizzare la loro azione verso un fine unitario, avvantaggiate dalla posizione di

---

<sup>220</sup> Cfr. L. Saltari, *"Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria"*, Milano, 2008, 220. Descrive la sequenza procedurale di cui all'art. 7 così suddivisa: nell'ambito della prima fase interverrebbero due atti sovranazionali in cui vengono predeterminati gli atti dell' istruttoria, che darebbero vita di fatto ad un unico procedimento. Nel secondo caso invece si farebbe riferimento ad un procedimento misto, in quanto intervengono separatamente in sequenza le autorità nazionali, la Commissione e nuovamente le autorità, competenti all'adozione del provvedimento finale. Grazie alla cooperazione instaurata all'interno del procedimento, il provvedimento viene inteso come originato da un'organizzazione integrata grazie al raccordo procedimentale che viene a formarsi tra i due livelli.

<sup>221</sup> Cfr G. Nava, *"L'evoluzione della regolamentazione ex ante nelle comunicazioni elettroniche: il ruolo della Commissione e dei regolatori nazionali tra diritto della concorrenza e politica industriale"* DIMT, 3/2013, 34-116.

osservatore attribuita alla Commissione<sup>222</sup>. La rete assume una connotazione trasversale che comporta lo stravolgimento delle categorie di potere ed esalta l'instaurazione dei reciproci rapporti di fiducia instaurati tra le singole autorità. La cooperazione orizzontale s'inquadra all'interno di quella verticale e contribuisce alla creazione di una rete in cui Stati e Unione, perdono la loro connotazione individuale e contribuiscono insieme all'armonizzazione, senza necessità di ricorrere alla definizione specifica delle sfere di potere da ciascuna parte ricoperte.

### 3.4.3 IRG ed ERG

Le direttive del 2002 prevedevano l'adozione, da parte della Commissione, di una raccomandazione e di altri strumenti di soft law idonei a orientare le ANR nello svolgimento dell'analisi di mercato. I meccanismi procedurali introdotti dalla direttiva attribuivano alla Commissione una posizione simile a quella gerarchica ma tuttavia non perfettamente inquadrabile in tali termini. La posizione da essa ricoperta non ha reso possibile l'attuazione dell'armonizzazione normativo-concettuale, (le stesse direttive richiamavano concetti giuridici indeterminati ripresi dal diritto della concorrenza) e strutturale che invece ci si era prefissati di raggiungere con le direttive del 2002. Gli strumenti introdotti lasciavano infatti dei notevoli margini di scelta alle autorità, già improntate a tutelare in primis gli interessi nazionali. Proprio le ANR hanno avvertito la necessità di individuare una sede idonea a favorire il coordinamento, dando vita all'IRG, primo esempio di aggregazione su base volontaria di autorità amministrative indipendenti; nato nel 1997 esso era composto dai Presidenti o dai delegati delle diverse autorità di telecomunicazioni, per discutere e promuovere linee innovative di regolazione del settore. La natura spontanea del gruppo e la mancanza di un'espressa disposizione giuridica che lo prevedesse,

---

<sup>222</sup> Sulla posizione dell'ERG, come sede per le autorità nazionali per l'espressione delle proprie posizioni al fine di raggiungere una decisione comune con cui fronteggiare quella della Commissione cfr. L. Saltari, *"Amministrazione nazionale in funzione comunitaria"*, 226, che si concentra in particolare sullo scambio di informazioni di carattere orizzontale che avviene tra le singole autorità nazionali, attraverso cui si può pervenire al rafforzamento della loro posizione comune. Le autorità nazionali possono infatti far valere le loro istanze solo in seno ad organismi compositi nazionali, considerandosi altrimenti i singoli interessi alla stessa stregua di quelli privati.

rendevano tuttavia poco rilevante il suo ruolo nelle comunicazioni, rimesso alla volontà degli Stati che potevano così procedere all'elaborazione di richieste o osservazioni.

La formazione di un'organizzazione in cui poter discutere di *best practices* regolamentari scatenò reazioni positive suggerendo la formalizzazione del gruppo di regolatori. Nel 2002 è stato costituito l'ERG, gruppo formale di regolatori che, pur modellandosi sull'IRG, non si è a esso sostituito; quest'ultimo non è stato infatti inglobato nell'ERG ma ha continuato ad esistere come associazione senza scopo di lucro per il perseguimento di obiettivi fissati dal quadro delle comunicazioni elettroniche, fino alla nascita del BEREC.<sup>223</sup> All'interno del gruppo spontaneo la Commissione non rivestiva alcun ruolo, né poteva intervenire, in quanto sede riservata in via esclusiva agli Stati<sup>224</sup>. La nascita dell'ERG deriva quindi dall'esperienza positiva dell'IRG, e dalla consapevolezza di dover risolvere taluni problemi di coordinamento in sede di attuazione della disciplina comunitaria, anche attraverso il confronto con la Commissione.

La decisione 2002/627/CE di costituire l'ERG risponde agli obiettivi individuati dalla direttiva quadro 2002/21/CE, che al considerando 36 richiede la *“coerente applicazione, in tutti gli Stati membri, delle disposizioni adottate in ambito europeo”*. Per superare le difficoltà di armonizzazione, la scelta più opportuna è sembrata quella di individuare una sede di coordinamento in grado di vincolare le ANR, senza tuttavia costituire agenzie esecutive suscettibili di determinare importanti costi. Da un lato gli Stati volevano quindi riservarsi dei margini di azione, ma dall'altro avvertivano la necessità di costituire un centro di coordinamento unitario. La liberalizzazione del mercato affidata alle ANR rischiava quindi di essere condotta in modo del tutto differente, in assenza di atti volti a individuare modalità comuni di attuazione. Le

---

<sup>223</sup> Vv. M.L. Mariniello, *“Soggetti funzioni e procedure di regolazione”*, Dir. Econom. Mezzi di comunicazione, 2/2014, 71; M. Orofino, *“La regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche”*, 55-82, in L. Ammannati, P. Bilancia, (a cura di) *Governance dell'economia ed integrazione europea*, vol. II, 2008, Milano.

<sup>224</sup> Cfr. M. Orofino, *“La governance delle comunicazioni elettroniche. Il complesso sistema di networks decisionali caratterizzato da raccordi verticali tra le ANR e la Commissione e da raccordi orizzontali tra le ANR e tra di esse e la Commissione”*, in Riv. it. dir. pub.com., 3-4/2007, 737 ss.

direttive infatti, pur individuando obiettivi uniformi, e prevedendo lettere di commento o raccomandazioni, non assicurano la messa in atto di comportamenti uniformi. Il rischio era quindi l'adozione di decisioni e comportamenti poco idonei alla formazione di un mercato concorrenziale (obiettivo della direttiva) ma adatti al contesto nazionale. La costituzione del gruppo dei regolatori ha costituito quindi un segnale importante per preservare l'indipendenza delle ANR e favorirne l'interrelazione. Il fatto poi che tale formazione sia avvenuta con una decisione della Commissione, piuttosto che con un regolamento, è un ulteriore segnale che dimostra la scarsa volontà degli Stati di impegnarsi politicamente nella creazione di un'agenzia europea.

L'ERG ha arricchito la sua composizione interna con la partecipazione della Commissione, seppur in veste meramente assistenziale, così da contribuire ad indirizzare le Autorità nazionali sugli atti e i comportamenti da adottare a livello nazionale, imponendo l'ingresso di forme di raccordo verticale all'interno di una rete che, fino a quel momento, era stata sede di rapporti orizzontali.<sup>225</sup>

Il rapporto di assistenza che si è determinato era tuttavia biunivoco nel senso che anche il gruppo dei regolatori era tenuto ad assistere la Commissione nello svolgimento della sua attività, attraverso l'adozione di posizioni comuni, pareri sulle domande della Commissione o di terzi, e rapporti sulle questioni decise dal Gruppo stesso. La condivisione di problemi ed esigenze e la loro discussione in una sede di pacifico confronto, è stata vista quindi come lo strumento con cui consentire l'armonizzazione, specie in sede di analisi di mercato.<sup>226</sup> La capacità d'interfacciarsi con ANR e Commissione garantiva infatti un collegamento sia con le istituzioni europee che

---

<sup>225</sup> Cfr. M. Orofino, *"Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche"* 160; M. Orofino, *"Telecoms Package: Luci ed ombre di una riforma molto travagliata"*, Riv. Dir. Pub. Com. 2/2010, 513-544; M. Orofino, *"La governance delle comunicazioni elettroniche, il complesso sistema di networks decisionali caratterizzato da raccordi verticali tra le anr e la commissione e da raccordi orizzontali tra le anr e tra di esse e la commissione"*. Riv. dir. Pub. Com., 4/2007, 737-767.

<sup>226</sup> Cfr. M. Orofino, *"La regolazione asimmetrica e le comunicazioni elettroniche"*, cit., 78. Per la sua composizione e modalità di azione, l'ERG è classificato tra le incorporated transgovernmental networks, vv. anche D. L.Faur, *"Regulatory networks and regulatory agentification: towards a single european regulatory space"* JEPP, 18/2011, 810-829.

con le istanze nazionali.<sup>227</sup> Tuttavia il coordinamento non ha limitato l'azione individualista delle ANR, cui è stata rimessa la scelta di adattarsi spontaneamente alle posizioni assunte dall'ERG.

Già nel 2002 quindi, la rete era considerata la sede privilegiata per la realizzazione dell'uniformità dello spazio regolamentare europeo, specie per la capacità di rafforzare l'azione dell'autorità nazionale e al contempo di cooperare con la Commissione<sup>228</sup>.

Proprio il rafforzamento dell'azione delle ANR ha tuttavia reso più difficile costituire un'Agenzia cui peraltro anche la Commissione si opponeva, preoccupata dei costi non giustificati che questa avrebbe comportato.<sup>229</sup>

L'ERG ha quindi rappresentato il primo esempio positivo di rete istituzionalizzata nelle comunicazioni elettroniche, in cui le ANR, pur mantenendo fermo il loro potere, erano poste in grado di metter da parte la propria individualità a favore della sovra-nazionalità di gruppo. L'assenza di un coordinamento centrale e la mancata previsione all'interno del procedimento regolamentare, hanno tuttavia reso necessaria una sua rivisitazione, confluita nel progetto del BEREC.<sup>230</sup>

#### 3.4.4 IL BEREC

Il BEREC nasce in un contesto di particolare difficoltà per le comunicazioni elettroniche, derivante in parte dalla più generale crisi economica che i mercati stavano attraversando. Sulla scorta di quanto già avvenuto in altri settori, in particolare quello bancario, un adeguato livello di armonizzazione regolamentare è

---

<sup>227</sup> L. Saltari, *"Amministrazione nazionali in funzione comunitaria"*, cit. 138, sottolinea la duplice dimensione dell'ERG che elabora le linee d'azione idonee a tutelare gli interessi nazionali, anche privatistici, partecipando così all'attività di regolazione.

<sup>228</sup> Cfr. Bruti Liberati, F. Donati, *"La regolazione dei servizi di interesse economico generale"*, Torino, 2010, 63.

<sup>229</sup> Cfr. R. Viola, *"Regole e regolatori del mercato delle comunicazioni"* cit. 216, sulla proposta di costituzione dell'EECMA, Proposta COM 2007 (699) del Parlamento europeo e del Consiglio, agenzia europea di settore, deputata alla creazione di linee guida di armonizzazione nazionale. La presenza della Commissione all'interno degli organi dell'EECMA, pur non diretta ma tramite la nomina di sei componenti del comitato dei regolatori, la rendeva di fatto il vertice del quadro regolamentare, con il potere di indirizzare l'attività e le posizioni dell'Agenzia nella direzione dalla stessa voluta.

<sup>230</sup> E. Chiti, *"Le trasformazioni delle agenzie europee"* Riv. trim. dir. pubbl. 2010/1, 57, sulla rete come strumento che rafforza il ruolo dell'Agenzia.

stato considerato il metodo migliore per il superamento di situazioni contingenti. La garanzia di condizioni di trattamento uniforme agli operatori del settore, in grado di spostarsi agevolmente all'interno del mercato interno, conformemente al principio di libera circolazione, ha condotto così a rivedere il modello di governance del settore, senza tuttavia stravolgerlo. La costituzione del BEREC "*Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche*" con Regolamento 1211/2009/CE, non rappresenta una novità ma ripercorre il modello già adottato dalla Commissione per l'ERG, strutturandone meglio l'azione all'interno del processo regolamentare. La revisione del gruppo dei regolatori deriva dalla necessità di rafforzare la sua azione in sede di sviluppo del mercato e applicazione uniforme del quadro normativo europeo, fortemente limitata dalla sua posizione non istituzionalizzata.

Tale progetto di riforma è avvenuto lungo due linee direttrici, di cui la prima ha previsto l'adozione di un regolamento da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, la seconda invece ha riconosciuto l'azione del neo-organismo direttamente all'interno della procedura regolamentare riformata dalla direttiva 2009/140/CE. La scelta di adottare un regolamento, atto di portata generale e vincolante in tutti i suoi elementi, è prova del rilievo assunto dalla cooperazione a livello istituzionale. Il segnale che le istituzioni europee hanno voluto trasmettere agli Stati membri è esplicativo della volontà univoca di procedere all'armonizzazione del quadro regolamentare, attraverso un'azione concertata tra autorità perfettamente realizzata all'interno della rete. Del pari, il ruolo del BEREC acquista ancora più rilievo ove si consideri la sua previsione nella direttiva di riforma del quadro regolamentare, e il riconoscimento di un potere consultivo e di orientamento indipendente dalla specifica situazione determinata dalle ANR. Il compito del BEREC rimane tuttavia puramente consultivo, nel senso che il suo parere, pur tenuto "*in massima considerazione*" dalla Commissione e dalle ANR, non vincola né limita la loro azione. Vengono in particolare esaltate le competenze specialistiche dei componenti l'organismo, per lo più tecnici delle autorità la cui *expertise* assume una particolare valenza all'interno dell'Organismo, garantendone l'azione indipendente e imparziale rispetto all'obiettivo di armonizzazione e condivisione di buone prassi. Le ANR non sono quindi offuscate

dall'azione del BEREC ma si elevano a un livello nuovo che assume particolare importanza nel contesto degli obiettivi promossi a livello europeo, in particolare per il buon funzionamento del mercato interno<sup>231</sup>. Mentre al di fuori di tale sede le ANR rimangono portatrici di interessi individuali, in seno al BEREC la loro azione assume una veste collettiva nuova, idonea a indirizzare le scelte delle singole autorità e della Commissione, garantendo l'adeguato contemperamento tra la salvaguardia delle esigenze nazionali e l'accentramento delle competenze.

La modalità con cui operare il confronto tra autorità non viene rimesso alla libera scelta dell'Organismo ma è disciplinato dal regolamento istitutivo, che detta un'articolazione nuova, rispondente alle esigenze di rappresentatività delle ANR e alla collocazione europea assunta dal BEREC.<sup>232</sup> L'articolazione interna del BEREC è infatti duplice distinguendosi la parte istituzionale da quella amministrativa; in particolare i rappresentanti delle singole autorità compongono il Comitato dei regolatori, deputato a svolgere i compiti istituzionali riconosciuti al BEREC dall'art. 3 del regolamento. Le autorità incarnano quindi il cuore dell'Organismo, che assolve compiti prevalentemente consultivi e di assistenza della Commissione e delle ANR sui principali temi regolamentari. Il corretto svolgimento di tali compiti necessita tuttavia di un apparato organizzativo, specie alla luce della sua formalizzazione all'interno della direttiva. Si è prevista così l'istituzione di un Ufficio amministrativo in grado di garantire il funzionamento dell'organismo e composto da un Direttore ed un comitato di gestione. L'Ufficio riflette la dimensione europea all'interno della quale si colloca il BEREC, riconoscendo alla Commissione uno specifico ruolo che manca invece all'interno del Comitato, chiamato a svolgere i propri compiti nel rispetto dei requisiti di indipendenza economica e istituzionale. L'art. 6 del regolamento riconosce così esclusivamente all'ufficio la natura di *"organismo comunitario dotato di personalità giuridica"*, esclusa espressamente per il comitato.

---

<sup>231</sup> L. Saltari, *"Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria"*, cit., 226, in cui l'interesse nazionale di cui le ANR sono titolari, viene equiparato a quello dei privati riportato in sede di consultazione pubblica.

<sup>232</sup> Cfr. I Chieffi, *"La revisione del procedimento amministrativo europeo nelle comunicazioni elettroniche"*, Riv. It. dir. Pub. Com. 2010, 901 ss; M. L. Mariniello, G. Volpi, *"Soggetti, funzioni e procedure di regolazione"*, (art. 7,8,9,10), in *Diritto e economia dei mezzi di comunicazione*, Vol. I, 2/2014, 47-101.



