

PhD THESIS DECLARATION

I, the undersigned

FAMILY NAME

Guerrieri

NAME

Alessandra

Student ID no.

1759687

Thesis title:

L'intreccio tra regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche e le possibili soluzioni per un intervento coordinato

PhD in

Diritto dell'impresa

Cycle

XXIX

Student's Advisor

Prof. Federico Ghezzi

Calendar year of thesis
defence

2016-2017

DECLARE

under my responsibility:

- 1) that, according to Italian Republic Presidential Decree no. 445, 28th December 2000, mendacious declarations, falsifying records and the use of false records are punishable under the Italian penal code and related special laws. Should any of the above prove true, all benefits included in this declaration and those of the temporary “embargo” are automatically forfeited from the beginning;

- 2) that the University has the obligation, according to art. 6, par. 11, Ministerial Decree no. 224, 30th April 1999, to keep a copy of the thesis on deposit at the “Biblioteche Nazionali Centrali” (Italian National Libraries) in Rome and Florence, where consultation will be permitted, unless there is a temporary “embargo” protecting the rights of external bodies and the industrial/commercial exploitation of the thesis;

- 3) that the Bocconi Library will file the thesis in its “Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto” (Institutional Registry) which permits online consultation of the complete text (except in cases of temporary “embargo”);

- 4) that, in order to file the thesis at the Bocconi Library, the University requires that the thesis be submitted online by the student in unalterable format to Società NORMADEC (acting on behalf of the University), and that NORMADEC will indicate in each footnote the following information:
 - PhD tesi: “L’intreccio tra regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche e le possibili soluzioni per un intervento coordinato”;
 - by Alessandra Guerrieri ;
 - defended at Università Commerciale “Luigi Bocconi” – Milano in the year 2017;
 - the thesis is protected by the regulations governing copyright (Italian law no. 633, 22nd April 1941 and subsequent modifications). The exception is the right of Università Commerciale “Luigi Bocconi” to reproduce the same, quoting the source, for research and teaching purposes;

- 5) that the copy of the thesis submitted online to Normadec is identical to the copies handed in/sent to the members of the Thesis Board and to any other paper or digital copy deposited at the University offices, and, as a consequence, the University is

absolved from any responsibility regarding errors, inaccuracy or omissions in the contents of the thesis;

- 6) that the contents and organization of the thesis is an original work carried out by the undersigned and does not in any way compromise the rights of third parties (Italian law, no. 633, 22nd April 1941 and subsequent integrations and modifications), including those regarding security of personal details; therefore the University is in any case absolved from any responsibility whatsoever, civil, administrative or penal, and shall be exempt from any requests or claims from third parties;

- 7a) that the thesis is not subject to “embargo”, i.e. that it is not the result of work included in the regulations governing industrial property; it was not written as part of a project financed by public or private bodies with restrictions on the diffusion of the results; is not subject to patent or protection registrations.

Date 17/3/2017

ABSTRACT

Il superamento del regime monopolistico vigente nel mercato delle comunicazioni elettroniche ha portato alla ribalta il problema relativo all'interazione fra diritto *antitrust* e regolazione di settore.

Si tratta di un problema estremamente interessante – in quanto può essere indagato non solo dal punto di vista giuridico, ma anche dal punto di vista economico e ingegneristico – ma allo stesso tempo complesso visto che, da un lato, la regolamentazione settoriale è oramai caratterizzata da un modello di intervento sempre più allineato alle metodologie *antitrust* sotto il profilo dei fini, strumenti e modalità di azione; dall'altro, il diritto della concorrenza è stato applicato sempre più spesso in funzione regolatoria.

Questo lavoro si sostanzia in un'indagine sui diversi ambiti di competenza e sugli strumenti utilizzati dalle due discipline nonché sui principi che potrebbero prevenire o risolvere le ipotesi di conflitto. Si tratta di una ricerca che interessa perlomeno due piani: (i) sul piano normativo sono coinvolte norme europee, norme nazionali, atti amministrativi generali e provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti; (ii) sul piano istituzionale si rende necessaria l'individuazione degli strumenti di raccordo procedurale tra autorità di settore e tra le autorità nazionali e la Commissione europea.

I problemi suddetti sono affrontati sia in termini generali sia con riguardo ad un settore specifico e, nella specie, quello delle comunicazioni elettroniche la cui disciplina ha sempre rivestito una valenza paradigmatica per le caratteristiche del mercato (in cui è presente un operatore verticalmente integrato, proprietario dell'infrastruttura essenziale e dotato di un significativo potere di mercato), per la sua continua evoluzione tecnologica che crea sfide sempre nuove nonché per il suo ruolo dal punto di vista sociale e democratico.

A Francesco, alla mia e alla sua famiglia che, come angeli custodi, mi hanno presa in braccio quando non avevo la forza di camminare da sola.

INDICE

Introduzione		9
Capitolo I: Diritto della concorrenza e regolazione: diversità, complementarità o convergenza?		
1.1	Fallimenti di mercato e intervento pubblico: il diritto della concorrenza e la regolazione	14
1.2	La relazione fra diritto della concorrenza e regolazione: impostazione del problema	20
1.3	Teoria della diversità	21
1.4	Teoria della complementarità	26
1.5	Progressiva convergenza?	28
1.5.1	<i>La regolazione del mercato fondata sui principi antitrust</i>	29
1.5.2	<i>L'utilizzo del diritto antitrust in funzione regolatoria</i>	34
Capitolo II: Conflittualità e convergenza nella regolazione delle comunicazioni elettroniche		
2.1	Le caratteristiche del mercato	57
2.2	Alcune considerazioni generali sul processo di apertura del mercato in esame in Europa	62
2.3	Le principali tappe della liberalizzazione	66
2.4	Un esempio di iniziale disallineamento e successiva convergenza: le asimmetrie tariffarie nei servizi di terminazione	75
2.5	Completa sovrapposizione: la regolamentazione dell'accesso	82
2.5.1	<i>La sintonia nei presupposti dell'intervento regolamentare</i>	83
2.5.2	<i>La sintonia nei rimedi</i>	85
2.5.3	<i>La sintonia nelle finalità sanzionatorie</i>	95

Capitolo III: Interferenza fra concorrenza e regolazione delle comunicazioni elettroniche nella prassi *antitrust*

3.1	L'applicazione del diritto della concorrenza nei mercati regolati: principi generali generali	99
3.1.1	<i>Come affrontare un problema competitivo in un mercato regolato: approcci concettuali e criteri risolutivi</i>	102
3.2	Il problema dell'interazione tra regolazione e <i>antitrust</i> nel diritto dell'Unione europea	110
3.2.1	<i>Aspetti generali</i>	111
3.2.2	<i>La dimensione costituzionale</i>	114
3.2.3	<i>La c.d. State action defense</i>	116
3.3	La prassi <i>antitrust</i> nazionale ed europea	123
3.3.1	<i>Analisi</i>	127
3.3.1.1	<i>A livello europeo</i>	127
3.3.1.2	<i>A livello nazionale</i>	131
3.3.2	<i>Critica</i>	136
3.3.2.1	<i>Problematiche connesse all'applicazione della teoria delle complementarietà</i>	137
3.3.2.2	<i>La teoria della complementarietà e le particolarità dei casi di specie</i>	140