La diversa dimensione assunta dalle due componenti del BEREC si riflette nel ruolo della Commissione, mero osservatore nel comitato dei regolatori e membro effettivo di quello di gestione che insieme al Direttore generale compone l'Ufficio amministrativo. Il ruolo di osservatore non ha sino a oggi rappresentato un ostacolo all'indipendenza del Comitato, che più volte si è espressa in senso contrario rispetto alle posizioni assunte dall'istituzione amministrativa. La dimensione europea viene tuttavia recuperata dal riconoscimento del potere di convocare la riunione dei regolatori, anche al di fuori dei casi espressamente previsti dal regolamento<sup>233</sup>. Tale possibilità è riconducibile all'interesse generale che essa rappresenta e alla possibilità di richiamare l'attenzione dei regolatori su temi e questioni interessanti per il mercato.

Il riconoscimento di all'Ufficio della personalità giudica contribuisce a recuperare la dimensione europea del BEREC, le cui leve gestionali sono attribuite a un organo differente da quello deputato all'esercizio dei compiti del BEREC; in esso non solo la Commissione ma anche il Parlamento europeo assumono un ruolo peculiare in sede di individuazione del direttore amministrativo<sup>234</sup>. Le istituzioni intervengono quindi, seppur indirettamente, nella gestione del bilancio, composto non solo dai contributi versati dalle singole ANR (su cui invece delibera il comitato dei regolatori) ma anche dalle somme versate dall'Unione europea. La scelta di separare amministrazione interna e attività istituzionale, nonché di far ricadere parte dei costi sul bilancio europeo, non deve essere vista come tentativo di intrusione, quanto piuttosto come manifestazione del sostegno che l'Europa riconosce alla cooperazione.

Il contributo fornito dal BEREC è stato particolarmente positivo negli ultimi anni, costruendo un quadro armonizzato in grado di tener conto, al contempo, delle specifiche esigenze nazionali. La sua azione non si è limitata agli interventi di cui agli art. 7 e 7bis della direttiva quadro, ma si è spinta oltre, sino all'elaborazione di linee

---

<sup>233</sup> È il presidente del comitato che è tenuto a convocare il Comitato in via ordinaria almeno 4 volte l'anno, ed in via straordinaria su richiesta o della Commissione o di 1/3 dei componenti del BEREC (art. 4 del reg.1211/2009).

<sup>234</sup> Il Parlamento europeo può esprimere un parere non vincolante sull'idoneità del candidato selezionato dal comitato di gestione ed è informato nel caso in cui si intenda prorogare il conferimento dell'incarico.

guida, report e studi, che gli Stati hanno dimostrato di tenere in massima considerazione.

Il roaming internazionale rappresenta uno di quei campi in cui il BEREC ha per primo concentrato i propri sforzi, pervenendo all'elaborazione di linee guida sull'accesso all'ingrosso da tenere in massimo conto in sede di applicazione del nuovo regolamento, al fine di evitare una sua attuazione distorta o diversificata nei diversi Stati membri. La parità di accesso alla rete e il riconoscimento di uguali diritti agli utenti finali, seppur richiesti da un regolamento, rischiano infatti di non essere adeguatamente attuati dalle autorità. La possibilità di agire individualmente crea delle distanze tra le regolamentazioni nazionali, amplificando le difficoltà per la costituzione di un mercato interno. Il BEREC deve quindi garantire l'azione e l'interpretazione uniforme a livello nazionale dei requisiti di velocità e qualità del servizio, rispetto ai quali il regolamento non fornisce delle precise misure.

Il lavoro del BEREC non assume quindi carattere occasionale, ma è specificatamente individuato da un programma approvato dal Comitato che, per il biennio 2016-2018, si propone di raggiungere specifici obiettivi coerenti con quelli imposti dalla strategia regolamentare europea come la promozione della concorrenza e degli investimenti nel mercato interno, il rafforzamento e la tutela degli utenti finali.

Nel fornire il proprio contributo il BEREC sostiene quindi l'esperienza delle autorità nazionali che viene elevata, ove positiva, anche a livello europeo (metodo *bottom-up*), specie in settori ancora oscuri come la *net neutrality*. L'elaborazione di linee guida o report si è dimostrata particolarmente utile, in sede di attuazione del nuovo regolamento sul roaming, indirizzando gli Stati verso una direzione comune. La specifica conoscenza tecnica posseduta dall'organismo consente infatti di condurre le ANR verso un'azione quanto più possibile coerente, nell'ambito di un terreno che risulta di difficile regolamentazione anche a causa dei veloci cambiamenti tecnologici da cui lo stesso è interessato. Al fine di dare un contributo all'attuazione coerente del regolamento europeo e tutelare il legittimo affidamento degli stakeholders, il BEREC ha adottato nel 2016 le linee guida in materia di *net neutrality*, acquisendo così un

ruolo pilota in un settore ancora poco inesplorato<sup>235</sup>. Le autorità assumono in questo caso una duplice posizione dettata dal fatto che esse sono al contempo destinatarie delle linee guida e responsabili della loro adozione; il confronto delle esperienze e delle conoscenze tecniche possedute, contribuisce così all'elaborazione di documenti di indirizzo che assumono particolare valenza per le singole autorità. Tale posizione è talmente importante che anche la Commissione è tenuta a rispettare uno specifico onere motivazionale, nel caso di adozione di un orientamento differente da quello espresso nel parere del BEREC.

Il novero dei compiti riconosciuti all'Organismo dall'art. 3 del regolamento, proprio perché legato alle novità tecnologiche e commerciali di volta in volta disponibili, è peraltro suscettibile di essere ampliato, come risulta da un'apposita clausola di salvaguardia che riconosce la possibilità, previa decisione assunta all'unanimità e su richiesta della Commissione, di individuare compiti ulteriori. In tale sede la Commissione recupera il proprio ruolo, nel senso che essa, in rappresentanza dell'interesse generale dell'UE, si rivela la sola in grado di comprendere se le materie del BEREC possano o meno essere implementate.

Al fine di evitare che la rappresentatività riconosciuta ai componenti del Comitato possa essere pregiudicata dalle eventuali posizioni di supremazia di uno Stato sull'altro, è stato introdotto un meccanismo annuale di turnazione della presidenza, che, unitamente alla veste di osservatore attribuita alla Commissione, contribuisce a salvaguardare l'indipendenza dell'organismo.

Il principio di massima partecipazione cui la riforma regolamentare del 2009 si è ispirata, ha imposto il riconoscimento anche al BEREC della possibilità di ricorrere alla procedura di consultazione pubblica, così da accrescere la trasparenza della sua attività. Tale meccanismo va a beneficio non solo del network ma anche delle singole autorità, che sono poste nelle condizioni di formulare giudizi e valutazioni assumendo un punto di vista sovranazionale<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> Si tratta delle "BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules" BOR (16) 127, agosto 2016.

<sup>236</sup> M. De Visser, "Network -based governance in EC law: the example of EC competition and EC communications law", 2009,241; M. Orofino, "Telecom package, luci ed ombre di una riforma molto

Anche in occasione della definizione delle politiche di incentivi per la realizzazione della banda ultra larga e di aiuti di stato<sup>237</sup> il contributo del BEREC è stato determinante, ottenendo anche il visto positivo degli operatori del settore. Esso contribuisce così a definire le linee di azione regolamentare intervenendo sulle azioni di politica industriale<sup>238</sup> grazie anche all'attività di moral suasion svolta dalle ANR. I poteri e gli atti del BEREC non si concretizzano mai comunque in decisioni di carattere vincolante non solo per ragioni legali (dottrina Meroni)<sup>239</sup>, ma anche politiche, quali le resistenze degli Stati membri.

### 3.5. Direttive ed atti di soft law

Analizzando la modalità con cui l'Unione europea interviene nelle comunicazioni elettroniche, uno dei primi aspetti che suscita l'attenzione del giurista è l'utilizzo, spesso abusato, di strumenti giuridici non vincolanti o comunque limitativi solo in parte della discrezionalità degli Stati membri. Ciò vale non solo per il livello istituzionale, che salvo in rari e recenti casi è intervenuto il più delle volte ricorrendo alle direttive, ma ancor di più con riguardo agli atti adottati dal BEREC che, per ragioni di carattere politico e giuridico, non hanno mai effetto normativo. La scelta di avvalersi delle direttive per la definizione degli obiettivi da raggiungere nel settore, risponde infatti alla necessità di garantire l'armonizzazione massima delle normative nazionali (che è senz'altro meglio realizzata con l'adozione di un regolamento) ma al contempo lascia ampi margini di libertà agli Stati membri, in grado di ritagliarsi delle sfere di

---

*travagliata*", cit. 520, afferma come le ANR mantengano comunque la propria indipendenza all'interno del BEREC.

<sup>237</sup> BoR (17) 246, "*Analysis of individual NRAs' role around access conditions to State aid funded infrastructure*" in cui viene esaminato anche il ruolo dell'Agcom nell'ambito delle procedure destinate all'erogazione di aiuti di stato per la realizzazione delle reti di nuova generazione, deputata non direttamente alla concessione di aiuti ma piuttosto alla definizione di linee guida.

<sup>238</sup> Cfr. M. Tatcher, "*From old to new industrial policy via economic regulation*" Rivista della regolazione dei mercati, 2/2014, 6-22, sostiene che la politica industriale non sia stata sostituita dalla regolazione. Egli al contrario ritiene che l'intervento delle autorità amministrative indipendenti nel mercato abbia dato vita a una nuova forma di politica industriale, che opera attraverso nuovi strumenti affiancati a quelli precedenti che indirizzavano la strategia delle imprese verso una specifica direzione.

<sup>239</sup> S. Cassese, "Il concerto regolamentare europeo nelle telecomunicazioni" cit. 132, ritiene che i vincoli ed i principi di attribuzione indicati nel Trattato non ostacolino la creazione di figure istituzionali nuove e dotate di poteri regolamentari, contrariamente a quanto sancito dalla dottrina Meroni.

azione maggiori per tener conto delle esigenze locali<sup>240</sup>. Attraverso la direttiva gli Stati membri sono infatti posti nelle condizioni di raggiungere gli obiettivi indicati a livello europeo, adottando le misure ritenute più appropriate ed efficaci in relazione alle esigenze locali.

L'adozione di strumenti più incisivi risulterebbe però eccessivamente invasiva, in assenza di una base giuridica riferita espressamente alla materia, che nel frattempo è stata alternativamente individuata nell'art. 86 TCE (ora 106 TFUE) o nell'art. 114 TFUE.<sup>241</sup> Le direttive adottate sono così divenute sempre più dettagliate, definendo i tempi e le procedure di azione delle ANR.<sup>242</sup> La direttiva quadro del 2002 oltre a promuovere la concorrenza, auspicando la progressiva riduzione degli interventi *ex ante*, procedimentalizza l'attività delle ANR, imponendo l'osservanza di tempi ed oneri di comunicazione ben precisi<sup>243</sup>. Essa ha attribuito infatti penetranti poteri alla Commissione in sede di svolgimento della procedura regolamentare, intervenendo quindi in modo inusuale nelle scelte dei regolatori<sup>244</sup>. Pur non riconducibile a un potere gerarchico, l'intervento attraverso l'esercizio *ex ante* del potere di veto ha rappresentato senz'altro una novità, ferma la generale competenza di salvaguardia della corretta applicazione del diritto comunitario prevista dal trattato.

L'adozione di direttive dettagliate non è stata sufficiente in presenza di situazioni territoriali differenti che hanno reso necessario il riconoscimento all'autorità di regolazione di un'ampia discrezionalità. Il ricorso alle raccomandazioni e la previsione del potere di veto della Commissione sono gli strumenti che la direttiva ha introdotto per favorire il coordinamento; diversamente dal potere di blocco,

---

<sup>240</sup> M. Scali, "La dialettica fra AGCOM Commissione e Berec", *Dir. Inf.*, 366-394; B. Argiolas, "Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche", *Giorn. Dir. amm.*, 2011, 191.

<sup>241</sup> Sul contributo fornito dalla Corte di Giustizia cfr. M. Orofino, "Un caso concreto della governance multilevel", 12/2005, 9.

<sup>242</sup> M. P. Chiti, "Diritto amministrativo europeo", Milano, 1999, 154; C. Franchini, "La Commissione delle Comunità europee e le amministrazioni nazionali: dalla ausiliarità alla coamministrazione", in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 8/1993, 669 ss.

<sup>243</sup> Sulla procedimentalizzazione dell'attività e l'integrazione organica come strumento di controllo cfr. G. Napolitano, "La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche" in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, 1469.

<sup>244</sup> Cfr. L. Saltari, "I procedimenti composti e l'integrazione funzionale", in G. Della Cananea, M. Gnes, (a cura di), *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea. Un'indagine*, Torino, 2004, 52-53.

raramente esercitato<sup>245</sup>, la raccomandazione o le lettere di commento, sono state frequentemente impiegate al fine di indirizzare le ANR, grazie anche alla maggiore duttilità che esse presentano. La raccomandazione è così divenuta la base per procedere all'analisi di mercato cui l'autorità è vincolata nell'individuazione dei mercati rilevanti. Nel corso di quest'ultima, attraverso la predisposizione di precisi obblighi di notifica, la Commissione è in grado di verificarne la conformità rispetto agli obiettivi di cui all'art. 8 della direttiva quadro o del funzionamento del mercato interno e decidere così di ricorrere agli strumenti di soft law attraverso i quali ricollocare verso la giusta direzione l'azione delle ANR. Prima del BEREC tali atti risultavano il frutto dell'attività della Commissione ma grazie alla sua istituzione essi sono oggetto di un preventivo confronto. L'intervento dell'Organismo, sia singolarmente che in sede di esercizio dell'attività da parte della Commissione, consente così di avvicinare il piano nazionale a quello sovranazionale, evitando azioni dell'istituzione europea eccessivamente distanti dalle esigenze interne.

### **3.6 Il ruolo dei giudici nella governance delle comunicazioni elettroniche**

Dinanzi ad un quadro normativo ed istituzionale così complesso ed articolato, la giurisprudenza ha ricoperto un ruolo essenziale per la definizione dei rapporti tra autorità e fonti del diritto, sancendo l'importanza di specifici ruoli o istituti giuridici.

Il compito dei giudici amministrativi assume particolare valenza in sede di impugnazione delle misure regolamentari adottate dalle autorità, rispetto alle quali viene posto in essere un controllo che non è di merito, ma di ragionevolezza e che impone uno scrutinio delle modalità con cui si è giunti ad adottare la decisione. Questo tipo di sindacato, ormai definito intrinseco, impone la verifica dell'attendibilità del criterio tecnico adoperato dall'autorità, attraverso l'introduzione di strumenti processuali specifici come la consulenza d'ufficio. Il giudice, pur non potendosi sostituire all'autorità nell'adozione dell'atto, può quindi verificare la correttezza del

---

<sup>245</sup> A novembre 2015 solo il 6% delle notifiche delle ANR è stata oggetto di blocco da parte della Commissione.

ragionamento seguito per l'adozione della decisione, rafforzando eventualmente anche la posizione dell'autorità. (Sez. VI, 16 dicembre 2014, n. 6050).<sup>246</sup> Il giudice non è un elemento esterno al processo regolamentare, nel senso che lo stesso non è chiamato a verificare la mera corrispondenza formale della decisione alla legge, ma deve verificare il ragionamento del regolatore, pur non potendosi poi sostituire a esso<sup>247</sup>. Egli partecipa attivamente alla formazione della scelta regolamentare, ristabilendo la situazione patologica anche sulla base di considerazioni che tengano conto dell'impatto che la stessa avrebbe sull'economia e in generale sugli obiettivi posti dalla normativa europea.

Oltre al consolidamento di strumenti giuridici, divenuti ormai fondamentali nell'ambito del procedimento regolamentare, la giurisprudenza ha contribuito a bilanciare i rapporti tra atti di soft law e decisioni interne<sup>248</sup>. Nell'ambito dei rapporti tra autorità nazionali e BEREC, il giudice nazionale ha chiarito gli ambiti di competenza del network rispetto a quelli della Commissione, sancendo la validità della decisione assunta dall'Agcom e conforme al parere del BEREC ma non alle osservazioni dell'istituzione amministrativa (Tar Lazio, Roma, sez. I, 18 febbraio 2015, n. 2772).