Capitolo IV: Ipotesi per una soluzione del problema

4.1	Il piano dei principi	147
4.1.1	<i>L'applicazione concorrente delle due discipline e la possibile violazione di principi generali dell'ordinamento giuridico</i>	149
4.1.2	<i>Individuazione di possibili strumenti di contemperamento</i>	158
4.1.3	<i>Considerazioni finali</i>	162
4.2	Il piano istituzionale e procedimentale	165

4.2.1	<i>Il modello inglese: pro e contra</i>	168
4.2.2	<i>Meccanismi di cooperazione verticale e orizzontale</i>	170
	4.2.2.1 <i>L'art. 7 della Direttiva Quadro</i>	172
	4.2.2.2 <i>I protocolli di intesa tra AGCM e AgCom</i>	176
	4.2.2.3 <i>Possibili (e ulteriori) strumenti di cooperazione informale</i>	179
	Conclusioni	182
	Bibliografia	185

INTRODUZIONE

La liberalizzazione del settore delle comunicazioni elettroniche ha avuto inizio negli anni '80¹, quando la Commissione europea, prendendo a riferimento l'esperienza compiuta negli Stati Uniti e in Giappone, cominciò a mettere in discussione il regime monopolistico sino ad allora vigente.

Come vedremo nel corso di questo lavoro², l'esecutivo europeo, per aprire il mercato, ha impiegato uno strumento alquanto particolare visto che ha fatto ricorso all'art. 106 TFUE (ex art. 86 CE), che era in realtà utilizzato proprio per legittimare i monopoli pubblici nazionali. La Commissione europea ha, al contrario, sostenuto che tale norma le conferisse una specifica potestà legislativa in materia.

Nonostante l'iniziale l'opposizione degli Stati membri, questa interpretazione innovativa ha ricevuto l'avallo della Corte di Giustizia dell'Unione europea che ha sancito l'applicabilità del diritto *antitrust* anche alle imprese pubbliche operanti nei settori di pubblica utilità, e ha chiarito il ruolo della Commissione che, in tale ambito, ha il potere di rivolgere agli Stati membri decisioni individuali o direttive generali a supporto del processo di liberalizzazione³.

Dopo la legittimazione dei giudici europei, l'esecutivo europeo ha proseguito nella sua opera di progressiva apertura alla concorrenza di altri settori economici.

¹ Nel presente lavoro verrà spesso utilizzata la locuzione “comunicazione elettronica” che coincide con quella di telecomunicazione e di trasmissione dei segnali nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva (cfr. art. 1, comma 1, lett. gg), D.Lgs. n. 259/2003, come novellato dal D. Lgs. n. 70/2012). La definizione di servizio di comunicazione elettronica è presente all'art. 2 della Direttiva n. 2002/21/CE, secondo cui deve trattarsi di un servizio (i) normalmente erogato a pagamento; (ii) che consiste, in parte o in tutto, nella trasmissione di segnali; e (iii) che non consiste nella fornitura di contenuti o che esercitano un controllo editoriale sui contenuti. Come nota il *forum* dei regolatori europei di settore (*Body of European Regulators for Electronic Communications*, “BEREC”) nel recente *Report on OTT services* di gennaio 2016 (BoR(16)35), tale definizione è sufficientemente lasca al punto da consentire interpretazioni diverse a livello nazionale.

² V. *infra*, Cap. 2, par. 2.2.

³ Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenze 20 marzo 1985, causa 41/83, *Repubblica italiana/Commissione*, in Racc. 1985, 873, 19 marzo 1991, causa C-202/88, in Racc. 1991, I-1223, e 17 novembre 1992, cause riunite C-271/90, C-281/90, e C-289/90, in Racc. 1992, I-5833.

Mentre, nella fase iniziale, sono stati messi in luce unicamente gli aspetti positivi di questo importante processo volto alla instaurazione di un regime concorrenziale in settori caratterizzati dalla presenza di un monopolio legale, successivamente sono emerse una serie di problematiche.

In prima istanza, ci si è resi conto che il superamento del monopolio legale non era di per sé sufficiente a ottenere una reale apertura del mercato, in quanto il gestore storico era spesso proprietario dell'infrastruttura necessaria per erogare il servizio e detentore di una posizione di dominanza⁴. È stato quindi necessario accompagnare l'avvio di tale processo con un intervento regolamentare che garantisse un'effettiva concorrenza nel mercato liberalizzato (si pensi, ad esempio, alla regolamentazione dell'accesso alle infrastrutture essenziali o alle regole previste per ridurre il potere di mercato degli *ex incumbent*)⁵.

La sua importanza è emersa particolarmente nel settore delle comunicazioni elettroniche che, come vedremo⁶, presenta una strutturale asimmetria tra gli operatori, accresciuta dai c.d. *network effects*⁷.

In seconda istanza, l'apertura dei mercati e l'ingresso dei nuovi entranti ha fatto sorgere la questione relativa alla necessità di assicurare la sicurezza e l'universalità del servizio (e quindi la sua generale accessibilità economica e geografica). Anche da questo punto di vista, il normale dispiegarsi delle forze di mercato non sarebbe stato in grado di garantire il conseguimento di obiettivi quali la fornitura del servizio sull'intero territorio nazionale (anche nelle aree economicamente meno profittevoli) e a prezzi accessibili per tutti gli utenti.

Per questo motivo, il processo di liberalizzazione del settore ha comportato l'introduzione della c.d. regolazione sociale⁸.

Da ciò discende che, perlomeno nella prima fase della liberalizzazione, l'apertura del mercato ha portato con sé un articolato pacchetto regolatorio e ha attribuito ai regolatori un ampio margine di azione⁹.

⁴ S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, 2004, p. 90.

⁵ Sul tema della regolazione economica nella prima fase della liberalizzazione cfr. per tutti S. CASSESE, *Regolazione e Concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, 2000, p. 10 ss.

⁶ V. *infra*, Cap. 2, par. 2.1.

⁷ Sul punto cfr. M. LIBERTINI, *Una disciplina antitrust speciale per le comunicazioni elettroniche*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2003, p. 910 ss.

⁸ Cfr. M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, 1998, p. 181 ss.

In terza istanza, si è posto il problema relativo alla inevitabile interazione fra regolazione e *antitrust*¹⁰. Si tratta di un tema affascinante ma anche estremamente complesso in quanto, come vedremo¹¹, la regolazione utilizza non di rado strumenti propri della disciplina *antitrust* e, allo stesso tempo, non tende a sostituirsi alla disciplina a tutela della concorrenza ma ad affiancarsi ad essa¹².

Inoltre, sebbene, perlomeno in linea di principio, la disciplina di settore dovrebbe rivestire carattere transitorio (come confermato anche nel *framework* normativo del 2009, che specifica che, non appena il mercato dovesse divenire concorrenziale, la regolamentazione dovrebbe ritirarsi e lasciare il passo all'applicazione del diritto *antitrust*¹³), di fatto, negli anni si è assistito a una progressiva estensione degli obiettivi regolamentari, in modo particolare di quelli di politica industriale e consumeristica (ad esempio, si pensi a quelli che promuovono le reti di nuova generazione).

Esemplificativa di questa tendenza è l'introduzione, nella novella del 2009, di poteri molto più incisivi per le autorità di settore nazionali e di rimedi particolarmente onerosi a carico dei gestori storici (si pensi alla separazione funzionale). Desta particolare interesse, peraltro, il fatto che il *forum* europeo dei regolatori, nel documento che riassume gli obiettivi strategici fissati per gli anni 2015-2017, riconosca l'importanza dei *remedies* simmetrici (applicabili, quindi, a tutti gli operatori indipendentemente dalla posizione detenuta sul mercato) per conseguire l'obiettivo di promozione della concorrenza e degli investimenti¹⁴.

Alla luce di questo quadro, occorre prestare attenzione ai pericoli che si nascondono dietro un approccio che riconosce alla regolazione una funzione finalistica tesa a influenzare l'attività degli operatori economici con misure di programmazione e di indirizzo. In altre

⁹ S. CASSESE, *Regolazione e Concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, 2000, p. 16.

¹⁰ Cfr. M. CLARICH, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2004, p. 15 ss.

¹¹ V. *infra*, Cap. 1, par. 1.5.1.

¹² Cfr., R. PARDOLESI, A. PALMIERI, *Sull'interfaccia (problematica) fra regolazione economica e disciplina della concorrenza*, in *Il Foro Italiano*, 3 (2012), p. 493 ss., S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2 (2002), p. 265 ss.

¹³ V. *infra*, Cap. 2, par. 2.2.

¹⁴ Cfr. BEREC, *BEREC Strategy 2015-2017*, BoR(14)182, 4 dicembre 2014, p. 8, disponibile http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/annual_work_programmes/4785-berec-strategy-2015-2017 on-line all'indirizzo

parole, siamo sicuri che, stante l'attuale livello di concorrenza nel mercato e considerati tutti gli sforzi compiuti per liberalizzarlo, sia ancora necessario orientarlo con strumenti così invasivi?

Inoltre, in un contesto di liberalizzazione ormai sostanzialmente raggiunta, non bisogna trascurare di indagare le ragioni che renderebbero un intervento eccessivamente costoso alla luce dei benefici che potrebbe arrecare al corretto funzionamento del mercato nonché, in ultima istanza, agli utenti.

L'analisi della interazione fra regolazione di settore e diritto della concorrenza, che rappresenta l'oggetto principale del presente lavoro, implica quindi un'indagine sui diversi ambiti di competenza delle due discipline, sugli strumenti propri delle norme *antitrust* spesso (ma non sempre) coincidenti con quelli della normativa di settore, sui principi che potrebbero prevenire o risolvere le ipotesi di conflitto.

Questa ricerca interessa perlomeno due piani tra loro strettamente connessi.

Sul piano normativo, sono coinvolte norme primarie nazionali ed europee, norme secondarie europee (essenzialmente le direttive e le raccomandazioni della Commissione), disposizioni nazionali spesso attuazione di fonti normative europee, atti amministrativi generali e provvedimenti sanzionatori adottati dall'autorità di concorrenza o dall'autorità di settore.

Sul piano istituzionale, emerge la necessità di considerare gli strumenti di raccordo di tipo procedurale che possano mitigare le possibili contrapposizioni tra autorità di concorrenza e autorità di settore, per un verso (strumenti di cooperazione orizzontale) e tra la Commissione europea e le autorità nazionali, per altro verso (meccanismi di cooperazione orizzontale).

Per approfondire le suddette questioni, il settore delle comunicazioni elettroniche rappresenta un angolo visuale molto interessante per le caratteristiche del mercato (in cui è presente un operatore verticalmente integrato, proprietario dell'infrastruttura essenziale e dotato di un significativo potere di mercato), per la sua continua evoluzione tecnologica che crea sfide sempre nuove nonché per il suo ruolo dal punto di vista sociale e democratico.

In termini molto ampi, questo lavoro si dedica alla disamina dei problemi appena illustrati.

In particolare:

- i. il Capitolo 1, dopo aver individuato e definito separatamente il diritto della concorrenza e le regolamentazione di settore, ne analizza le possibili interazioni, ponendo l'accento sulle teorie elaborate dalla dottrina al riguardo (*i.e.* la teoria della diversità e la teoria della complementarità) e tentando di proporre un approccio che, lontano da visioni nette e categoriche, provi a cogliere fenomeni di progressiva ibridazione e convergenza fra i due strumenti;
- ii. il Capitolo 2, dopo aver individuato le caratteristiche ingegneristiche, economiche, giuridiche e storiche del settore delle comunicazioni elettroniche, affronta il tema del difficile rapporto fra regolamentazione e concorrenza all'interno della stessa attività regolamentare a causa delle tensioni fra finalità pro-concorrenziali e finalità diverse e ulteriori. Si analizzerà quindi un caso di iniziale disallineamento e successiva convergenza fra i due strumenti (la disciplina delle tariffe nei servizi di terminazione) e un'ipotesi di perfetta coincidenza fra il diritto regolamentare e quello della concorrenza sia sotto il profilo dei presupposti dell'intervento, sia sotto il profilo delle metodologie utilizzate e delle finalità perseguite (la regolamentazione dell'accesso);
- iii. il Capitolo 3 affronta la problematica dell'applicazione del diritto *antitrust* nel mercato oggetto di analisi, alla luce della prassi e della giurisprudenza nazionale ed europea, considerando sia i profili di integrazione sia quelli di eventuale conflitto fra le due tipologie di interventi;
- iv. il Capitolo 4, partendo dalla constatazione che non esiste ancora una formula risolutiva che consenta di superare l'*impasse*, tenta di individuare gli strumenti interpretativi e procedurali che possano mitigare questo stato di incertezza, che potrebbe essere nocivo per il mercato e per i suoi attori.

Capitolo 1

DIRITTO DELLA CONCORRENZA E REGOLAZIONE: DIVERSITÀ, COMPLEMENTARIETÀ O CONVERGENZA?