La sentenza del giudice assume quindi una valenza emblematica all'interno del panorama delle fonti che può condurre a confutare o rafforzare la scelta di adottare

---

<sup>246</sup> Sul ruolo della giurisprudenza amministrativa cfr. A. Travi, *"Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)"*, Riv. Reg. merc., 3/2016; M. Filice, *"Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle autorità indipendenti"*, Giorn. Dir. Amm. 4/2015, 559-570; sulla discrezionalità tecnica delle autorità M. D'Alberti, *"Lezioni di diritto amministrativo"*, 2017, Torino, 189ss; L. Carbone, *"Le autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione"* Rassegna dir. Pubbl. eur.2015, 1-2 fornisce un contributo alla delineazione dei rapporti tra indipendenza dell'autorità e del giudice amministrativo. A. Travi, *"Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia amministrativa?"*, in Giornale dir. amm., 3/2006, 304; R. Giovagnoli, *"Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale"*, Relazione tenuta al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati", Roma, 28 febbraio 2013; M. Clarich, *"Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello"*, Bologna, 2005; R. Chieppa, *"La tutela giurisdizionale, in Le Autorità Amministrative Indipendenti"*, Padova, 2010; P. De Lise, *"Le Autorità indipendenti venti anni dopo"*, Roma 6 maggio 2015.

<sup>247</sup> Cfr. G. Montedoro, *"Il giudice e l'economia"*, Roma, 2015, 243.

<sup>248</sup> Sent. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 29 gennaio 2009, n. 895 interpreta l'art. 12 del codice delle Comunicazioni elettroniche che obbliga l'Agcom a *"tenere in massima considerazione le osservazioni della Commissione"*, nel senso che esso non pone in capo all'autorità alcun obbligo di conformazione assoluto. Cfr. anche F. Cacciatore, F. Di Mascio, *"Il giudice amministrativo e gli strumenti di qualità della regolazione"* in Osservatorioair, Annuario 2015, 222.

determinante decisioni. Il giudice nazionale non può tuttavia spingersi sino al punto di sindacare le disposizioni degli atti adottati in sede europea, ma può eventualmente definirne gli effetti, chiarendo ad esempio il carattere non vincolante a questi riconosciuto.<sup>249</sup> Ciò è avvenuto con riferimento alle lettere di commento adottate dalla Commissione europea nell'ambito della procedura di consultazione instaurata tra quest'ultima e le ANR.<sup>250</sup> Gli effetti di tale pronuncia, oltre a sancire la competenza del giudice nazionale, contribuiscono a definire i margini di libertà dell'autorità nazionale. Le osservazioni non producendo effetti giuridici, non vincolano l'autorità nazionale, la quale pur tenendole in massima considerazione, non deve sentirsi vincolata al contenuto. Ne consegue quindi, l'imputabilità dell'atto in via esclusiva all'ANR e la possibilità di ricorrere al giudice nazionale e non anche a quello europeo, salvo il ricorso in via pregiudiziale, da parte del *giudice a quo*, alla Corte di Giustizia. La direttiva quadro del 2002, nell'individuare i compiti di ANR e Commissione definisce i rispettivi margini di azione, attribuendo rilevanza agli istituti di consultazione europea e alla motivazione della decisione dell'ANR che si discosti dalle osservazioni o dalla raccomandazione della Commissione. In presenza di un percorso motivazionale logico e attendibile, la decisione dell'autorità non è infatti annullabile, ma legittimata da un percorso tracciato non solo a livello nazionale, ma ancora più da disposizioni sovranazionali.<sup>251</sup>

L'attività del giudice entra così a far parte del network, completando e sancendo dei principi che costituiscono la base non solo dell'attività regolamentare ma anche della *governance*.

In ultima analisi occorre sottolineare come l'Agcom non intervenga solamente come autorità di regolazione ma anche con funzione para-giurisdizionale nell'ambito degli strumenti di *alternative dispute resolution* (ADR), ai sensi dell'art. 84 del codice delle comunicazioni elettroniche. Il potere dell'autorità di risolvere in via anticipata le

---

<sup>249</sup> Sul ruolo della giurisprudenza un'interessante riflessione è offerta da M. Gigante, *"Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento"*, Milano, 2008, 243, specie rispetto al ruolo della giurisprudenza sulla costruzione e tutela del principio del legittimo affidamento.

<sup>250</sup> Tribunale di I grado, 12 dicembre 2007, T-109/06, Vodafone Espana v. Vodafone Group.

<sup>251</sup> Un approfondimento specifico sulla consultazione e le delibere dell'Agcom è fornito da N. Spadaro, *"Agcom e procedura di notice and comment"*, Riv. Reg. merc. 2/2014, 375-390.



controversie tra operatori o tra questi e gli utenti, oltre a costituire uno strumento deflattivo del contenzioso, contribuisce all'arricchimento della regolazione grazie alle informazioni acquisite (regulation by litigation)<sup>252</sup>.

L'importanza che la giurisprudenza ha assunto all'interno della dimensione delineata dalle direttive del 2002, induce a compiere una riflessione circa l'entità dei rapporti che possono instaurarsi tra soggetti indipendenti nazionali e sovranazionali. Il fatto che un giudice nazionale possa ad esempio ritenere valida la decisione dell'autorità, seppur in contrasto con la Commissione, pone infatti il rischio di vanificare i tentativi di coordinamento, o comunque di stravolgere degli assetti di governance già piuttosto complicati. In particolare, il rischio è che l'indipendenza dei giudici nell'assunzione delle loro decisioni, possa esser utilizzato come escamotage da parte delle ANR per sottrarsi alla Commissione e determinare, ove portata alle estreme conseguenze, l'avvio di procedure d'infrazione nei confronti dello Stato<sup>253</sup>.

### 3.7 Tentativi di riforma della *governance* e impatti sulla regolazione

Ripercorrere le tappe che hanno condotto all'istituzione del BEREC e all'assetto attuale della *governance* delle comunicazioni elettroniche, è utile per comprendere gli sviluppi che potranno interessare il settore, specie alla luce della recente proposta della Commissione. Quest'ultima ripropone in parte quella del 2007, (COM, 2007/699) che auspicava l'istituzione di un'autorità di regolazione europea, titolare di poteri vincolanti e di competenze in materia di gestione dello spettro. I primi dubbi emersi già in sede parlamentare e riproposti in Consiglio, riguardavano la possibilità di istituire un'autorità europea competente per il rilascio di autorizzazioni e diritti d'uso delle frequenze dello spettro. La proposta di istituire l'EECMA veniva presentata come la soluzione più idonea alla frammentazione dei mercati, in ragione dell'unità

---

<sup>252</sup> Cfr. F. Donati, *"La soluzione delle controversie e le comunicazioni elettroniche"*, in A. Zoppini (a cura di), *Tra regolazione e giurisdizione*, Roma, 2017, 21-31.

<sup>253</sup> P. Parcu, *"La riforma del BEREC e la nuova cornice regolamentare del quadro delle comunicazioni elettroniche"*, Osservatorio Arel, Roma, 2/2016 sottolinea come il framework che si è venuto a creare costituisca una vera e propria tela di Penelope: l'Autorità che non si conformi alla decisione della Commissione ma confortata dal giudice nazionale, potrebbe essere oggetto di una procedura d'infrazione che sarebbe avviata verso il Governo italiano indipendente sia dai giudici nazionali che dall'autorità.

regolamentare che la stessa avrebbe assicurato. I tempi non erano tuttavia sufficientemente maturi per ipotizzare la rinuncia a determinati ambiti di competenza e ha condotto, in sede di compromesso tra Commissione Parlamento e Consiglio, all'istituzione del BEREC. Le ragioni che hanno portato a rifiutare la proposta dell'autorità sono differenti; in particolare, oltre ai costi di gestione che sarebbero derivati per il bilancio europeo, sono state addotte anche ragioni giuridiche diverse dalla dottrina Meroni e legate al rischio di dar vita a un apparato burocratico farraginoso e lento. Il progetto veniva criticato soprattutto per la lontananza tra territorio e regolatore che la stessa avrebbe determinato, in presenza di mercati non ancora pronti a ragionare in termini unitari e bisognosi di scelte particolaristiche.

Dalla lettura dei lavori preparatori emerge tuttavia un altro aspetto determinante, che concerne il carattere pro-concorrenziale assunto dalla regolazione. La costituzione permanente di un'autorità si pone infatti in netta contraddizione con tale finalità, che lascerebbe presumere il carattere temporaneo del regolatore<sup>254</sup>. Il principio generale di concorrenza che permea le direttive di seconda generazione, impone infatti un periodico controllo delle misure di regolazione eventualmente adottate dalle autorità, tenute a revocarle tutte le volte in cui il mercato abbia raggiunto un livello di concorrenza effettivo. La costituzione di un'autorità a tempo indefinito rappresenta quindi una contraddizione, specie ove si considerino gli oneri che la regolazione comporta per le ANR. Già in sede di proposta nel 2007, tale aspetto critico emerse con particolare valenza; fu proposta l'istituzione di un organismo (il BERT) di durata quinquennale, in linea con i principi di sussidiarietà e proporzionalità che costituiscono il fulcro attorno al quale ruotano le proposte di intervento dell'Unione europea.

La costituzione di un organismo basato sulla rete piuttosto che su un'autorità o agenzia, è stata ritenuta più adatta a soddisfare le esigenze di un settore che

---

<sup>254</sup> Sulla regolazione attuata con strumenti di diritto pubblico e privato cfr. S. Cassese, *"La liberalizzazione delle tlc"* in F. Bonelli-S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle tlc*, Milano, 1998, 58.

difficilmente può essere contenuto all'interno di una struttura burocratica ingessata.<sup>255</sup>

Sia il regolamento che la direttiva del 2009 sono state quindi il risultato di una lunga trattativa, esplicativa delle resistenze degli Stati membri alla cessione delle competenze all'Europa manifestate anche all'interno del Consiglio dell'Unione europea.

La frammentazione normativa e le difficoltà connesse alla creazione di un mercato interno, sono state così risolte attraverso gli strumenti di armonizzazione ordinaria (le direttive) e l'individuazione di forme di raccordo procedimentale in grado di interferire in modo *soft* con le competenze degli Stati membri. Si è esclusa quindi l'istituzione di un'autorità dotata di poteri vincolanti e la gestione dello spettro è rimasta in capo alla competenza dei singoli Stati.

Tuttavia, i margini di scelta lasciati alle autorità nazionali comportano spesso il ricorso a opzioni regolamentari differenti, specie ogni qual volta emergano aspetti degni di tutela e diversi dalla concorrenza, come la garanzia del servizio a particolari categorie di utenti (es. disabili) o la disciplina sul divieto di aiuti di stato in sede di realizzazione della reti di nuova generazione. In questi casi infatti, tendono a affiorare le differenze tra Stati, che impongono valutazioni su piani che trascendono quello regolamentare, per assurgere a un livello più elevato. È proprio in queste situazioni che emerge maggiormente l'assenza di un'unitarietà politica europea, determinando problematiche difficilmente risolvibili dalle singole autorità di regolazione, tenute naturalmente ad avere una visione limitata allo specifico settore di competenza. La realizzazione di reti di ultima generazione è ad esempio connessa al tema della scarsa disponibilità di risorse radiofrequenziali che gli Stati sono chiamati a gestire. Ognuno di loro è tuttavia spinto a amministrare lo spettro in modo differente, secondo logiche che coinvolgono la politica e che spingono a privilegiare gli interessi degli operatori più influenti. Nella direttiva del 2009 al considerando 33 si esprimono i dubbi derivanti dall'assunzione di scelte individuali, che rischiano di limitare la crescita del settore sul

---

<sup>255</sup> Cfr. M. Tatcher, *"The creation of european regulatory agencies and its limits: a comparative analysis of european delegation"*, 09/2011, 790-809, JEPP, considera il network un ostacolo alla creazione di autorità europee che, malgrado cresciute in numero, sono state di fatto svuotate nell'esercizio delle loro competenze.

piano globale, in presenza di interessi individuali prevalenti. Nel tentativo di introdurre un minimo di disciplina la direttiva ha introdotto un meccanismo di cessione delle frequenze che consente di attribuire un particolare valore a queste ultime anticipando le libere scelte di gestione<sup>256</sup>. L'assetto della *governance* si dimostra quindi funzionale alle scelte di regolazione e diviene lo strumento per indirizzare le scelte delle autorità che, in assenza di un network, rischierebbero di perdersi in valutazioni troppo attente alle situazioni particolari<sup>257</sup>. Il coordinamento e lo scambio informativo che in esso trovano attuazione, indirizzano l'attività delle ANR verso la realizzazione di obiettivi comuni, senza alterare l'assetto dei rapporti tra istituzioni e consentendo l'omogenea attuazione delle politiche europee.

### 3.7.1 La riforma del BEREC

L'attività del BEREC sin dalla sua costituzione si è rivelata particolarmente proficua, contribuendo alla formazione del dibattito su temi di particolare rilevanza per la costruzione di un digital single market. La sua attività si concretizza in particolar modo nell'adozione di atti di soft law che hanno tuttavia avuto un forte impatto sulle ANR e sulla Commissione, spingendo all'elaborazione della nuova proposta di direttiva europea che istituisce un nuovo codice europeo delle comunicazioni elettroniche e del nuovo regolamento istitutivo del BEREC<sup>258</sup>. Quest'ultimo, nella visione della Commissione, dovrebbe assumere la veste di agenzia decentrata, così da contribuire a realizzare un quadro istituzionale più efficiente. Secondo quanto indicato nella proposta, il BEREC si configurerebbe quindi non come network di autorità<sup>259</sup> ma come agenzia decentrata dell'UE, con compiti più incisivi nel settore e un assetto interno connotato dalla presenza della Commissione. Il regolamento proposto dalla Commissione si pone a completamento della direttiva COM (591) 2016, che introduce

---

<sup>256</sup> S. Mannoni, *"La regolazione delle comunicazioni elettroniche"*, Bologna, 2014, 248.

<sup>257</sup> L. Ammannati, *"Governance e regolazione attraverso reti"*, cit. 12.

<sup>258</sup> Proposta COM (2016) 591 che istituisce l'organismo europeo dei regolatori delle comunicazioni elettroniche.

<sup>259</sup> Cfr. P. Bilancia, *"La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi comunitari"*, Milano, 2011, 12, attribuisce al BEREC la natura di organismo ibrido.

un corpus unitario di norme, attribuendo all'Organismo poteri nuovi in materie fino a oggi estranee alla sua competenza.

Il testo presentato nel 2016 dalla Commissione è stato in questi anni sottoposto all'esame delle due istituzioni coinvolte nel processo legislativo (Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea) ma anche dei Parlamenti nazionali, tenuti a verificarne la compatibilità con i principi di sussidiarietà e proporzionalità. Tale valutazione sembrerebbe tuttavia essersi conclusa in senso negativo rispetto alla proposta della Commissione. L'attuale assetto del BEREC, distinto in ufficio e comitato, sarebbe quindi confermato poiché più confacente alle esigenze degli Stati membri.

Tale risultato non desta particolari sorprese, specie alla luce dei tendenziali apprezzamenti che il BEREC ha ricevuto negli ultimi anni, emersi anche in sede di consultazione pubblica condotta dalla Commissione nel novembre 2015. La costituzione di un'Agenzia decentrata non sembrerebbe essere stata considerata una priorità dagli operatori destinatari delle disposizioni regolamentari, che hanno giudicato positivamente l'attività sino a oggi svolta<sup>260</sup>.

Le perplessità in merito alla possibile revisione dell'Organismo sono state espresse anche nel BEREC, durante la consultazione istituzionale<sup>261</sup>. In quella sede infatti il comitato dei regolatori, ha manifestato le proprie resistenze alla sua trasformazione in agenzia, esito piuttosto scontato ove si consideri la composizione nazionale. I punti toccati dall'Organismo fanno leva, in particolare, sulla fiducia che gli Stati hanno accordato al BEREC, elemento essenziale per la corretta condivisione delle migliori prassi in esso discusse. La costituzione di un'agenzia decentrata e il riconoscimento di poteri vincolanti rappresenterebbero invece delle soluzioni suscettibili di sconvolgere l'equilibrio fino a oggi raggiunto, specie alla luce dell'appesantimento burocratico e istituzionale che le stesse determinano.<sup>262</sup> La

---

<sup>260</sup> Una delle domande della consultazione chiedeva di indicare se il BEREC avesse raggiunto l'obiettivo di armonizzazione e diffusione di buone prassi. Le risposte sono tendenzialmente positive non lasciando emergere la necessità di costituire un'agenzia europea.