SOMMARIO: 1.1 Fallimenti di mercato e intervento pubblico: il diritto della concorrenza e la regolazione – 1.2 La relazione fra diritto della concorrenza e regolazione: impostazione del problema – 1.3 Teoria della diversità – 1.4 Teoria della complementarietà – 1.5 Progressiva convergenza? 1.5.1 La regolazione del mercato fondata sui principi *antitrust* 1.5.2 L'utilizzo del diritto *antitrust* in funzione regolatoria

1.1 Fallimenti di mercato e intervento pubblico: il diritto della concorrenza e la regolazione

Il diritto della concorrenza e la regolazione costituiscono forme di supervisione e controllo del meccanismo di mercato. Per poterne cogliere l'utilità e le eventuali differenze occorre dunque partire dall'analisi del mercato e del suo funzionamento.

In base alla teoria neoclassica¹⁵, in un sistema di mercato, le imprese producono beni o servizi e mirano alla massimizzazione del profitto e della produzione con una combinazione di fattori produttivi che minimizzi i costi totali. Ciascuna impresa pratica un prezzo che è il risultato dell'incontro fra la curva di domanda e la curva dell'offerta: in particolare, la domanda aumenta quando il prezzo diminuisce, mentre l'offerta cresce se il prezzo aumenta. Allo stesso modo, a livello macroeconomico, in un mercato competitivo, la condizione di equilibrio di mercato (o *market clearing*) è data dal prezzo di equilibrio, cioè il prezzo che

¹⁵ Sebbene la teoria neoclassica sia stata più volte criticata, è trattata in questo lavoro perché costituisce il punto di partenza per poter spiegare i fallimenti di mercato e per la discussione in merito al ruolo dell'intervento pubblico nell'economia, sotto forma di diritto della concorrenza o regolazione. Per una critica recente alla teoria neoclassica, v., *inter alia*, M. ARMSTRONG, H. STEFFEN, *Behavioral Economics as Applied to Firms: A Primer*, in *Competition Policy International*, 6 (1) (2010), disponibile *on-line* all'indirizzo <http://else.econ.ucl.ac.uk/papers/uploaded/359.pdf> (consultato l'8 luglio 2016), J. MIXON, *Neoclassical Economics and the Erosion of Middle-Class Values: An Explanation for Economic Collapse*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 24 (2010), p. 327 ss., disponibile *on-line* all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1681159 (consultato l'8 luglio 2016).

deriva dall'intersezione fra la domanda e l'offerta di mercato¹⁶. Per poter raggiungere tale condizione di equilibrio, che determina la più efficiente allocazione delle risorse di una società, devono ricorrere una serie di condizioni: la presenza di attori razionali e che abbiano delle preferenze stabili; il possesso, da parte di tali attori, di informazioni sufficienti per poter assumere decisioni razionali (o, detto altrimenti, l'assenza di asimmetrie informative); l'assenza di esternalità; l'assenza di beni pubblici; l'assenza di rendimenti di scala crescenti (e, quindi, l'assenza delle condizioni di monopolio naturale). Nel caso in cui una di queste assunzioni non sia rispettata – situazione che si verifica piuttosto di frequente visto che molte delle ipotesi menzionate sono irrealistiche – il meccanismo di mercato non è in grado di garantire un'efficiente (o la più efficiente) allocazione delle risorse e siamo in presenza di un “fallimento di mercato”¹⁷. Detto altrimenti, l'espressione “fallimento di mercato” allude a quei casi in cui il mercato non è in grado di determinare un'efficiente allocazione delle risorse a causa della presenza di ostacoli che impediscono lo sviluppo della dinamica concorrenziale all'interno del mercato.

I sostenitori della teoria neoclassica ritengono che lo Stato debba astenersi da qualsiasi forma di intervento nell'economia in quanto il mercato sarebbe in grado di regolarsi da sé e di raggiungere quella condizione di equilibrio che massimizza la ricchezza di tutti gli attori. Tuttavia, in presenza di un fallimento di mercato, si verifica una situazione subottimale che può essere superata solo tramite un intervento pubblico volto alla riallocazione delle risorse e consistente nel controllare il funzionamento del mercato attraverso meccanismi *lato sensu* regolatori che proibiscono (tramite il diritto della concorrenza) o, al contrario, impongono (mediante la regolazione di settore) determinati comportamenti¹⁸.

In particolare, il diritto della concorrenza vieta agli operatori economici una serie di condotte con la finalità di impedire l'illegittima acquisizione del potere di mercato o di controllarne l'esercizio. Per comprendere come opera il diritto della concorrenza nel mercato, occorre quindi analizzare le teorie della concorrenza e del monopolio.

¹⁶ J. VICKERS, *Concepts of Competition*, in *Oxford Economic Papers*, 47 (1995), p. 1, P. C. CARSTENSEN, *Antitrust Law and the Paradigm of Industrial Organization*, in *UC Davis Law Review*, 16 (1983), pp. 494-497.

¹⁷ A. OGUS, *Regulation. Legal form and economic theory*, Clarendon Press, 1994, pp. 23-26, 30.

¹⁸ R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding Regulation*, Oxford University Press, 2011, p. 15, R. H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3 (1960), p. 1 ss.

La concorrenza perfetta è quella forma di mercato in cui le imprese non hanno il potere di fissare il prezzo (e sono, perciò, *price taker*) né hanno la possibilità di influenzare le preferenze dei consumatori; i prodotti sono omogenei; c'è totale trasparenza del mercato; i capitali sono perfettamente mobili; non ci sono barriere all'entrata o all'uscita; la domanda è perfettamente elastica e coincide con il prezzo stabilito dal mercato. All'interno del mercato, le imprese sono libere di determinare solo la quantità offerta e, per massimizzare il profitto, dovranno produrre una quantità di beni tale che, a quel livello, il ricavo marginale (ovvero il ricavo ottenuto vendendo l'ultima unità di bene) eguaglia il costo marginale (ovvero il costo sopportato per produrre l'ultima unità)¹⁹. Al contrario, il monopolio è quella forma di mercato in cui un solo imprenditore è chiamato a soddisfare una curva di domanda avente un'inclinazione negativa (cosicché la quantità domandata dal mercato aumenta al diminuire del prezzo). La massimizzazione del profitto si realizza quando il monopolista produce la quantità di bene che gli garantisce il ricavo marginale uguale al costo marginale. Il monopolista impone, pertanto, un prezzo di equilibrio che è superiore al costo marginale creando una situazione che non è pareto-efficiente²⁰.