<sup>261</sup> Bor 16 (213), "BEREC high level opinion on the European commission's proposals for a review of the electronic communications framework", 12/12/2016.

<sup>262</sup> Tale rischio emergeva già nel parere del dicembre 2015 rilasciato dal BEREC BOR (15) 206, in cui l'accentramento delle competenze in capo a una sola agenzia viene visto come di *"intralcio all'efficiente*

posizione assunta dal BEREC dimostra una tendenziale consapevolezza dell'accredito positivo di cui lo stesso gode, ed è indicativo della necessità di mantenere il legame con le realtà nazionali, aspetto questo tutelabile solo mantenendo una struttura come quella attuale, in cui le ANR sono poste sullo stesso piano decisionale. La posizione assunta dall'organismo sembra indirizzata verso un rafforzamento dell'attività di consultazione e di mediazione, specie in occasione delle proposte legislative presentate dalla Commissione. In tale sede infatti, seppur in via informale, il BEREC viene spesso coinvolto dall'istituzione amministrativa, così da fornire un contributo all'elaborazione di proposte che tengano effettivamente conto delle esigenze nazionali, così da evitare l'adozione di scelte non necessarie e destinate a essere riformate dopo breve tempo.

La posizione della Commissione sembra invece ritenere la costituzione di un'agenzia come il modo con cui superare la frammentazione del mercato, così da eliminare le barriere e consentire alle imprese di sviluppare dovunque la loro attività e agli utenti di usufruire in qualunque luogo dei servizi di comunicazione. Ricorrendo ai poteri di cui all'art. 114 TFUE, viene affermata la complementarità tra regolamento e direttive, attribuendo al BEREC un ruolo nuovo, alla luce anche delle nuove competenze riconosciute dal regolamento sul roaming internazionale<sup>263</sup>. L'obiettivo della proposta viene quindi individuato *"nella necessità di fornire al BEREC un assetto interno efficiente e un complesso di poteri idonei a garantire l'attuazione coerente del quadro normativo"*, coordinando tali disposizioni con quelle della direttiva. La nuova veste attribuita al BEREC si riflette sull'assetto interno, determinando la modifica degli

---

*gestione e alla creazione di meccanismi di assegnazione più restrittivi che mettono a rischio l'adozione di soluzioni più innovative".*

<sup>263</sup> La Commissione, nell'illustrare la proposta, così si esprime: *"La proposta intende sostenere le priorità dell'Unione nel settore delle comunicazioni elettroniche mediante un rilancio del ruolo del BEREC e l'allineamento della sua struttura e governance, del suo funzionamento, della sua programmazione e delle sue responsabilità con la dichiarazione congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione sulle agenzie decentrate, del 19 luglio 2012 (l'orientamento comune)".* Con l'orientamento comune elaborato congiuntamente dalle tre istituzioni europee nel 2012, è stato definito un quadro comune per le agenzie decentrate presenti in Europa che fino a quel momento presentavano strutture e modalità di funzionamento tra loro molto diverse. Sulle agenzie Cfr. M. Chamon, *"Eu agencies"* cit., 2016, sull'applicabilità degli orientamenti comuni al Berec; M. Busuioc, *"The Agencies phenomenon in the European Union"*, Oxford, 2013, 75–120.

equilibri di potere fino ad ora esistenti tra Commissione e ANR. La decisione di istituire un'agenzia dotata di personalità giuridica, si colloca a metà tra due opzioni esaminate dalla Commissione in sede di analisi di impatto. A fronte di due scelte estreme, mantenere l'assetto immutato o istituire una autorità di regolamentazione del settore con poteri esecutivi, la Commissione ha preferito l'istituzione di un'agenzia decentrata, titolare in via principale di competenza consultiva ma anche di poteri decisionali allineati a quelli delle ANR. La corrispondenza delle competenze tra ANR e nuovo BEREC, viene individuato come la chiave per risolvere i problemi di armonizzazione, spesso dettati dall'impossibilità per il secondo di pronunciarsi su questioni determinate, in ragione del mancato riconoscimento del potere.

A livello interno la proposta prevede l'istituzione di un consiglio di amministrazione, di un direttore esecutivo, di una commissione di ricorso e di gruppi di lavoro. Il consiglio di amministrazione incorpora al suo interno il comitato dei regolatori e quello di gestione, esercitando le funzioni che nell'attuale assetto sono distinte. La Commissione non interviene quindi in via esclusiva sull'aspetto della gestione interna dell'Organismo ma anche sull'attività esterna del BEREC. Essa perde la qualifica di mero osservatore e partecipa invece attivamente all'adozione delle decisioni, attraverso due rappresentanti titolari di diritto di voto. Il nuovo BEREC, al pari delle altre agenzie, viene così contemplato in termini di dipendenza funzionale dalla Commissione di cui costituisce il braccio esecutivo. La motivazione della nuova proposta, viene ricollegata ai nuovi compiti riconosciuti alla regolazione, non più pro-concorrenziali ma più ampi, come la promozione degli investimenti, la creazione di servizi nuovi e la neutralità della rete. Il rafforzamento del ruolo della Commissione si giustifica quindi alla luce dei maggiori poteri riconosciuti all'agenzia, che necessitano della sua presenza per potere essere esercitati (tra cui l'adozione di decisioni vincolanti per l'individuazione dei mercati transnazionali e l'elaborazione di un modello di contratto sintetico richiamato dall'art. 95 della nuova direttiva<sup>264</sup>).

---

<sup>264</sup> Si tratta di una decisione contenente lo schema di contratto che, ai sensi del nuovo codice europeo, gli operatori dovranno offrire e il cui contenuto richiama una serie di obblighi informativi.

Al fine di contemperare i caratteri di temporaneità della regolazione con l'agenzia, la proposta riserva alla Commissione il potere di rivedere, su base quinquennale, il mandato del BEREC e procedere eventualmente alla sua abolizione ove la sua azione non si riveli più necessaria. Tale previsione consente quindi all'istituzione di rivedere l'assetto organizzativo del sistema delle agenzie, riconoscendo la possibilità di decidere se un soggetto, comunque inserito nell'organizzazione e dotato di personalità giuridica, debba o meno continuare a esistere, ipotesi non prevista nel regolamento del 2009. La scomparsa dell'Ufficio amministrativo determina l'unificazione tra decisioni gestionali e istituzionali, assicurandone la coerenza.<sup>265</sup>

A fianco agli strumenti con cui il BEREC è intervenuto nel settore, ovvero report (assistono le ANR fornendo un quadro della situazione attuale) e linee guida (definiscono le modalità con cui pervenire all'implementazione del quadro regolamentare europeo), viene riconosciuta anche la possibilità di procedere all'adozione di decisioni individuali a carattere vincolante. Gli atti di soft law dell'Organismo hanno sino a oggi avuto ad oggetto temi di particolare interesse per il regolatore come la *net neutrality* (nell'agosto del 2016 sono state emanate le linee guida relativa all'implementazione delle regole) e gli OTT, fornendo le basi per l'elaborazione della nuova proposta di codice europeo. L'effetto prodotto è stato determinato dall'attività di concertazione che le ANR sono in grado di operare all'interno del Comitato, idonea a garantire la conformità successiva dell'azione nazionale. Il riconoscimento di poteri vincolanti viene giustificato alla luce dei nuovi poteri riconosciuti dal regolamento sul roaming che ne ha rafforzato l'azione conformativa, prevedendo il ricorso a orientamenti e pareri.<sup>266</sup>

---

<sup>265</sup> Cfr. M. Chamon, *"EU Agencies: Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration"* Oxford, 2016, 20, ritiene l'Ufficio amministrativo come duplicazione interna del Comitato, con la differenza che nel primo la Commissione partecipa attivamente ed il funzionamento va a valere sul bilancio europeo, mentre nel secondo l'istituzione europea riveste il ruolo di mero osservatore.

<sup>266</sup> Il nuovo regolamento riconosce al BEREC l'adozione di orientamenti per l'adempimento degli obblighi delle ANR in materia di accesso aperto a internet, e l'adozione di pareri su progetti di atti di esecuzione che saranno adottati dalla Commissione per il roaming nell'Unione.



Questa posizione non è stata condivisa dal BEREC, dal Consiglio dell'Unione europea e dal Parlamento che ha confermato l'assetto attuale dell'Organismo. L'esito della proposta sembrerebbe avere eliminato qualunque riferimento al modello di agenzia decentrata, sostituito dai richiami al consolidamento e al rafforzamento degli assetti di *governance*, composti dal comitato e dall'Ufficio. La relazione della commissione parlamentare riprende quindi il modello del regolamento vigente, sancendo l'apprezzamento a livello istituzionale della rete e rifiutando l'Agenzia. Ciò costituisce una vittoria per il comitato, che grazie all'indipendenza assicurata ai suoi componenti e al tecnicismo che gli stessi presentano ha consolidato la sua presenza all'interno del settore, contribuendo a rafforzare e armonizzare le decisioni<sup>267</sup>.

### 3.7.2. Il codice europeo delle comunicazioni elettroniche

La direttiva del 2009 ha procedimentalizzato il ruolo del BEREC attribuendo un importante ruolo alla rete di autorità, responsabile del raggiungimento di obiettivi ritenuti strategici per la realizzazione del mercato interno. I risultati che quest'ultima si propone di raggiungere appaiono coincidenti con quelli del 2002, in cui i concetti di armonizzazione regolamentare e creazione di un mercato interno vengono costantemente ripetuti. Anche sul piano della gestione dello spettro la direttiva del 2009 non proponeva innovazioni sostanziali, limitandosi a ribadire la necessità di un'azione coordinata degli Stati, nell'ambito di una strategia regolamentare definita possibilmente a livello europeo. Non si introducevano quindi interventi incisivi, ma si lasciavano libere le ANR di gestire autonomamente lo spettro, nel rispetto di principi definiti a livello europeo. Già con l'intervento del 2002 quindi, la diffusione dei principi di neutralità tecnologica e dei servizi, ha comportato il ricorso a strumenti come l'autorizzazione generale limitativa della discrezionalità degli Stati membri nel riconoscimento di diritti individuali d'uso.

---

<sup>267</sup> Sulla rete come modello positivo di *governance* in cui contribuiscono a creare un quadro regolamentare europeo senza intaccare le competenze delle ANR cfr. A. Canepa, *"Reti europee in cammino"*, Napoli, 2010. Si concentra in particolare sul ruolo dell'informazione nella rete e sulla trasparenza che tale scambio informativo garantisce.

A distanza di quasi dieci anni dall'ultimo intervento, i passi avanti compiuti in materia di *roaming* e l'importanza acquisita dalla *net neutrality* nell'ambito dei principi riconosciuti a livello europeo, hanno indotto a rivedere i precedenti obiettivi. La nuova proposta COM (2016) 590, prendendo atto del livello di concorrenzialità raggiunto sui mercati, propone il raggiungimento di risultati di più elevato spessore sociale, in ragione della diffusione della connettività nei più ampi settori della vita economica. La garanzia di un'internet aperto e accessibile a tutti gli utenti impone quindi la rivisitazione degli attuali assetti di potere, suggerendo la centralizzazione delle competenze che, nelle intenzioni originarie della Commissione, dovrebbe avvenire attraverso il rafforzamento del ruolo del BEREC.

Alla luce dell'importanza che internet ha assunto nella vita quotidiana, la direttiva introduce delle misure atte a garantire la connessione universale e senza limiti, così da superare la frammentazione del mercato in cui persistono significative differenze dettate, per utilizzare le parole della proposta, da precise "scelte politiche". La realizzazione delle reti di nuova generazione costituisce quindi un elemento imprescindibile per la garanzia di connettività, dipendente non solo dalla volontà degli operatori di comunicazione elettronica ma anche dalla modalità con cui essa viene attuata. La posa di strutture in fibra richiede ad esempio il possesso di particolari autorizzazioni, le cui modalità di rilascio e i cui criteri possono essere differenti nei vari ordinamenti<sup>268</sup>.

La proposta introduce un primo grande elemento di novità, consistente nell'unificare in un unico testo, la disciplina a oggi contenuta nelle 4 direttive, formando il primo codice europeo delle comunicazioni elettroniche. Le disposizioni concernenti l'accesso, la fornitura del servizio universale e la procedura di analisi di mercato sono così riunite, facilitando l'opera di ricognizione normativa e l'individuazione delle basi giuridiche del potere. Si interviene quindi sui margini di discrezionalità che la direttiva del 2009 aveva mantenuto in capo alle ANR,

---

<sup>268</sup> Il piano di investimenti per la banda ultra larga del nostro ordinamento prevede, ad esempio, l'introduzione di un sistema di sostegno agli investimenti che è in parte misto (pubblico privato), in parte soggetto a una contribuzione diretta concessa attraverso procedure competitive pubbliche e trasparenti.

riconoscendo al BEREC degli specifici poteri che vanno oltre il ruolo meramente consultivo sino a oggi riconosciuto.<sup>269</sup> La causa principale della divergenza tra Stati viene rinvenuta nella diversa modalità con cui vengono assegnati i diritti individuali d'uso dello spettro, idonei a ostacolare la realizzazione di un mercato unico in presenza di criteri di rilascio differenti. A tal fine l'art. 35 della direttiva introduce una procedura di valutazione tra pari (*peer review process*) nella quale, con riferimento all'assegnazione dei diritti d'uso dello spettro, il BEREC viene chiamato a esaminare tutte quelle misure in grado di incidere sull'amministrazione delle risorse, prevedendo il rilascio di un parere che, alla luce della condizione nazionale, deve essere tenuto in massima considerazione dall'ANR<sup>270</sup>. Emerge in particolare la volontà della Commissione di ritagliarsi un maggior potere in sede di definizione degli aspetti regolamentari, rafforzando la sua posizione all'interno dell'Organismo, i cui poteri risultano essere ampliati. Ciò determina un maggiore accentramento delle competenze a livello europeo, coerentemente con quanto da tempo avvenuto in altri settori. Altre novità riguardano l'analisi di mercato, durante la quale il parere negativo di BEREC e Commissione su una misura adottata dall'autorità nazionale, ne impone il ritiro a sostegno dell'accentramento delle competenze operato in capo al soggetto sovranazionale. La procedura di cui all'art. 33 riconosce quindi alla Commissione l'esercizio del potere di veto anche con riferimento all'applicazione di misure correttive tipiche, sulle quali attualmente ha solo il potere di adottare una raccomandazione o sciogliere le riserve. In sede di discussione in Consiglio, l'obiezione presentata ha avuto ad oggetto il rischio di non considerare adeguatamente le ragioni sottese all'adozione di una determinata decisione da parte delle autorità nazionali. Solo il rafforzamento sul piano motivazionale della decisione adottata e la possibilità di accedere al patrimonio informativo delle singole autorità, consentirebbe infatti di colmare i rischi

---

<sup>269</sup> I precedenti normativi sulla gestione dello spettro vanno rintracciati nella decisione (decisione spettro radio) 2002/622/CE sul gruppo "Politica dello spettro radio" e nella decisione n. 243/2012/UE che istituisce un programma pluriennale relativo alla politica in materia di spettro radio (RSPP).

<sup>270</sup> Il BEREC deve rilasciare un parere motivato ma non vincolante entro un mese dalla richiesta, con cui esprime un giudizio circa la compatibilità con i principi di uso efficiente dello spettro, promozione del mercato interno e della concorrenza, garanzia di condizioni di investimento stabili e prevedibili per gli utilizzatori dello spettro radio.

derivanti dalla concentrazione del potere in capo a un solo soggetto, ad oggi mitigati dalla presenza del network.

La trasformazione in agenzia, l'introduzione della maggioranza semplice e la presenza della Commissione all'interno del nuovo Organismo, sembrano indirizzare verso l'allontanamento dal territorio e la maggiore coincidenza esclusivamente con il piano sovranazionale<sup>271</sup>. L'intervento della Commissione in sede di esame delle decisioni delle autorità, viene in particolare previsto attraverso la sua presenza nel BEREC, tenuto a pronunciarsi su quanto adottato dalle autorità secondo un meccanismo di "double lock". La presenza dell'istituzione europea all'interno del comitato decisionale, rischia però di riprodurre scelte fotocopia da parte del BEREC, che attualmente "subisce" la Commissione solo in qualità di osservatore. Tale posizione consente infatti alle ANR di discutere su quella che può essere la migliore strada da intraprendere in un contesto che non è meramente interno.

L'esito della discussione all'interno del Parlamento e del Consiglio sembra avere ribaltato entrambe le proposte della Commissione, confermando l'attuale assetto delle comunicazioni elettroniche e il ruolo puramente consultivo del BEREC.