Tuttavia, il monopolio non è un fenomeno negativo in assoluto. Infatti, per un verso, quando la priorità è costituita dall'efficienza dinamica, il monopolio potrebbe essere la forma di mercato da preferire. La relazione tra concentrazione monopolistica del mercato e livello di innovazione nello stesso è stata oggetto di acceso dibattito fra gli economisti²¹. Schumpeter e i suoi seguaci ritengono che la concentrazione del mercato favorisca l'innovazione in quanto le imprese di grandi dimensioni, godendo di extraprofitti, innovano più di quelle più piccole²². Al contrario, Arrow considera che le imprese che già beneficiano di profitti monopolistici abbiano meno incentivi a innovare rispetto a quelle che subiscono la pressione concorrenziale

¹⁹ E. GELHORN, *An Introduction to Antitrust Economics*, in *Duke Law Journal*, 2 (1975), pp. 24-25, 29, disponibile *on-line* all'indirizzo <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2512&context=dlj> (consultato l'8 luglio 2016).

²⁰ E. GELHORN, *An Introduction to Antitrust Economics*, in *Duke Law Journal*, 2 (1975), pp. 29-35, disponibile *on-line* all'indirizzo <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2512&context=dlj> (consultato l'8 luglio 2016).

²¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *Roundtable on Competition, Patents and Innovation*, DAF/COMP(2007)40, Parigi, pp. 42-52, disponibile *on-line* all'indirizzo <https://www.oecd.org/competition/abuse/39888509.pdf> (consultato l'11 luglio 2016).

²² J. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Etas libri, Milano, 2001.

e potrebbero essere motivate dall'obiettivo di ottenere rendimenti più elevati²³. Studi empirici dimostrano che l'innovazione è maggiore nei mercati moderatamente competitivi quindi sebbene il diritto *antitrust* possa rafforzare la concorrenza in mercati concentrati, in particolare favorendo l'ingresso di nuovi entranti e concorrenti dell'impresa monopolista, non è detto che ciò migliori il benessere sociale²⁴.

Inoltre, ci sono dei mercati in cui una situazione di concorrenza perfetta sarebbe dannosa. Si tratta dei c.d. "monopoli naturali" caratterizzati da economie di scala nella produzione o rendimenti crescenti. Tali condizioni di mercato rendono preferibile l'esistenza di una sola grande impresa in posizione di monopolio in quanto è in grado di produrre a costi inferiori rispetto a un insieme di piccole imprese²⁵.

Vi è infine una forma di mercato "intermedia" tra la concorrenza e il monopolio, vale a dire l'oligopolio o la concorrenza monopolistica. L'oligopolio ricorre in mercati concentrati con poche imprese, ciascuna delle quali è in un rapporto di interdipendenza con le altre. L'oligopolio è particolarmente problematico per il diritto della concorrenza in quanto la condotta delle imprese che operano in tale forma di mercato spesso non è sanzionabile né come intesa restrittiva né come condotta unilaterale abusiva, e tuttavia impedisce di ottenere i vantaggi che deriverebbero da un mercato competitivo²⁶.

Quanto alle finalità, lo scopo della normativa *antitrust* è mantenere sul mercato un livello di tensione concorrenziale (effettiva e potenziale) adeguato²⁷, evitando che esso venga artificialmente sostituito o alterato da fenomeni di collusione tra imprese²⁸. In tale sistema, gli

²³ K. J. ARROW, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in R. NELSON (a cura di), *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton University Press, 1962, p. 609 ss., disponibile *on-line* all'indirizzo <http://www.nber.org/chapters/c2144.pdf> (consultato l'11 luglio 2016).

²⁴ OECD, *Roundtable on Competition, Patents and Innovation*, DAF/COMP(2007)40, Parigi, pp. 46-47, disponibile *on-line* all'indirizzo <https://www.oecd.org/competition/abuse/39888509.pdf> (consultato l'11 luglio 2016).

²⁵ M. MOTTA., *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, pp. 361-363.

²⁶ E. GELHORN, *An Introduction to Antitrust Economics*, in *Duke Law Journal*, 2 (1975), p. 38, disponibile *on-line* all'indirizzo <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2512&context=dlj> (consultato l'8 luglio 2016).

²⁷ Si parla, al riguardo, di *workable competition*.

²⁸ E. M. FOX, *The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, in *Cornell Law Review*, 66 (1981), pp. 1169-1170, E. GELHORN, *An Introduction to Antitrust Economics*, in *Duke Law Journal*, 2 (1975), p. 22, disponibile *on-line* all'indirizzo

operatori economici, al fine di preservare o incrementare il proprio profitto, sono spinti verso la massimizzazione della propria efficienza. Ciò si traduce in una riduzione dei prezzi e nel miglioramento della qualità dei prodotti e dei servizi offerti. Allo stesso tempo, le imprese che non sono in grado di fronteggiare il mercato sono progressivamente “espunte” dallo stesso. Contrariamente a quanto si potrebbe pensare, le regole di concorrenza non sono finalizzate a garantire un’assoluta libertà di azione. Al contrario, esse interferiscono con tale libertà, e la limitano, così da impedire che gli operatori economici possano adottare comportamenti lesivi delle dinamiche concorrenziali. L’intento è porre degli argini al libero mercato, e prevenire le deviazioni anticoncorrenziali di quest’ultimo.

La regolazione può essere intesa come ogni intervento pubblico per controllare, dirigere o governare i comportamenti dei soggetti pubblici e privati. Questa nozione è tuttavia troppo ampia e poco utile ai nostri fini perché non ci consente di cogliere la linea di demarcazione (più o meno netta) col diritto della concorrenza. Occorre quindi elaborare una nozione più ristretta, che intenda la regolazione come una forma di intervento dello Stato per porre rimedio ai fallimenti del mercato. In tale ambito, è quindi possibile distinguere tra regolazione economica e regolazione sociale. La regolazione economica potrebbe essere intesa come il “*controllo continuo e concentrato che realizzano le autorità pubbliche sul mercato, attraverso l'imposizione di obbligazioni giuridiche ai privati con lo scopo di garantire l'adattamento del funzionamento del mercato agli obiettivi di interesse generale*”²⁹. La regolazione sociale comporta invece la determinazione di standard in materia di ambiente, salute, sicurezza e protezione dei consumatori. Sebbene assumano caratteri differenti, le due tipologie di regolazione sono accomunate dall’obiettivo di correggere fallimenti di mercato: la regolazione economica rappresenta uno strumento sostitutivo – o come vedremo nel prosieguo, spesso complementare – del diritto *antitrust* nei mercati che presentano delle tendenze monopolistiche; la regolazione sociale, invece, corregge le asimmetrie informative

<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2512&context=dlj>
(consultato l’8 luglio 2016).

²⁹ M. DABBAH, *The relationship between competition authorities and sector regulators*, in *Cambridge Law Journal*, 70(1) (2011), p. 114, J. J. MONTERO, *L’intervento pubblico nelle telecomunicazioni. Antitrust v. regolazione?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 13(2) (2003), p. 430. Un concetto simile è espresso in F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, Giappichelli, 2014, p. 7 ss.

fra individui e imprese nonché le esternalità³⁰. Ai nostri fini, è certamente di interesse approfondire il concetto di regolazione economica visti i rari casi di utilizzo dell'armamentario *antitrust* per correggere difetti di mercato che appartengono alla "competenza" della regolazione sociale.

La maggior parte della dottrina fa coincidere la regolazione economica con la regolazione delle *public utilities* che ha quattro caratteristiche fondamentali: fissazione delle tariffe, prescrizioni in materia di qualità e condizioni di servizio, obblighi di servizio universale³¹. Inoltre, la regolazione economica, al contrario del diritto della concorrenza, interviene in settori specifici e prescrive comportamenti piuttosto che vietare ampie categorie di condotte. Ciò non toglie che vi possano essere delle alterazioni del mercato che, da un lato, giustificano un intervento regolatorio, dall'altro, potrebbero dare luogo a condotte anticompetitive e, pertanto, richiedere l'intervento delle autorità di concorrenza³². È quindi chiaro che non è sempre facile distinguere fra le giustificazioni alla base delle tue tipologie di interventi³³.

Per comprendere a fondo il concetto di regolazione – anche in un'ottica di differenziazione rispetto al diritto della concorrenza – è opportuno analizzarne le finalità. Si afferma generalmente che lo scopo principe della regolazione è correggere le inefficienze del mercato. In realtà, è possibile distinguere fra un fondamento economico che mira a massimizzare l'efficienza economica e un fondamento sociale che punta a evitare ingiustificate differenze nella distribuzione della ricchezza e delle opportunità³⁴. Occorre sottolineare che la differenza tra fondamento economico e fondamento sociale della regolazione non coincide necessariamente con la differenza tra regolazione economica e regolazione sociale prima delineata. Infatti, la regolazione può perseguire dei valori sociali

³⁰ A. OGUS, *Regulation. Legal form and economic theory*, Clarendon Press, 1994, pp. 4-5. Sulle differenze tra i due tipi di regolazione v. anche G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, 2001, p. 647 ss., S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, 2000, p. 13 ss.

³¹ A. E. KAHN, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, The MIT Press, 1988, p. 3.

³² Per una analisi approfondita delle differenze fra *antitrust* e regolazione v. *infra* par. 1.3.

³³ Inoltre, come vedremo in seguito, è evidente un processo di ibridazione e convergenza fra i due strumenti. V. *infra*, par. 1.5 ss.

³⁴ R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding Regulation*, Oxford University Press, 2011, pp. 15-23.

anche quando affronta un problema economico come accade nel caso della regolazione di un monopolio naturale. Per esempio, gli obblighi di servizio universale impongono di offrire servizi aventi una qualità specifica e a prezzo abbordabile a tutti gli utenti nel loro territorio, indipendentemente dalla loro posizione geografica e dalla loro ricchezza relativa³⁵.

In sintesi, la regolazione economica può essere intesa come un “cluster concept” composto da una serie di elementi, ciascuno dei quali non può, di per sé, considerarsi essenziale³⁶. Tali elementi sono: (i) il ruolo centrale dello Stato; (ii) la natura positiva delle obbligazioni; (iii) il carattere settoriale; (iv) la natura coercitiva, in contrapposizione all’auto-regolazione; (v) l’uso della regolazione per correggere i fallimenti del mercato.

1.2 La relazione tra diritto della concorrenza e regolazione: impostazione del problema

Il diritto della concorrenza e la regolazione settoriale rappresentano due strumenti limitativi del naturale dispiegarsi delle forze di mercato in quanto entrambi comportano un intervento dello Stato volto a correggere alcune forme di alterazione dello stesso. Sebbene questo sia un evidente punto di contatto, occorre indagare se e in che misura siano sovrapponibili. Emergono, sotto questo profilo, due diversi orientamenti: da un lato, quello che mette in rilievo la diversità dei due strumenti di controllo e supervisione del mercato (teoria della diversità); dall’altro, quello che considera il diritto della concorrenza e la regolazione come due espressioni dello stesso fenomeno, vale a dire l’intervento pubblico nell’economia (teoria della complementarietà).

L’adesione all’una o all’altra impostazione non è di poco conto in quanto presenta dei risvolti sia sul piano teorico (e, in particolare, quello della concettualizzazione delle nozioni di diritto della concorrenza e regolazione settoriale) sia sul piano pratico.

Di seguito analizzeremo nel dettaglio i due citati orientamenti e daremo voce ad un nuovo approccio, che pian piano inizia a farsi strada in dottrina, e che prende le mosse da due

³⁵ V. R. O’DONOGHUE, J. A. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, p. 46.

³⁶ J. BLACK, *Decentring Regulating: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in the Post-Regulatory World*, in *Current Legal Problems*, 54(1) (2001), p. 141.

tendenze di fondo del sistema, vale a dire l'utilizzo del diritto *antitrust* in chiave regolatoria e lo sviluppo di un modello di intervento regolamentare ispirato alle metodologie *antitrust*.

1.3 Teoria della diversità

Secondo un primo orientamento, il rapporto tra diritto della concorrenza e regolazione deve essere costruito in termini di alternatività³⁷. La distinzione fondamentale fra i due strumenti risiede nel fatto che mentre il diritto della concorrenza interviene *nel* mercato, per migliorarne il funzionamento, la regolazione opera *al di fuori* di esso, per correggerne quei difetti di funzionamento particolarmente gravi che l'approccio casistico proprio dell'*antitrust* non sarebbe in grado di curare³⁸.

Pertanto, il diritto della concorrenza, vietando lo sfruttamento abusivo della posizione dominante e altre condotte anticompetitive degli operatori privati, mira a rafforzare la competitività del mercato. Un'azione mirata e poliziesca da parte delle autorità di concorrenza contro tali condotte migliora infatti il funzionamento complessivo del mercato e garantisce il rispetto, da parte di tutti, delle regole del gioco³⁹. La regolazione, al contrario, presuppone che il libero mercato, pur soggetto al controllo delle autorità di concorrenza, non possa funzionare e sia quindi indispensabile un intervento pubblico più intrusivo, giustificato proprio dal fatto che la malattia da curare sia particolarmente grave⁴⁰.

³⁷ L. LOEVINGER, *Regulation and Competition as Alternatives*, in *Antitrust Bulletin*, 11 (1966), p. 101 ss.

³⁸ A. OGUS, *Regulation. Legal form and economic theory*, Clarendon Press, 1994, p. 30.