In particolare, sono state modificate le disposizioni che riconoscono più ampi poteri di intervento al BEREC, salvaguardando il network e le singole autorità nazionali. L'art. 35, che in materia di spettro introduceva la *peer review*, ha subito le maggiori modifiche, limitando i compiti del BEREC a favore del RSPG (gruppo dei regolatori dello spettro). Nel caso in cui un'autorità nazionale dichiara di volere ricorrere a una procedura di selezione per l'assegnazione delle frequenze, sarà tenuta a darne informazione al RSGP cui è riconosciuto il potere di riunire tutte le autorità nazionali e il BEREC. La scelta di assegnare al gruppo precisi compiti in materia di spettro ed eliminare ogni riferimento all'Organismo dei regolatori o alla Commissione, dimostra quindi la volontà di mantenere il monopolio della gestione di questa tipologia di questioni in capo alle singole autorità, favorendo il ricorso agli strumenti di

---

<sup>271</sup> Sottolinea l'importanza della rete di regolatori per costruire un modello comune di servizi d'interesse economico generale F. Merusi, "La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti", Bologna, 2012, 95-97.

concertazione. Viene data la possibilità ai singoli Stati di definire criteri comuni per il rilascio di diritti d'uso individuali, senza però prevedere l'intervento del BEREC ma attribuendo in via esclusiva al gruppo dei regolatori specifici compiti consultivi. Tale scelta, ferma la consapevolezza di dovere coordinare e armonizzare la disciplina del settore, sembra riconducibile alla complessità della materia, popolata dalla presenza di organi di carattere internazionale la cui azione si coordina con le politiche definite a livello europeo e accolte nell'ordinamento interno.<sup>272</sup>

Il rafforzamento dei processi di armonizzazione e standardizzazione delle misure regolamentari, di cui agli articoli 38 e 39 prevede quindi l'intervento del BEREC in un'ottica di indirizzo dell'attività della Commissione, chiamata a intervenire con una raccomandazione da aggiornare ogni due anni.

Viene quindi mantenuto il riferimento alla concessione di licenze di lunga durata (da 25 a 20 anni) e l'individuazione di criteri più uniformi e rigorosi confacenti a un utilizzo dello spettro radio in grado di consentire lo sviluppo della tecnologia 5G. Queste previsioni, seppur in parte temperate dal minor potere riconosciuto al BEREC e alla Commissione, mirano a evitare le difformità esistenti tra gli Stati circa la previsione delle condizioni che è necessario rispettare per il rilascio della licenza.

Sembra invece essere confermato l'impianto originario, coerente con il recente regolamento in materia di privacy, che allinea la definizione di servizio di comunicazione elettronica all'attività degli *Over the top*, così da ricomprendere questi ultimi nell'ambito di applicazione dell'attività delle ANR.

Nell'intenzione della Commissione l'armonizzazione regolamentare, specie con riferimento agli aspetti concernenti la gestione dello spettro, costituisce lo strumento principale con cui porre fine alle distorsioni esistenti all'interno dei mercati. Tale lettura non sembra tuttavia essere stata condivisa dalle singole autorità e dal BEREC che hanno invece preferito mantenere sostanzialmente inalterati gli assetti attuali.<sup>273</sup>

---

<sup>272</sup> Per un contributo sulla gestione dello spettro cfr. A. Stazi, *"Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza: il caso della televisione in mobilità"*, Milano, 2006, 70 ss.

<sup>273</sup> Per una riflessione sulla rilevanza che l'informazione assume nel processo legislative e più in particolare in quelli di regolazione cfr. P. Nicolaides, A. G. Eveke, A.M. Den Teuling, *"Improving Policy Implementation in an Enlarged European Union: The Case of National Regulatory Authorities, European Institute of Public Administration"*, Maastricht, 2003. Cfr. anche S. Smismans, *"Law legitimacy and the*

### 3.8 Prospettive evolutive del modello di governance: la rete come modello positivo

La realizzazione di reti ad ultra velocità rappresenta il motore per la crescita economica e sociale dell'Europa, in grado di consentire lo sviluppo digitale del paese e la parità di accesso alla rete.

La lenta crescita del Paese è difatti attribuita a dei fattori che, seppur distinti sono comunque connessi; l'assenza di politiche coerenti di sostegno agli investimenti e di gestione dello spettro, sono infatti ricondotte all'assenza di una struttura a livello centrale in grado di coordinare tali interventi. In tema di spettro ad esempio, le condizioni di rilascio delle licenze, differenti nei diversi Stati membri, precludono lo sviluppo uniforme del 5G in grado di consentire l'utilizzo di nuove tecnologie come le connessioni M2M.

Lo sviluppo della banda ultra-larga e l'incentivo alle nuove connessioni rappresentano un'importante fattore di crescita economica per l'Europa, ma scontano frammentazioni legate a diversità che trovano le radici anche in profonde differenze culturali. Al fine di favorire il raggiungimento di un livello uniforme di digitalizzazione e realizzazione delle reti ad alta velocità, l'Unione europea ha definito una serie di obiettivi contenuti nell'Agenda digitale 2020 e recepiti anche dal Governo Italiano. A livello nazionale, sulla base di quanto contenuto nel Piano industriale 2016-2030, si prevede quindi di garantire la copertura della fibra su gran parte del territorio nazionale così da colmare il ritardo digitale in Italia<sup>274</sup> e contribuire al raggiungimento di un efficiente livello di digitalizzazione in tutta Europa.

Le politiche di investimento rientrano però nelle iniziative adottate dal legislatore e quindi in interventi di politica industriale che, oltre a essere suscettibili di modifiche in relazione alle priorità riconosciute dalla classe dirigente di turno, non sono da sole sufficienti a prevenire distorsioni degli assetti concorrenziali. Gli interventi

---

*European Governance Functional Participation in Social Regulation*", Oxford, 2004; M. Orofino, "La governance delle comunicazioni elettroniche. Il complesso sistema di networks decisionali caratterizzato da raccordi verticali tra le ANR e la Commissione e da raccordi orizzontali tra le ANR e tra di esse, in Riv. it. dir. pub. CE, 3-4/2007, 737 ss.

<sup>274</sup> Per un confronto S. Screpanti, "Dossier IRPA, Banda larga e reti di nuova generazione", aggiornato al 9/9/2016, [www.irpa.it](http://www.irpa.it); e Relazione Agcom 2017.

dell'autorità di regolazione sono posti quindi a completamento delle azioni del legislatore e del Governo e influenzano direttamente lo sviluppo delle reti di nuova generazione. Politica industriale e regolazione non sono tra loro in conflitto ma creano una sorta di complementarità in cui l'una trova ispirazione nell'altra secondo un rapporto di corrispondenza biunivoca.<sup>275</sup>

All'interno di questa nuova dimensione assunta dall'intervento statale, la rete trova la sua massima espressione elevando al piano sovranazionale l'attività di regolazione delle autorità nazionali<sup>276</sup>. La ragione su cui si basa il giudizio positivo del BEREC sta quindi nell'opportunità che lo stesso offre di attuare una regolazione coerente a livello europeo, attraverso una modalità di azione silente, basata sull'equilibrio che le ANR sono in grado di attuare al suo interno.

Riproponendo le caratteristiche delle autorità nazionali, quali l'indipendenza e il tecnicismo, l'organismo dei regolatori garantisce l'imparzialità dei giudizi e dei pareri formulati, ma soprattutto conferisce un senso di condivisione alla sua azione, a scapito di quanto avvertito in altri settori in cui l'influenza politica è maggiormente avvertita. La scelta di non riconoscere la personalità giuridica al comitato dei regolatori, si spiega quindi anche in base alla volontà di mantenere la componente nazionale, consentendo però di operare ragionamenti in termini europei. Viene così esaltato il ruolo delle ANR, responsabili della credibilità politica dell'Organismo dinanzi alle altre istituzioni. Tale meccanismo consente l'assunzione di posizioni comuni che, pur non esplicitamente vincolanti, lo divengono proprio grazie all'effetto reputazionale<sup>277</sup>. Il possesso di informazioni rilevanti acquisite attraverso la consultazione pubblica e il tecnicismo imputato alle autorità, conferisce ulteriore credibilità alla rete, attraverso dei meccanismi che disincentivano i comportamenti non conformi tra Stati. I vantaggi del

---

<sup>275</sup> Sul rapporto tra regolazione e politica industriale oltre a M. Thatcher, *"From old to new industrial policy via economic regulation"*, Riv. Reg. merc., 2/2014, 6-22, cit. sostiene che regolazione e politica industriale non si pongano in conflitto tra loro, come invece sostenuto da rappresentazioni ormai risalenti nel tempo. Al contrario lo sviluppo della regolazione avrebbe cambiato la veste della politica industriale, che continua a essere presentata nella forma degli aiuti di stato.

<sup>276</sup> Sul punto L. Torchia, *"Politica industriale e regolazione"*, 2/2014. Ritiene che la regolazione attraverso la rete abbia assunto una dimensione nuova che presuppone necessariamente interventi di politica industriale dipendenti dalla volontà del legislatore.

<sup>277</sup> Cfr. A. La Spina, G. Majone, *"Lo stato regolatore"*, Bologna, 2000, 66.

BEREC<sup>278</sup> emergono anche in punto di tutela dell'utente, che acquista una posizione all'interno del contesto europeo grazie alla formazione di una concorrenza funzionale al miglioramento dei servizi<sup>279</sup>.

Quest'ultimo aspetto, che è stato sin da subito individuato come il fine ultimo di tutte le direttive europee, viene ulteriormente rafforzato nella recente proposta di direttiva in cui vengono rafforzati gli obblighi informativi a favore dell'utente. La correzione delle asimmetrie informative sul piano dei rapporti tra quest'ultimo e l'operatore viene infatti concepito in termini di efficienza rispetto alla realizzazione della concorrenza nel mercato; questo perché l'utente che dispone di un ampio patrimonio informativo è in grado di adottare scelte più consapevoli e determinare il rafforzamento degli operatori più convincenti.

Il tendenziale accoglimento per i risultati che dal 2009 l'organismo dei regolatori ha prodotto, emerge anche dalla discussione tenuta presso il Consiglio e il Parlamento, che ha sostanzialmente mantenuto l'impianto originario del BEREC. Tuttavia la conferma di certe disposizioni concernenti gli investimenti nella realizzazione delle reti dimostra come la volontà degli Stati vada nel senso di adottare politiche di incentivi comuni, ma non anche verso l'attribuzione a un'autorità europea di specifici compiti regolamentari che si preferisce mantenere in capo alle singole autorità nazionali. L'Europa costituisce quindi il motore che consente di intraprendere azioni la cui imputabilità va mantenuta in capo agli Stati membri.

Dal punto di vista sostanziale vengono quindi recepite quelle disposizioni che consentono l'applicazione del codice agli *over the top* (OTT), ovvero a coloro che forniscono servizi di comunicazione ma al di sopra delle reti, conformemente a quanto richiesto dagli operatori tradizionali del settore<sup>280</sup>. Del pari viene confermata anche la

---

<sup>278</sup> Ritieni invece che la costituzione del BEREC sia un accordo al ribasso G. De Minico, "La sfida europea sulle tlc: autori, regole, obiettivi" in A. Pace, R. Zaccaria, in Mezzi di comunicazione e riservatezza, Napoli, 2008, 153 ss.

<sup>279</sup> Sulla rilevanza dell'informazione cfr. G. Stigler, "The economics of information" JPE, 3/1961, 213-225. La rilevanza dell'informazione e della modalità con cui essa è in grado di modificare le relazioni contrattuali e politiche è stato oggetto di ampio dibattito in letteratura. Cfr. J. E Stiglitz, "Economia e informazione", Oxford, 2007.

<sup>280</sup> Anche l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha nel frattempo avviato un'indagine conoscitiva sullo sviluppo dei servizi di comunicazione elettronica volta a ridefinire meglio il loro ambito di



riduzione degli oneri a carico delle imprese che decidono di investire nell'innovazione delle reti e la prevedibilità delle opportunità di investimento. Tale conformità di vedute tra i diversi Stati è dovuto probabilmente al fatto che si tratta di problematiche sollevate in coro da tutti gli operatori, ed è quindi frutto della visione globale che internet è in grado di fornire indipendentemente dalle frontiere economiche poste tra i confini nazionali. Al pari del web il BEREC è in grado di tessere una rete ramificata sul territorio europeo, i cui frutti sono poi riflessi nelle posizioni comuni, nei report o nelle linee guida dallo stesso elaborate, cui si deve parte del contenuto del codice<sup>281</sup>. La rete trova così affermazione come metodo e "istituzione"<sup>282</sup> e diviene essenziale per la concertazione e lo sviluppo di politiche idonee a consentire la digitalizzazione nel rispetto del principio di sussidiarietà.

L'armonizzazione della disciplina viene quindi attuata attraverso la collaborazione tra autorità e l'adozione di atti di soft law con cui si interviene nel rapporto tra ANR e Commissione, equilibrandone i ruoli.<sup>283</sup>

---

applicazione. Emerge in particolare l'inadeguatezza della nozione fornita dalla direttiva del 2002, che, richiamando ancora la necessità del trasporto del segnale ai fini dell'identificazione di servizio esclude gli OTT da qualunque regolamentazione.

<sup>281</sup> Il 7 maggio 2018 la Commissione ha adottato le nuove linee guida per l'analisi di mercato e la valutazione del significativo potere di mercato, rispetto alle quali il BEREC ha avuto un ruolo fondamentale.

<sup>282</sup> Sull'importanza della rete cfr. L. Ammannati, *"Governance e regolazione attraverso reti"*, L. Ammannati, P. Bilancia (a cura di) in *Governance dell'economia e integrazione europea*, Milano, 187. Sulla dialettica tra istanza di accentramento e decentramento cfr. G. Napolitano, *"La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche"* in relazione presentata al Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin "Alberto Predieri" su *"La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche"*, Firenze, 13 giugno 2008.

<sup>283</sup> Sul rapporto tra i meccanismi di *governance* europei e le autorità nazionali un'importante riflessione è offerta da M. Tatcher, *"Europe and the reform of national regulatory institutions: a comparison of Britain, France and Germany"*, Paper for Council of European Studies Conference 15th conference, Chicago 29 March-1st April 2006, in cui si analizza l'evoluzione delle istituzioni nazionali integrato in quello europeo.

## Osservazioni conclusive

I temi sin qui trattati hanno affrontato in modo globale le principali questioni e gli sviluppi del settore delle comunicazioni elettroniche, con specifico riguardo al rapporto tra *governance* e regolazione. La tecnologia è stata determinante nell'abolizione degli ostacoli posti alla libera circolazione e ha creato i presupposti per la formazione del mercato interno e della concorrenza<sup>284</sup>. Il settore ha effettivamente conosciuto la più ampia liberalizzazione rispetto ad altri come i trasporti via terra o l'energia, nei quali si riscontra ancora oggi la presenza di pochi operatori.

La tecnologia non ha solo contribuito a rafforzare il funzionamento del mercato, ma ha anche comportato l'ingresso di categorie di soggetti nuovi e quindi sino a oggi esclusi dall'ambito di competenza dell'autorità. Gli *over the top* come *Skype* o *Whats'app*, si caratterizzano per il fatto di fornire servizi sostitutivi a quelli degli operatori tradizionali ma ormai essenziali nella vita quotidiana dell'utente. La possibilità di accedere gratuitamente ad essi e la loro rapida diffusione, ha prodotto dei benefici tali da orientare le scelte degli utenti verso l'operatore in grado di assicurare la navigazione più veloce e quantitativamente più importante.

La realizzazione di reti a banda ultra-larga consente quindi di usufruire dei servizi offerti dai nuovi operatori che, non dovendo sostenere direttamente i costi di nuova realizzazione, beneficiano di ampi ricavi a svantaggio degli operatori tradizionali di comunicazione.

La proposta di codice europeo modifica quindi la nozione di operatori di comunicazione elettronica, dimostrando di venire incontro alle numerose richieste provenienti da questi ultimi, in coerenza con gli incentivi allo sviluppo in esso previsti. Il bilanciamento del rapporto tra OTT e vecchi operatori si riflette sulla realizzazione delle nuove reti, presupposto per la corretta realizzazione dei principi di *net neutrality* e libero accesso alla rete.

---

<sup>284</sup> Nello stesso senso L. Torchia, "*Politica industriale e regolazione*", Riv. Reg. Merc., 2/2014.