³⁹ H. HOVENKAMP, *Post-Chicago Antitrust: A Review And Critique*, in *Columbia Business Law Review*, (2001), pp. 293-294, A. E. KAHN, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, The MIT Press, 1988, pp. 114-115 secondo il quale, in un mercato animato dalla pressione competitiva, lo Stato può intervenire solo per migliorarne il funzionamento sanzionando le condotte anticompetitive. Al contrario, l'intervento pubblico di carattere regolatorio si sostituisce alla concorrenza, diviene il principale strumento di organizzazione dell'attività economica e limita la libertà di azione delle imprese che non subiscono più la pressione derivante dal processo competitivo.

⁴⁰ S. G. BREYER, *Antitrust, Deregulation and the Newly Liberated Marketplace*, in *California Law Review*, 75(3) (1987), pp. 1006-7, e ID., *Regulation and its Reform*, Harvard University Press, 1982, pp. 157-161. In particolare, l'A. distingue fra mercati non regolati e mercati regolati. Mentre i mercati non regolati lasciano spazio all'intervento del diritto *antitrust* che mira a renderli competitivi, la regolazione, al fine di correggere i fallimenti di mercato, sostituisce la dinamica del mercato con una

A sostegno di tale teoria, sono menzionati perlomeno quattro elementi distintivi fra *antitrust* e regolazione: (i) l'ambito di applicazione; (ii) il momento dell'intervento, (iii) il ruolo dei principi di efficienza e giustizia distributiva, (iv) la natura degli obblighi giuridici imposti.

I. *L'ambito di applicazione*. In primo luogo, il diritto della concorrenza si applica in modo orizzontale a tutti i settori. La regolazione, al contrario, è applicata su base settoriale, in genere per correggere i fallimenti registrati in alcuni mercati⁴¹. Questo carattere distintivo comporta due ordini di conseguenze. In prima istanza, la regolazione dettata per un determinato settore (per esempio quello delle telecomunicazioni) non incide sulla struttura e il funzionamento di altri mercati (per esempio quello dell'energia). In seconda istanza, le autorità *antitrust* hanno un *expertise* nel diritto della concorrenza ed economia, mentre i regolatori sono in genere dotati di una conoscenza più approfondita del mercato su cui sono chiamati a intervenire⁴².

II. *Il momento dell'intervento*. Inoltre, la regolazione interviene *ex ante*, con funzione limitativa o conformativa della condotta delle imprese, mentre il diritto della concorrenza, ad eccezione della disciplina del controllo delle concentrazioni, è uno strumento utilizzato *ex post*, per correggere i problemi competitivi ed eventualmente sanzionare i comportamenti illeciti riscontrati⁴³.

serie di obblighi positivi e performativi. Detto altrimenti, l'applicazione del diritto della concorrenza presuppone che il mercato possa divenire competitivo tramite la rimozione degli impedimenti privati al suo corretto funzionamento. Tuttavia, quando questo assunto viene meno, diviene necessario un intervento pubblico che si ponga al di fuori del mercato, come la regolazione.

⁴¹ A. MANGANELLI, *Il principio di concorrenza fra antitrust e regolazione. Il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Concorrenza e mercato*, (2013), p. 281, J. J. MONTERO, *L'intervento pubblico nelle telecomunicazioni. Antitrust v. regolazione?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 13(2) (2003), p. 434, P. LAROUCHE, *Competition and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing, 2000, p. 401.

⁴² P. J. WEISER, *The Relationship of Antitrust and Regulation in a Deregulatory Era*, in *Antitrust Bulletin*, 50(4) (2005), pp. 558-559, P. LAROUCHE, *Competition and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing, 2000, pp. 401-402.

⁴³ *Ex plurimis*, A. MANGANELLI, *Il principio di concorrenza fra antitrust e regolazione. Il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Concorrenza e mercato*, (2013), p. 282, P. L. PARCU, *On the convergence of antitrust and regulation*, in *Concorrenza e mercato*, (2013), p. 323, J. C. LAGUNA DE PAZ, *Regulation and Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 33(2) (2012), p. 79, M. DABBAH, *The relationship between competition authorities and sector regulators*, in *Cambridge Law Journal*, 70(1)

In mercati fortemente dinamici, l'autorità di concorrenza interviene dunque quando la strategia anticompetitiva ha già sortito i suoi effetti a danno degli altri concorrenti e dei consumatori finali. Da ciò discende che mentre l'intervento *antitrust* è frammentario, quello regolatorio assume un carattere più sistematico in quanto, definendo con chiarezza le regole di condotta degli operatori economici, potrebbe eventualmente anche prevenire, piuttosto che semplicemente correggere, le alterazioni del mercato⁴⁴. L'intervento *ex ante* tutela maggiormente gli operatori nuovi entranti piuttosto che quelli che sono stati esclusi dal mercato a causa delle condotte illecite degli attori dominanti⁴⁵.

La distinzione fra diritto della concorrenza e regolazione fondata sul binomio *ex ante/ex post* è piuttosto discussa. Sul punto, si sottolinea come una delineazione più dettagliata delle regole *antitrust* attraverso lo sviluppo dei precedenti e l'emanazione, da parte delle autorità di concorrenza, di linee guida, orientamenti e altri simili strumenti di *soft law*, ha un effetto conformativo delle condotte delle imprese, paragonabile (sebbene non pienamente sovrapponibile) a quello prodotto dagli obblighi positivi dettati dalla regolamentazione di settore⁴⁶. Inoltre, la teoria economica suggerisce di considerare l'intervento regolatorio, più estensivo di quello *antitrust*, una sorta di *extrema ratio* cui ricorrere solo in mercati in cui siano presenti dei problemi competitivi particolarmente gravi. In questo senso, è piuttosto la

(2011), p. 115, M. HELLWIG, *Competition Policy and Sector-specific Regulation for Network Industries*, in X. VIVES (a cura di), *Competition Policy in the EU*, Oxford University Press, 2009, p. 212, J. TEMPLE LANG, *European Competition Policy and Regulation: Differences, Overlaps, and Constraints*, in F. LÉVÊQUE, H. SHELANSKI, *Antitrust and Regulation in the EU and US. Legal and Economic Perspectives*, Edward Elgar Pub, 2009, p. 31, J. J. MONTERO, *L'intervento pubblico nelle telecomunicazioni. Antitrust v. regolazione?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 13(2) (2003), p. 438, R. A. POSNER, *The Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, 2003, p. 383, A. OGUS, *Regulation. Legal form and economic theory*, Clarendon Press, 1994, p. 28.

⁴⁴ M. HELLWIG, *Competition Policy and Sector-specific Regulation for Network Industries*, in X. VIVES (a cura di), *Competition Policy in the EU*, Oxford University Press, 2009, pp. 212-215, D. GERADIN, R. O'DONOGHUE, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 1(2) (2005), p. 412.

⁴⁵ J. J. MONTERO, *L'intervento pubblico nelle telecomunicazioni. Antitrust v. regolazione?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 13(2) (2003), p. 439.