L'importanza assunta da internet nelle nostre vite ha elevato a vero e proprio diritto la connessione e richiede la predisposizione di strategie che il mercato da solo non sarebbe altrimenti in grado di realizzare. Il principio di garanzia del servizio universale e la tutela delle esigenze dell'utente sono infatti dei concetti che non troverebbero normalmente sede nel mercato e presuppongono necessariamente un intervento pubblico<sup>285</sup>. L'accesso universale ai servizi richiede interventi idonei a garantire la più ampia copertura su tutto il territorio, anche in quelle zone che non sarebbero altrimenti raggiungibili poiché fuori dalle mire imprenditoriali.

Dalla proposta di direttiva della Commissione e dall'esito della discussione in Consiglio e in Parlamento, emerge l'accordo che gli Stati membri hanno raggiunto circa lo sviluppo della banda ultra larga e la realizzazione del 5G. L'impegno a realizzare le nuove reti, come proposto dalla direttiva è in linea infatti con le esigenze del settore e dimostra come lo stesso costituisca in realtà un obiettivo comune di tutti gli Stati. La *net neutrality*, lo sviluppo del 5G, le connessioni M2M e la gestione dello spettro, vengono trattati in modo unitario, attribuendo un unico filo conduttore a temi che nelle direttive del 2002 sono trattati invece separatamente. La decisione di dar vita a un vero e proprio codice europeo conferisce così un senso di coerenza e armonizzazione agli argomenti trattati, contribuendo a fornire una visione unitaria.

Il contenuto del codice richiama quindi interventi precisi che coinvolgono le autorità nazionali di regolazione e ancor prima il legislatore, attraverso la previsione di strategie industriali mirate. Nel fare ciò la direttiva si allinea al contenuto del regolamento, attribuendo nuovi compiti anche alla costituenda agenzia. Tuttavia tale soluzione, che sembra ormai rifiutata, non appare effettivamente necessaria e suggerisce alcune riflessioni conclusive sullo stato del settore delle comunicazioni elettroniche.

Dall'esame delle relazioni annuali presentate dall'Agcom negli ultimi dieci anni, emerge una tendenziale riproposizione dei medesimi obiettivi, seppur in una

---

<sup>285</sup> La definizione ufficiale (considerando n. 4, Dir. 2002/22/CE), definisce il servizio universale come *“la fornitura di un insieme minimo definito di servizi a tutti gli utenti finali a prezzo abbordabile”, eventualmente diverso “da quello risultante dalle normali condizioni di mercato”*. Sulla nozione di servizio universale e la sua evoluzione nelle comunicazioni elettroniche cfr. M. Libertini, *“Che cosa resta del servizio universale nelle comunicazioni elettroniche”*, 14/2009, Federalismi.it.

veste o in una scala di priorità differente. La promozione della concorrenza e il superamento della frammentazione normativa, già proposti nelle direttive di seconda e terza generazione, continuano infatti a rappresentare i principali fini della nuova strategia. Viene tuttavia modificato il livello di intervento delle misure che gli Stati sono chiamati ad adottare, nel senso che gran parte di esse sono preordinate alla realizzazione di infrastrutture innovative e alla gestione dello spettro volta, in ultima analisi, a rafforzare la tutela dell'utente. Quest'ultimo assume quindi una veste centrale in quanto destinatario sostanziale delle politiche di incentivi destinati alla promozione dell'innovazione digitale, da svolgere secondo regole garanti del corretto svolgimento del mercato.

Anche la proposta di costituire un'agenzia del settore non rappresenta una novità, in quanto preceduta già altre volte da proposte simili. Tuttavia, diversamente dal passato, questa volta sembra volersi mascherare il ruolo che la Commissione assume, che risulta senz'altro rafforzato seppur bilanciato dall'allineamento delle competenze tra il BEREC e tutte le ANR, da cui deriva l'ampliamento delle competenze del primo.

La proposta di regolamento, per come articolata, sembra destinata a gravare ulteriormente sulla già complessa architettura organizzativa europea. In particolare, oltre a determinare un notevole appesantimento burocratico dei processi deliberativi, la stessa rimodula i delicati equilibri esistenti tra Commissione e ANR creati grazie al BEREC, senza tuttavia fornire un quadro chiaro dei vantaggi che potrebbero derivarne.

La nuova Agenzia non viene dotata di funzioni regolamentari ma alla stessa viene deferito il compito di adottare decisioni individuali, così da influire sulle misure correttive adottate. Tale previsione, se da un lato è giustificata dal fatto che più volte la frammentazione normativa è stata attribuita alla difficoltà di adottare misure correttive tipiche uniformi, dall'altro non apporta cambiamenti sufficientemente radicali rispetto a un meccanismo già collaudato e funzionante.

L'agenzia viene infatti contemplata come l'ennesimo braccio esecutivo della Commissione, determinando la perdita del ruolo sino a oggi attribuito alle autorità nazionali all'interno del BEREC. La concertazione che si realizza all'interno della rete

consente peraltro di sfruttare meglio tutte le potenzialità degli strumenti informativi inseriti nelle strategie di *better regulation*. Gli esiti delle consultazioni pubbliche avviate dalle singole autorità nazionali, permettono infatti di acquisire elementi che divengono poi oggetto di discussione all'interno del comitato dei regolatori, in cui le ANR occupano una posizione paritaria. La nuova struttura attribuirebbe invece un ruolo di primaria rilevanza alla Commissione e riconosce a tutto il BEREC la personalità giuridica tipica delle agenzie che dalla stessa dipendono. Ciò rischia di limitare la libera disponibilità del patrimonio informativo di cui le Autorità hanno sino a oggi disposto, incidendo negativamente sulla loro capacità di concertazione delle decisioni. Si rischia infatti di far emergere le istanze europee della Commissione, introducendo dei pericolosi squilibri nei rapporti tra Stati, a causa del venir meno della regola della maggioranza dei 2/3 e della possibilità di intervenire nell'assunzione di decisioni vincolanti.

L'indipendenza del BEREC fino a oggi assicurata, rischierebbe di essere pregiudicata dalla presenza della Commissione nella veste di membro effettivo e titolare del diritto di voto. Verrebbe meno infatti, quella libera e paritaria capacità di giudizio che è stata il punto di forza del BEREC e che ha consentito a tutte le autorità nazionali di rappresentare i propri interessi, senza temere la supremazia delle ANR più forti e della Commissione. Il nuovo assetto proposto rischia invece di riconoscere solo alle autorità portatrici di istanze nazionali più forti il diritto di esprimersi, incoraggiate da un meccanismo decisionale di maggioranza semplice.

Tali valutazioni, che valgono per tutte le agenzie dell'UE, assumono in tal caso valenza maggiore poiché la nuova proposta compromette un meccanismo che fino a oggi è stato considerato sufficientemente rappresentativo e in grado di realizzare adeguate condizioni di armonizzazione. L'adozione di una direttiva per la trattazione di temi regolamentari di importanza sovranazionale e il suo tendenziale accoglimento all'interno delle istituzioni politiche, testimoniano la prudenza che la Commissione adotta nell'affrontare questioni regolamentari specifiche per non intaccare la competenza decisionale degli Stati.

Emblematica è la sostituzione, in sede di discussione dei lavori in Parlamento e in Consiglio, del ruolo del BEREC nella procedura di gestione dello spettro con il gruppo sulla politica dello spettro radio, nato con compiti consultivi, al quale viene affidato il ruolo di collante nell'ambito della nuova procedura *peer review*. Diversamente dal BEREC infatti, esso è composto da rappresentanti di ciascuno Stato membro, e in tal senso assume una connotazione più politica che tecnica.

La scarsità di frequenze di cui lo spettro è composto, richiede quindi una tutela e l'assunzione di decisioni non riferibili in via esclusiva a un soggetto avulso, almeno sulla carta, da qualunque logica politica. Non è un caso ad esempio, che nel nostro ordinamento la pianificazione e la gestione dello spettro siano affidate al Ministero dello sviluppo economico, braccio esecutivo del Governo. Tale riparto di competenze tra quest'ultimo e l'Agcom potrebbe tuttavia subire delle modifiche, ove si consideri il proposto allineamento delle competenze delle autorità di regolazione nazionali in chiave rafforzativa della coerenza dell'azione. L'obiettivo che si vuole perseguire è infatti il riconoscimento di competenze uniformi alle autorità di regolazione che, all'interno del BEREC, possono procedere unitariamente nell'esercizio di competenze e azioni comuni.

L'esito delle discussioni svolte nelle sedi istituzionali dimostra come gli Stati non siano ancora pronti ad accogliere dei modelli di sovra-ordinazione gerarchica all'interno del settore, e preferiscano ricorrere alla concertazione che ha consentito sino a oggi il raggiungimento di importanti risultati,<sup>286</sup> senza pregiudizio dei rapporti interni all'organismo.

Si evita in tal modo di complicare il numero delle fonti in circolazione, e di appesantire i processi di funzionamento del *framework*. Il confronto con altri settori in cui le agenzie sono state da tempo costituite, non sembra peraltro fornire elementi a sostegno della proposta della Commissione. Sia l'ABE (autorità bancaria europea) che l'ACER (agenzia europea dei regolatori dell'energia), non hanno infatti prodotto risultati significativi in termini di riduzione della frammentazione dei mercati. Al

---

<sup>286</sup> Cfr. sull'agentificazione E. Chiti, "The emergence of a community administration: the case of European agencies" *Common market law review*, 37/2000, 309-343.

contrario, la complessa composizione interna e l'assenza di effettivi poteri regolamentari, hanno limitato l'efficacia della loro azione, spesso identificata con quella della Commissione. Il timore di consolidare le posizioni degli Stati più forti all'interno di queste autorità europee, induce peraltro a prevedere ulteriori organi composti da rappresentanti nazionali, così da garantire la più ampia rappresentatività.

Dinanzi a dei mercati già sufficientemente concorrenziali e particolarmente veloci nelle loro logiche evolutive, la creazione di Comitati, Agenzie etc. rischia, ove non correttamente dominata, di determinare dei pericolosi rallentamenti, a scapito della corrispondenza tra diritto e realtà concreta.

Le resistenze dimostrate per la costituzione dell'Agenzia non hanno trovato una perfetta duplicazione per la direttiva. Il consolidamento della domanda di servizi digitali su tutto il territorio europeo ne ha comportato infatti l'accoglimento del contenuto, salvo per la parte in cui vengono riconosciuti specifici poteri al BEREC. Diversamente dal regolamento che interviene sul piano della *governance*, la direttiva tratta di temi di importanza centrale per lo sviluppo digitale che, in presenza del mancato recepimento di alcune modifiche concernenti il ruolo del BEREC, non sembrano avere subito sostanziali cambiamenti. Dinanzi a una richiesta ormai frequente di servizi digitali e di velocità di banda, oggetto dell'Agenda digitale per l'Europa<sup>287</sup>, gli Stati non possono evidentemente sottrarsi e devono acconsentire alla predisposizione di modalità idonee a permetterne la realizzazione. Il web ha anticipato il processo di unificazione dei mercati ancor prima degli Stati, nel rispetto di principi e vincoli normativi. Lo sviluppo della rete digitale presuppone però un'azione che va oltre quella regolamentare e che comporta l'assunzione di precise responsabilità politiche che sfuggono al circuito sia delle agenzie che delle autorità, deputate piuttosto all'adozione di scelte regolamentari e tecniche destinate al mercato, a completamento di quanto definito a livello politico. Gli obiettivi della direttiva sono quindi riconducibili ad iniziative di politica industriale che presuppongono interventi diversi da quelli delle autorità nazionali di regolazione.

---

<sup>287</sup> Strategia per il mercato unico digitale in Europa, Bruxelles, 6.5.2015, COM (2015) 192, comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e alla Commissione.

I Governi nazionali giocano quindi un ruolo determinante nell'attuazione della direttiva a livello interno, in cui le TELCO tradizionali possono giocare la partita più importante, specie in sede di previsione di incentivi agli investimenti.

Spetta ai rappresentanti degli interessi della collettività quindi, il compito di intervenire nella definizione di politiche idonee a rafforzare la domanda di servizi digitali sul territorio e sostenere la realizzazione di reti ad alta velocità da parte degli operatori.

La partita non si gioca pertanto sul piano della regolazione quanto su quello delle decisioni pubbliche che le autorità competenti saranno in grado di adottare. L'azione delle autorità di regolazione si ferma infatti nel momento in cui le scelte da compiere non attengono alla sfera tecnico scientifica ma a quella politica, che dovrebbe peraltro precedere e non seguire la prima. L'ANR è infatti il soggetto tecnico che indirizza le azioni della classe politica, l'unica in grado di disporre delle leve economiche necessarie per consentire la crescita del paese. Ovviamente, maggiore è il grado di liberalizzazione del mercato, minore sarà l'intervento del legislatore ma soprattutto dell'autorità di regolazione.

La costituzione di un'Agenzia appare quindi non necessaria, in presenza di problematiche che trovano la loro collocazione a un livello diverso da quello regolamentare. Le ANR devono mantenere il loro ruolo, in quanto responsabili dell'accoglimento dei bisogni della realtà territoriale di riferimento e quindi dell'utente. La realizzazione di reti ad alta velocità è infatti causa e conseguenza della domanda proveniente dagli utenti, poiché l'assenza di una consapevolezza, circa i benefici che l'utilizzo della rete può apportare in termini di miglioramento della qualità della vita, rappresenta un ostacolo alla piena realizzazione degli obiettivi di investimento predisposti.

In ultima sede è opportuno far leva sullo strumento di armonizzazione utilizzato, la direttiva poiché indicativo, come già sottolineato, della volontà di mantenere ampi margini di libertà agli Stati membri. In sede di predisposizione di un codice europeo infatti, forse l'utilizzo del regolamento sarebbe stato più opportuno sia in termini temporali (esso è immediatamente applicabile negli ordinamenti dal



momento della sua entrata in vigore) che di sicuro raggiungimento degli obiettivi. L'adozione di atti regolamentari a livello europeo è stata peraltro richiesta dagli operatori nel corso della consultazione pubblica, in cui si fa riferimento alla necessità di individuare strumenti giuridici più forti rispetto alla direttiva, senza invece richiamare un'agenzia esecutiva. Il bisogno di armonizzare l'azione degli Stati cede però il passo dinanzi alla volontà di mantenere intatti i propri ruoli e le competenze. La direttiva rappresenta infatti il compromesso a livello politico che il BEREC ha sino a oggi rappresentato nei rapporti di *governance*.

La Commissione, in qualità di rappresentante dell'interesse sovranazionale, ha operato dei timidi tentativi di unificare l'azione regolamentare europea, consapevole delle difficoltà incontrate all'interno del Consiglio. Con la nuova proposta essa ha manifestato l'intenzione di imprimere un nuovo carattere al *framework* regolamentare senza tuttavia trovare la strada più adatta per superare le resistenze degli Stati.

Il principio di sussidiarietà cui con tanta forza gli Stati membri sono legati, rinvenendo in essi la principale causa di rifiuto delle proposte della Commissione, continua a rappresentare la roccaforte della loro autonomia, alla cui salvaguardia sono preposti i singoli Parlamenti nazionali. Questo accade anche nelle comunicazioni elettroniche, naturalmente predisposte all'abolizione delle barriere indipendentemente da una conforme volontà politica. L'azione dell'Europa sul roaming rappresenta in tal senso una conquista importante perché dimostra la coscienza delle istituzioni degli sviluppi sino a ora raggiunti. Tuttavia, l'assenza di un preciso indirizzo comune è al contempo causa dei molteplici tentativi della Commissione di dar vita a un'Agenzia europea e conseguenza della loro periodica bocciatura. In un settore che naturalmente spinge verso l'abolizione delle barriere, la vera sfida si gioca quindi non tanto sul piano delle autorità indipendenti quanto su quello politico.

La mancata realizzazione di un progetto unitario di questo tipo in un settore che strutturalmente mostra invece maggiore facilità di trattazione unitaria, fornisce una fotografia di tutto il sistema europeo in cui, al momento, qualunque esigenza nazionale è di ostacolo e prevale sulla realizzazione di politiche comuni europee.



## BIBLIOGRAFIA

G. Amato, *"Autorità semi indipendente ed autorità di garanzia"* in Riv. Trim. Dir. Pubbl. 3/1997;

G.B. Amendola, E. Giuntoli, D. Roffinella: *"Le regole del gioco, l'evoluzione dello scenario regolamentare"* in Notiziario tecnico, n. 3/2015;

L. Ammannati, *"L'Agenzia per la Cooperazione tra i Regolatori dell'Energia: organismo europeo di regolazione o di Coordinamento dei regolatori nazionali?"* in P. Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore*, Milano, 2012;

L. Ammannati, *"L'Agenzia per la Cooperazione tra i Regolatori dell'Energia e la costruzione del mercato unico dell'energia"*, in Ital. Dir. Pubbl. Com., 3-4, 2011;

L. Ammannati, *"Il ruolo delle agenzie di regolazione nel settore energetico"*, in V. Salvatore (a cura di), *"Le Agenzie dell'Unione europea. Profili istituzionali e tendenze evolutive"*, Pavia, 2011;

L. Ammannati, *"Governance e regolazione attraverso reti"*, in L. Ammannati, P. Bilancia *"Governance dell'economia e integrazione europea"*, Milano, 2008;

B. Argiolas, *"Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche"*, Giorn. Dir. amm., 2/2011;

G. Balboni, G.Ciccarella, C. Ghibaudò *"La cooperazione tra OTT e Telco"*, Notiziario tecnico 3/2015;

R. Baldwin, M.Cave, *"Understanding regulation"*, Oxford, 1999;

F. M. Balestra *"Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche"* Padova, 2013;

F. M. Balestra *"Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche"* Padova, 2016;

F. Bassan, *"Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche"*, 2002, Torino;

F. Bassanini, *"La regolazione intelligente e la qualità delle liberalizzazioni"* in Rassegna Astrid 1/2013;

O. Batura, *"Universal service in WTO and EU law, liberalisation and social regulation in telecommunications"* Berlino, 2016;

D. Bauknecht, *"Incentive regulation and network innovation"*, presentazione III conferenza annuale CRNI, Bruxelles, 2010;

L. Belli, P. De Filippi, *"Net neutrality compendium"*, Oxford, 2016;

C. F. Bergstrom, *"Comitology-delegation of powers in the European Union and the Committee System"*, Oxford, 2005;

L. Bifulco, C. Donolo, *"Il futuro delle politiche pubbliche"*, Milano, 2006;

P. Bilancia, *"La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi comunitari"*, Milano, 2011;

- J. Boukaert, T. Van Dijk, F. Verboven, *"Access regulation, competition and broadband penetration: an international study"* in Telecommunication policy, 34/2010;
- E. Bruti Liberati, *"La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale"*, Milano, 2006;
- E. Bruti Liberati, F. Donati, *"La regolazione dei servizi di interesse economico generale"* Torino, 2010;
- P. Buns, C. Jenkins, C. Riechmann, M. Mikkers, *"The role of the policy makers for the effectiveness of benchmarking in regulatory proceedings"*, in Competition and regulation network industries, Oxford, 2006;
- M. Busuioc, *"The Agencies phenomenon in the European Union"*, Oxford, 2013;
- L. Bygrave, *"Internet governance by contract"*, Oxford, 2015;
- F. Cacciatore, F. Di Mascio, *"Il giudice amministrativo e gli strumenti di qualità della regolazione"* in Osservatorio Air, in [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it) , 2015;
- C. Cambini, P. Ravazzi, T. Valletti, *"Regolamentazione e mercato nelle telecomunicazioni"* 19/2000, Bologna;
- A. Candido, *"Verso il mercato interno dell'energia: le reti energetiche europee"* in C. Buzzacchi (a cura di) *"L'Europa a rete il modello delle reti tra concorrenza e coesione sociale"*, Milano, 2011;
- A. Canepa, *"Reti europee in cammino"*, Napoli, 2010;

L. Carbone, *"Le autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione"* Rassegna dir. Pubbl. eur., 2015;

F. Cardarelli- Zeno Zencovich, *"Il diritto delle telecomunicazioni"*, Bari, 1997;

A.B. Caretta, *"La disciplina del regime autorizzatorio. Le misure di armonizzazione"* in, F. Bassan (a cura di) *"Diritto delle comunicazioni elettroniche"*, Milano, 2008;

B. Carotti, *"L'Icann e la governance di internet"* Riv. trim. dir. Pubbl., 2006;

S. Cassese, *"Il privato ed il procedimento amministrativo. Un'analisi della legislazione e della giurisprudenza"* in Riv. It. Sc. Giur. 1971;

S.Cassese, *"La trasformazione dei servizi pubblici in Italia"*, in Economia pubblica, 26/1995;

S. Cassese, *"Il posto dei poteri indipendenti nell'ordinamento"*, in Temi e problemi, La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali, edizione speciale Roma, 1996;

S. Cassese, *"La liberalizzazione delle tlc"* in, F. Bonelli-S. Cassese, (a cura di), *"La disciplina giuridica delle tlc"*, Milano, 1998;

S. Cassese, *"Negoziazione e trasparenza nei procedimenti dinanzi alle autorità amministrative indipendenti"* in *"Il procedimento davanti alle autorità amministrative indipendenti"*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999;

S. Cassese, *"Dalle regole del gioco al gioco con le regole"* in Merc. Conc. Reg., 2/2002;

S. Cassese, *"Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni"*, Giorn. Dir. Amm. N. 6/2002;

S. Cassese, *"Il concerto regolamentare europeo"*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *"Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?"*, Torino, 2003;

S. Cassese, *"Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?"* in Riv. Trim. dir. Pubbl., 2003;

S. Cassese, *"Le reti come figura organizzativa della collaborazione"* in Lo spazio giuridico globale, Bari, 2003;

S. Cassese, S. Bignami, *"Il procedimento amministrativo nel diritto europeo"*, Milano, 2004;

S. Cassese, *"Stato ed economia: le linee di una evoluzione"* in Appunti per la lectio magistralis del 24 novembre 2010 Facoltà di Economia dell'Università degli Studi G D'Annunzio, [www.irpa.it](http://www.irpa.it);

S. Cassese, *"La nuova costituzione economica"* Bari, 2011;

S. Cassese, *"Istituzioni di diritto amministrativo"*, Milano, 2015;

V. Cerulli Irelli, *"Il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti"* in "Arbitri dei mercati", Bologna, 2010;

G. Cervigni, M. D'Antoni, *"Monopolio naturale, concorrenza e regolamentazione"* Roma, 2001;

M. Chamon, *"EU Agencies: Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration"* Oxford, 2016;

I Chieffi, *"La revisione del procedimento amministrativo europeo nelle comunicazioni elettroniche"*, Riv. It. dir. Pub. Com. 2010;

R. Chieppa, *"La tutela giurisdizionale, in Le Autorità Amministrative Indipendenti"*, Padova, 2010;

R. Chieppa, P. Cirillo, *"Le autorità amministrative indipendenti"*, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2010;

E. Chiti, *"The emergence of a community administration: the case of European agencies"* *Common market law review*, 37/2000;

E. Chiti, *"Le Agenzie. Unità e decentramento nell'amministrazione comunitaria"*, Padova, 2002;

E. Chiti, C. Franchini, *"L'integrazione amministrativa europea"*, Bologna, 2003;

E. Chiti, *"La disciplina procedurale della regolazione"* in Riv. trim. Dir pubbl., 2004;

E. Chiti, *"Le ambivalenze del concerto regolamentare europeo nel settore delle comunicazioni elettroniche"* in G. Della Cananea (a cura di), *"Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche"*, Torino, 2005;

E. Chiti, *"La dimensione funzionale del procedimento"* in L. Fiorentino (a cura di), *"Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme"*, Milano, 2008;

E. Chiti, *"Le trasformazioni delle agenzie europee"* Riv. trim. dir. pubbl., 1/2010;



M. P. Chiti, *"I procedimenti compositi nel diritto comunitario e nel diritto interno"*, in Attività amministrativa e tutela degli interessati, Torino, 1997;

M. P. Chiti, "Diritto amministrativo europeo", Milano, 2004;

M. P. Chiti, G. Greco, *"Trattato di diritto amministrativo europeo"*, vol. 2, Milano, 2008;

M. Clarich, *"Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi"*, in Diritto Pubblico, 1998;

M. Clarich, G.F. Cartei, *"Il codice delle comunicazioni elettroniche"*, Milano 2004;

M. Clarich, *"Garanzia del contraddittorio nel procedimento"*, in Dir. amm., 2004;

M. Clarich, *"Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello"*, Bologna, 2005;

M. Clarich, *"Il contenuto di indipendenza delle autorità di settore"* in S. Mariotti, G. P. Torriani, (a cura di), "Energia e comunicazioni. Le autorità indipendenti a dieci anni dalla loro istituzione" Milano, 2006;

M. Clarich, G. Corso, V. Z. Zencovich, *"Il sistema delle autorità indipendenti: problemi e prospettive"*, Roma, 2006;

M. Clarich e R. Cassano, *"L'imposizione degli obblighi regolamentari ex ante nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche"* in Diritto dell'Informazione e dell'informatica, 1/2009;

M. Clarich, *"Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e delle autorità di regolazione settoriale"*, in *Scritti in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011;

P. Craig, *"Integration, democracy and legitimacy"* in P. Craig e G. De Burca (a cura di) *"The evolution of law"*, II ed, Oxford, 2011;

P. Craig, *"Eu administrative law"*, Oxford, 2012;

D. Crocco, *"Le autorità amministrative indipendenti di regolazione e vigilanza dei mercati"*, Napoli, 2012;

M. Cuniberti, *"Autorità indipendenti e libertà costituzionali"*, Milano, 2007;

M. D'Alberti, *"Competition law and regulatory reform"* in P. Paulopoulos e S. Flogaitis, (a cura di), *"Multilevel governance and administrative reform in the 21 century"* Londra, 2008;

M. D'Alberti, *"Comparative administrative law and the public regulation of markets in a global age"* in S. R. Ackerman e P. L. Lindseth, Hedward Elgar, (a cura di), *"Comparative administrative law"*, Northampton, 2010;

M. D'Alberti, *"Lezioni di diritto amministrativo"*, Torino, 2017;

M. De Benedetto, *"Tecniche di analisi della regolazione nell'istruttoria degli atti normativi del Governo: Niente (o assai poco) di nuovo sotto il sole"* OsservatorioAIR 9/2010;

M. De Biasio, *"Le criticità dell'Unione bancaria europea"*, [www.unibocconi.it](http://www.unibocconi.it), 2016;

R. Dehousse, *"Regulation by networks in the european community: the role of european agencies"*, JEPP, 4/2010;

S. Del Gatto, *"La partecipazione alle attività delle autorità amministrative indipendenti"*, Giorn. Dir. Amm., 9/2010;

S. Del Gatto, *"Il problema dei rapporti tra la banca centrale europea e l'autorità bancaria europea"* in Riv. trim. Dir. Pubbl. 4/2015;

P. De Lise, *"Le Autorità indipendenti venti anni dopo"*, Roma, 2015;

F. Dell'Aversana, *"Le libertà economiche in internet: competition, net neutrality e copyright"*, Roma, 2014;

G. Della Cananea, *"I procedimenti amministrativi compositi dell'Unione europea"*, in S. Cassese, F. Bignami, *"Il procedimento amministrativo nel diritto europeo"*, Milano, 2004;

G. De Minico, *"La direttiva Ce sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006"* in P. Costanzo, G. De Minico, R. Zaccaria, (a cura di), *"I tre codici della società dell'informazione"*, Torino, 2006;

G. De Minico, *"La sfida europea sulle tlc: autori, regole, obiettivi"* in A. Pace, R. Zaccaria, (a cura di), *Mezzi di comunicazione e riservatezza*, Napoli, 2008;

G. De Minico, *"Diritti, regole e Internet"*, 2/2011, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it);

G. De Minico, *"Indipendenza dell'autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria"*, Osservatorio sulle fonti, 1/2012;

G. De Minico, *"Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione"* Riv. Aic, 1/2015;

G. De Minico, *"Net neutrality come diritto fondamentale di chi verrà"*, in Costituzionalismo.it, 1/2016;

A. De Streel, *"The integration of competition law principles in the new european regulatory framework for Electronic communications"* in World competition, 26/3, 2003;

A. De Streel, *"Principles of EU electronic communications framework"*, Atti del seminario del 24 ottobre 2016, Florence school of regulation;

C. De Vincenti, A. Vigneri, *"Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità"*, Bologna, 2006;

De Vincenti, *"L'economia della regolazione: una triangolazione per orientarsi"* in G. Bonifati e A. M. Simonazzi, (a cura di), "Il ritorno dell'economia politica. Saggi in ricordo di Fernando Vianello", Roma, 2010;

M. De Visser, *"Network -based governance in EC law: the example of EC competition and EC communications law"*, 2009;

L. Di Donato, *"Il finanziamento delle autorità amministrative indipendenti"* in Amministrazione in cammino, Riv. Elettr. Dir. Pub. Com., 5/2015;

F. Di Porto, *"La collaborazione tra Autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni elettroniche a livello comunitario: spunti da una comparazione"*, in Riv. Elettr. Dir. Pubbl. Econ.e sc. Amm., 1/2007;

F. Donati, *"L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni elettroniche"*, 2007, Torino;

F. Donati, *"La soluzione delle controversie e le comunicazioni elettroniche"*, in A. Zoppini (a cura di), *"Tra regolazione e giurisdizione"*, Roma, 2017;

M. Egeberg, J Trondal, *"EU-level agencies: new executive centre formation or vehicle for national control?"*, JEPP, 18/2011;

P. S. Falzini, *"L'autonomia organizzativa delle autorità amministrative indipendenti"* Com. Media, e nuove tecnologie 2/2016, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it);

D. L. Faur, *"Regulatory networks and regulatory agentification: towards a single european regulatory space"* JEPP, 18/2011;

M. Filice, *"Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle autorità indipendenti"*, Giorn. Dir. Amm. 4/2015;

C. Franchini, *"Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario"*, Padova, 1993;

C. Franchini, *"La Commissione delle Comunità europee e le amministrazioni nazionali: dalla ausiliarietà alla coamministrazione"*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 8/1993;

C. Franchini, *"Le nozioni di amministrazione indiretta e di coamministrazione nell'ordinamento dell'Unione europea"* in A. D'Atena *"Studi in onore di Pierfrancesco Grossi"*, Milano, 2012;

R. Garofoli, *"Manuale di diritto amministrativo"*, Bari, 2017;

D.J. Gerber, *"Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus"*, Oxford, 1998;

L. Giani, A. Police, *"Le funzioni di regolazione del mercato"* in F. G. Scoca (a cura di) *Manuale diritto amministrativo*, Torino;

M.S. Giannini, *"Il pubblico potere"*, Bologna, 1989;

M. Gigante *"Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento"*, Milano, 2008;

M. Giorgio, *"L'AIR nell'Agcom"*, 4/2015;

R. Giovagnoli, *"Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale"*, Relazione al Convegno *"Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati"*, Roma, 28 febbraio 2013;

F. Giuffrè, *"Rappresentanza, partecipazione e nuove dinamiche della regolazione"* in *"Osservatorio sulle fonti"* n. 3/2017;

G. Grasso, *"L'anomalia di un modello: le autorità amministrative indipendenti nei paesi membri dell'UE. Prime ipotesi per un inventario"*, *Il politico*, vol. 65, 2/2000;

G. Grasso, *"Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica"*, Milano, 2006;

G. Grasso, *"Le autorità amministrative indipendenti"*, in S. Sicardi, M. Cavino E L. Imarisio, (a cura di), *"Vent'anni di Costituzione (1993-2013): dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli"*, Bologna, 2015;

A. Greco, *"L'analisi di impatto della regolamentazione: origini e tendenze recenti"*,  
www.Federalismi.it, giugno 2009;

N. Greco, *"Costituzione e regolazione"*, Bologna, 2006;

C. Grisolia, *"Il ravvicinamento formale e procedurale delle fonti comunitarie e nazionali: la valorizzazione dei meccanismi di partecipazione e consultazione nell'attività normativa del governo"* in Osservatorio sulle fonti, 3/2012;

L. Hou, *"Competition law and regulation in the EU Electronic communication sector. A comparative legal approach"*, 2012, Oxford;

R. Ingrassia, *"L'analisi e la valutazione dell'autonomia organizzativa delle autorità amministrative indipendenti"* in Rassegna italiana di valutazione, 51/2011;

P. Koutronpis, *"The economic impact of broadband on growth: A simultaneous approach"* in Telecommunications policy, 33/2009;

A. Kreher, *"Agencies in the European Community—A Step towards Administrative Integration in Europe"*, Journal of European public policy, 4/1997;

A. La Spina, G. Majone, *"Lo stato regolatore"*, Bologna, 2000;

M. Libertini, *"La tutela della concorrenza nella costituzione italiana"* Riv. It. econom  
1/2005;

M. Libertini, *"Che cosa resta del servizio universale nelle comunicazioni elettroniche"*,  
14/2009, Federalismi.it;

M. Libertini, *"La tutela della concorrenza nella costituzione italiana. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio"* Mercato, concorrenza e regole, 3/2014;

M. Libertini, *"La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001"* in Moneta e credito, 12/2015;

F. Longo, *"Ragioni e modalità delle istituzioni delle autorità amministrative indipendenti"* in I garanti delle regole (a cura di) S. Cassese, C. Franchini, Bologna, 1996;

L. Lorenzoni, *"Il riparto di competenze tra autorità indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette"* in Riv. It. Antitrust, 1/2015;

F. Macaluso, R. Baratta, G. Napoli, *"La neutralità della rete tra regolazione e concorrenza"* in Dir. Comm. Intern., n. 2/2011;

M. Macchia, *"L'architettura europea dell'Unione bancaria tra tecnica e politica"* Relazione al convegno "1865-2015 a 150 anni della legge di unificazione amministrativa" in [www.irpa.it](http://www.irpa.it), 2015;

O. Main, *"I rapporti tra Commissione, autorità nazionali e giudici nel diritto antitrust"* in "Dizionario sistematico della concorrenza" (a cura di) L. Pace, Napoli, 2013;

G. Majone, *"The new european agencies"*, Jepp, 1997/4;

G. Majone, A. La Spina *"Lo Stato regolatore"*, Bologna, 2000;

G. Majone, *"Delegation of regulatory powers in a mixed polity"*, ELJ, vol.8, 3/2002;



G. Majone, *"The transformations of the regulatory state"* Osservatorio AIR, 9/2010, [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it);

P. Manacorda, *"I nodi delle reti, Infrastrutture mercato e interesse pubblico"*, 2010, Firenze;

M. Mancini, *"Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union"* in Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale Banca di Italia, Roma, 2015;

M. Manetti, *"Poteri neutrali e Costituzione"*, Milano, 1994;

K. Maniadaki, *"Eu competition law regulation and the internet, the case of the net neutrality"*, New York, 2015;

G.C. Mannara, *"Servizio universale e telecomunicazioni"* in L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli, (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza e diritti*, Milano, 2001;

S. Mannoni, *"La regolazione delle comunicazioni elettroniche"*, Bologna 2014;

G. Marchianò, *"Regolamentazione amministrativa delle libertà economiche nel mercato comune"*, Torino 2018;

M.L. Mariniello, *"Soggetti funzioni e procedure di regolazione"* in *Dir. Econom. Mezzi di comunicazione*, 2/2014;

S. Mariotti, *"La regolazione neutrale dei mercati"* in *"Energia e comunicazioni: le autorità indipendenti a dieci anni dalla loro costituzione"*, Milano, 2016;

N. Marzona, *"Il potere normativo delle autorità indipendenti"* in S. Cassese, C. Franchini *"I garanti delle regole"*, Bologna, 1996;

B. Mattarella, N. Irti, *“La regolazione intelligente”*, 2013, Firenze;

B. Mattarella, *“Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo”*, 9/2010, 24, Paper dell'Osservatorio AIR, [www.osservatorioAIR.it](http://www.osservatorioAIR.it);

R. Mayntz, *“La teoria della governance: sfide e prospettive”*, Riv. it. sc. Pol., 1/1999;

M. Mensi, *“Il riparto di competenze tra Autorità e Ministero nel settore delle comunicazioni elettroniche”* in G. Della Cananea (a cura di) *“Il governo delle comunicazioni elettroniche”*, Torino, 2005;

F. Merusi, *“Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale”*, Bologna, 2002;

F. Merusi, *“La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti”*, Bologna, 2012;

G. Montedoro, *“Il giudice e l'economia”*, Roma, 2015;

G. Monti, *“Independence, Interdependence and Legitimacy: The EU Commission, National Competition Authorities, and the European Competition Network”* in EU law working paper, 01/2014;

G. Morbidelli, F. Donati, *“Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?”*, Torino, 2003;

F. Musiani, L. Derrick, L. Cogburn, L. Denardis, *“The turn to infrastructure in internet governance”*, Londra, 2016;

G. Napolitano, *“Servizi pubblici e rapporti di utenza”*, Padova, 2001;

G.Napolitano, "Regole e mercato nei servizi Pubblici" Bologna, 2005;

G. Napolitano, *"La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche"* in Riv.it.dir.pub.com., 2008;

A. Natalini, *"La sperimentazione dell'AIR a livello statale"*, in Riv. trim. Sc. Amm., 4/2000;

A. Natalini, F. Sarpi, *"L'insostenibile leggerezza dell'AIR"* in Giorn. Dir. Amm. 3/2009;

G. Nava, *"L'evoluzione della regolamentazione ex ante nelle comunicazioni elettroniche: il ruolo della Commissione e dei regolatori nazionali tra diritto della concorrenza e politica industriale"*, DIMT3/2013;

S. Niccolai, *"I poteri garantiti della Costituzione e le autorità amministrative indipendenti"*, Pisa, ETS, 1996;

P. Nicolaides, A G. Eveke, A.M. Den Teuling, *"Improving Policy Implementation in an Enlarged European Union: The Case of National Regulatory Authorities, European Institute of Public Administration"*, Maastricht, 2003;

P.Nihoul, P.Rodford, *"EU Electronic Communications Law, Competition and Regulation in the European Telecommunications Market"*, NewYork, 2004;

P. Nihoul, P. Rodford, *"EU Electronic communication law"* Oxford, 2014;

M. Orofino, *"La governance delle comunicazioni elettroniche. Il complesso sistema di networks decisionali caratterizzato da "raccordi verticali" tra ANR e tra di esse e la Commissione"* in Riv. It. dir. Pubbl com., 2002;

M. Orofino, *"Un caso concreto di governance multilevel"* CSFederalismo PAPERS, 12/2005;

M. Orofino, *"I profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello"*, Milano 2006;

M. Orofino, *"La governance delle comunicazioni elettroniche. Il complesso sistema di networks decisionali caratterizzato da raccordi verticali tra le ANR e la Commissione e da raccordi orizzontali tra le ANR e tra di esse e la Commissione"*, in Riv. it. dir. pub. Com. , 3-4/2007;

M. Orofino, *"Regolazione asimmetrica e comunicazioni elettroniche"* in L. Ammannati, P. Bilancia, (a cura di), *"Governance dell'economia e integrazione europea"* Milano, vol. II, 2008;

M. Orofino, *"Telecoms Package: Luci ed ombre di una riforma molto travagliata"* Riv. Dir. Pub. Com. 2/2010;

M. Orofino, *"L'indipendenza dell'autorità tra diritto interno e diritto comunitario con particolare riferimento al Telecom package ed alla sua attuazione sul piano interno"* in P. Bilancia, (a cura di), *"La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e diritto comunitario"*, Milano, 2012;

M. Orofino *"L'intervento regolamentare dell'Agcom in materia di diritti d'autore: profili di criticità formale e sostanziale"* in F. Pizzetti, (a cura di) *"Il caso del diritto d'autore"*, Torino, 2013;

M. Orofino *"La declinazione della net neutrality nel Regolamento europeo 2015/2120. Un primo passo per garantire un internet aperta?"* in Federalismi.it, 2/2016;

M. Orofino *"La politica europea delle telecomunicazioni: la nuova sfida della net-neutrality"*, in federalismi.it 05/2017;

P. Parcu, *"Verso la riforma del quadro regolamentare europeo: la consultazione della Commissione sul futuro delle comunicazioni elettroniche"*, Osservatorio comunicazioni Arel, Roma, 2/2016;

M. Passaro, *"Le amministrazioni indipendenti"*, Torino, 1996;

J. Pelkmans, *"Meroni: How ESMA can help build the single market"*, CEPS Commentary, 18 febbraio 2014, in [www.Ceps.eu.com](http://www.Ceps.eu.com);

S. Peltzman, *"Toward a more general theory of regulation"* in Journal of Law and Economics, 2/1976;

A. Pera, *"Regolamentazione, efficienza e mercato"*, Roma, 1991;

R. Perez, *"Telecomunicazioni e Concorrenza"*, 2002, Milano;

J. Pierre, B. Peters, *"Governance, politics and the State"*, S. Martin, 2000;

G. Pitruzzella, *"Regolazione e concorrenza"*, in [www.Rassegnastrid.it](http://www.Rassegnastrid.it), 16/2014;

R. A. Posner, *"Theories of Economic Regulation"* Bell Journal of Economics and Management Science, 1/1974;

A. Predieri, *"Le Autorità indipendenti nei sistemi costituzionali e economici"*, Milano, 1997;

A. Predieri, *“L'erompere delle autorità amministrative indipendenti”*, Firenze, 1997;

A. Preto, *“La Commissione europea dopo il Trattato di Lisbona”*, Trento, 2011;

A. Preto, *“Accesso alla rete fissa 2010–2012: Il Consiglio di Stato conferma la metodologia Agcom”* in [www.Corrierecomunicazioni.it](http://www.Corrierecomunicazioni.it), 2015;

L. Prosperetti, *“I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti”* in *Merc. conc. reg.*, 2/2002;

M. Proto, *“L'autotutela dopo la riforma Madia”*, *Riv. Giur. It.*, 12/2015;

A. Provenzano, C. Stazi, *“Autorizzazione generale e diritti d'uso delle frequenze”*, *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2/2014;

A. Provenzano, C. Stazi, *“Soggetti, funzioni e procedure di regolazione”* in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione* 2/2014;

G. Puccini, *“Giurisprudenza Aegsi e Consob”* Osservatorio delle fonti, 2/2015;

B. Rabai, *“La tutela del consumatore-utente tra autorità antitrust di autorità di regolazione”* in *Regolazione dei mercati* 1/2016;

C. Raiola *“La consultazione nelle autorità indipendenti”*, OsservatorioAIR, 01/2010;

N. Rangone, *“I servizi pubblici”*, Bologna, 1999;

N. Rangone, *“Gli atti amministrativi per l'attività d'impresa nel settore delle telecomunicazioni”* in S. Cassese, (a cura di) *“La liberalizzazione delle telecomunicazioni”*, Milano, 2001;

N. Rangone, *“Le telecomunicazioni”*, in S. Cassese, Trattato di diritto amministrativo, (a cura di), Milano, 2003;

N. Rangone, *“Comunicazioni elettroniche”*, in S. Cassese (a cura di), “Dizionario di diritto pubblico” Vol. II, Milano 2006;

N. Rangone, *“Impatto delle analisi delle regolazioni sul procedimento, l'organizzazione e l'indipendenza delle autorità”*, Studi parlam., politica costituz, 2006/153;

N. Rangone, *“La qualità della regolazione indipendente”*, [www.IRPA.it](http://www.IRPA.it), 2010;

N. Rangone, *“Autorità indipendenti ed air”* in M. D'Alberti, A. Pajno, (a cura di) “Arbitri dei mercati”, Bologna, 2010;

N. Rangone, *“New frontiers for competition advocacy and the potential role of competition impact assessment”*, in F. Di Porto, J. Drexel (a cura di), “Competition law as regulation”, Northampton, 2014;

N. Rangone, *“Verso la riforma del quadro regolamentare europeo. La consultazione della Commissione sul futuro delle comunicazioni elettroniche”*, Osservatorio comunicazioni, Arel, 2015;

M. Rovati, *“La tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche tra Autorità garante della concorrenza del mercato e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: esistono spazi residui per le autorità di regolazione?”* in Riv. Reg. Merc., 2/2016;

L. Saltari, *"I procedimenti composti e l'integrazione funzionale"*, in G. Della Cananea, M. Gnes, (a cura di), *"I procedimenti amministrativi dell'Unione europea. Un'indagine"*, Torino, 2004;

L. Saltari, *"Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria"*, Milano, 2007;

L. Saltari, *"Tutela e coordinamento nei procedimenti amministrativi europei delle comunicazioni elettroniche"*, Dir. Econom., 3/2013;

L. Saltari, *"Le amministrazioni europee. I piani di azione e il regime di attività"* in L. De Lucia e B. Marchetti, (a cura di) *"L'amministrazione europea e le sue regole"*, Bologna, 2015;

S. Salvi, *"Gli approcci alla valutazione nelle politiche di better regulation: la regulatory impact analysis"*, Osservatorio AIR 2/2013;

M. Savino, *"I Comitati dell'Unione europea. La collegialità amministrativa negli ordinamenti composti"*, Milano, 2005;

M. Savino, *"Il terzo carattere della sovranazionalità europea, i Comitati europei e il procedural supranationalism"* Riv. It. dir. Pubbl., 06/2011;

M. Savino, *"La comitologia dopo Lisbona: alla ricerca dell'equilibrio perduto"* Giorn. Dir. Amm. 10/2011;

M. Sbrescia, *"Le comunicazioni elettroniche tra tecnologia e regolazione"*, Riv. It. dir. Pub. Com., 5/2011;



M. Sbrescia, *“Alle origini dello stato regolatore europeo: amministrazioni indipendenti e regolazione economica nella prospettiva d’integrazione comunitaria”* in *Diritto ed economia dei mezzi di Comunicazione*, 2/2012;

M. Scali, *“La dialettica fra AGCOM Commissione e Berec ”*, *Diritto dell' informatica*, 2/2015;

S. Screpanti, *“Dossier IRPA, Banda larga e reti di nuova generazione”*, [www.irpa.it](http://www.irpa.it), 2016;

M. Shapiro, *“The problems of independent agencies in the United States and the European Union”*, *JEEP*, 4/1997;

M. Simoncini, *“Nuovi regolatori e vecchi principi nel diritto dell’UE. Poteri e limiti delle autorità europee di vigilanza finanziaria”*, [www. Nomos.it](http://www.Nomos.it), 2/ 2014;

S. Smismans, *“Law legitimacy and the European Governance Functional Participation in Social Regulation”*, Oxford, 2004;

C. Spadaro, *“Agcom e procedura di notice and comment”*, *Riv. Reg. Merc.*, 2/2014;

A. Stazi, *“Mercati emergenti fra concorrenza tecnologica e concorrenza, il caso della televisione in mobilità”*, Milano, 2006;

G. j. Stigler, *“The theory of economic regulation”* in *Bell Journal of Economics and Management Science*, II, 1971;

G. Stigler, *“The economics of information”*, *Journal of political economy*, 3/1961;

J. E Stiglitz, *“Economia e informazione”*, Oxford, 2007;

M. D. Stivanello Gussoni, *"Le Authorities e il sistema di vigilanza sulle radiofrequenze"* in *Ricerche giuridiche*, 3/2014;

M. Tatcher, *"Europe and the reform of national regulatory institutions: a comparison of Britain, France and Germany"* Paper for Council of European Studies Conference 15th conference, Chicago 29 March-1st April 2006;

M. Tatcher, *"The creation of European regulatory agencies and its limits: a comparative analysis of European delegation"* in *JEPP*, 8/2011;

M. Tatcher, *"From old to new industrial policy via economic regulation"*, *Riv. Reg. merc.* 2/2014;

R. Titomanlio, *"Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione"* in *Riv. Nomos*, 1/2017;

L. Torchia, *"La regolazione del mercato e la crisi economica globale"* intervento al convegno *"Sistema dei controlli e diritto dell'impresa. Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi"*, Roma, 22 marzo 2011;

L. Torchia, *"Politica industriale e regolazione"*, *Riv. Reg. mercati*, 2/2014;

L. Torchia, *"L'Unione bancaria europea. Un approccio continentale?"*, *Giorn. Dir. Amm.* 1/2015;

A. Travi, *"Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia amministrativa?"*, in *Giornale dir. amm.*, 3/2006;

A. Travi, *"Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)"*, Riv. Reg. merc., 3/2016;

A.Valastro, *"Le autorità indipendenti in cerca di interlocutore"*, Napoli, 2008;

G. Vesperini, S. Battini, *"L'indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale"* in A. Pajno, M. D'Alberti (a cura di), *"Arbitri dei mercati"*, Bologna, 2010;

R. Viola, *"Regole e regolatori del mercato delle comunicazioni elettroniche"* in P. Bilancia, (a cura di), *"La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei"*, Milano, 2011;

P.M. P. Vipiana, *"I poteri amministrativi a seguito di SCIA al vaglio della Consulta"* in Riv. Giur. It., 10/2016;

V. Visco Comandini, *"Economia e regolazione delle reti postali: l'industria della posta fra globalizzazione, innovazione tecnologica e servizio universale"*, Roma, 2003;

R. Zaccaria, Valastro, *"Diritto dell'informazione e delle comunicazioni"*, Padova, 2010;

F. Zatti, *"Il problema della responsabilità politica nelle reti dei regolatori indipendenti del mercato"* in Riv. Persona e mercato, 4/2012;

Z. Zencovich, *"Diritto dell'informazione e della comunicazione"*, Padova, 1998;