⁴⁶ P. IBÁÑEZ COLOMO, *On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory*, in *Yearbook of European Law*, 29(2) (2010), pp. 265-268.

regolazione a intervenire *ex post* nella misura in cui è la presenza di un fallimento di mercato che ne costituisce una giustificazione⁴⁷.

III. *Il ruolo dei principi di efficienza e giustizia distributiva.* In terzo luogo, i principi di efficienza e giustizia distributiva assumono un peso diverso nel diritto della concorrenza e nella regolazione. Certamente quest'ultima può essere finalizzata a garantire l'efficienza nel mercato ma potrebbe, al contempo o in alternativa, incorporare obiettivi di carattere redistributivo incidendo sulla allocazione delle risorse (per esempio, si potrebbe ritenere che gli obblighi di servizio universale comportino un trasferimento di ricchezza dai clienti delle aree urbane a quelli delle aree rurali)⁴⁸. Al contrario, di norma, le finalità redistributive non rivestono un ruolo centrale nel diritto della concorrenza⁴⁹.

IV. *La natura degli obblighi giuridici imposti.* Infine, il diritto *antitrust* e la regolazione settoriale impongono obblighi di natura diversa sugli attori economici⁵⁰. Difatti, mentre il primo fissa obblighi di non fare in quanto proibisce determinate categorie di condotte che possono ridurre la concorrenza nel mercato a danno dei consumatori, la seconda indica l'assetto di mercato desiderabile e il percorso che deve essere intrapreso per raggiungerlo,

⁴⁷ V. SMITH, *Competition Concurrency between the OFT and Sector Regulators*, in *Utilities Policy*, 12(2) (2004), p. 62.

⁴⁸ D. GERADIN, R. O'DONOGHUE, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 1(2) (2005), p. 363, H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, 2005, pp. 229-230.

⁴⁹ D. GERADIN, R. O'DONOGHUE, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 1(2) (2005), pp. 362-363, H. HOVENKAMP, *Post-Chicago Antitrust: A Review And Critique*, in *Columbia Business Law Review*, (2001), p. 269. Nel diritto europeo della concorrenza, questa distinzione è tuttavia meno netta, come si evince dal testo dell'art. 3, par. 3, del Regolamento (CE) n. 1/2003, ai sensi del quale le norme *antitrust* non precludono "l'applicazione di norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli 81 e 82 del trattato".

⁵⁰ A. MANGANELLI, *Il principio di concorrenza fra antitrust e regolazione. Il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Concorrenza e mercato*, (2013), pp. 281-282, R. O'DONOGHUE R., J. A. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, p. 46, M. DABBAH, *The relationship between competition authorities and sector regulators*, in *Cambridge Law Journal*, 70(1) (2011), p. 115, J. J. MONTERO, *L'intervento pubblico nelle telecomunicazioni. Antitrust v. regolazione?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 13(2) (2003), p. 434, L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2 (2002), p. 277 ss.

specificando anche gli obblighi, positivi, che devono essere osservati a tal fine dalle imprese⁵¹. A ciò si aggiunge che le norme che definiscono l'infrazione anticoncorrenziale costituiscono delle “*norme penali in bianco*” il cui contenuto è determinato di volta in volta dall'autorità di concorrenza chiamata ad applicarle⁵², mentre gli obblighi regolamentari sono, di regola, piuttosto precisi e dettagliati⁵³. Da ciò discende che gli organismi nazionali di regolazione sono dotati di poteri sanzionatori e di monitoraggio per assicurare il rispetto della normativa di settore.

Questa impostazione, tutta incentrata sulla dicotomia tra *antitrust* e regolamentazione, risulta, tuttavia, di difficile applicazione pratica in quanto presuppone che si possa distinguere chiaramente tra mercati già di per sé competitivi, il cui funzionamento può essere migliorato grazie all'azione delle autorità di concorrenza, e mercati nei quali la concorrenza non esiste e

⁵¹ *Ex multis*, P. L. PARCU, *On the convergence of antitrust and regulation*, in *Concorrenza e mercato*, (2013), pp. 322-323, M. HELLWIG, *Competition Policy and Sector-specific Regulation for Network Industries*, in X. VIVES (a cura di), *Competition Policy in the EU*, Oxford University Press, 2009, p. 211, D. GERADIN, R. O'DONOGHUE, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 1(2) (2005), p. 362, H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, 2005, p. 15.

⁵² In merito alla vaghezza delle norme *antitrust* cfr. B. VESTERDORF, *Article 102 TFEU and sanctions: Appropriate When?*, in *European Competition Law Review*, 32(11) (2011), p. 573 ss. L'A. discute, in particolare, sulla compatibilità delle norme *antitrust* con i principi di certezza giuridica e “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” così come interpretati, rispettivamente, dalle Corti di Lussemburgo (Corte di Giustizia UE, sentenza 29 marzo 2011, cause riunite C-201/09 P e C-216/09 P, *ArcelorMittal*, in Racc. 2011, I-2239) e di Strasburgo (in particolare, in merito al principio “*nulla poena sine lege*”, sancito all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (“CEDU”), cfr. Corte europea dei Diritti dell'Uomo, decisione 3 ottobre 2006, n. 68234/01, *Baskaya/Turkey*, par. 36).

⁵³ P. LAROCHE, *Competition and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing, 2000, p. 401. D'altra parte, se si sposta l'attenzione sul margine di discrezionalità di cui godono *antitrust* e regolazione, occorre considerare che mentre il primo comporta l'applicazione di concetti giuridici (per es. dominanza, mercato rilevante ecc.) che seppur indeterminati sono comunque già esistenti, la regolazione può creare regole e obblighi nuovi (funzionali agli obiettivi fissati) e quindi è caratterizzata da una discrezionalità maggiore. Sul punto v. F. SCLAFANI, A. DURANTINI, *Una nuova governance delle comunicazioni elettroniche in Italia: la visione e il ruolo dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2 (2015), p. 175, nota n. 12, J. TEMPLE LANG, *European Competition Policy and Regulation: Differences, Overlaps, and Constraints*, in F. LÉVÊQUE, H. SHELANSKI, *Antitrust and Regulation in the EU and US. Legal and Economic Perspectives*, Edward Elgar Pub, 2009, pp. 30-31.

in cui è indispensabile un intervento pubblico più intrusivo e sistematico, quale quello regolatorio. Tuttavia, nella realtà, ci scontriamo spesso con settori che sono regolamentati in modo così pervasivo che diviene arduo pretendere di distinguere tra ambiti che dovrebbero essere soggetti solo allo scrutinio *antitrust* e ambiti che dovrebbero invece essere sottoposti al controllo dei regolatori.

1.4 Teoria della complementarità

Secondo un altro orientamento, il diritto della concorrenza e la regolamentazione di settore sono due manifestazioni dello stesso fenomeno, ossia l'intervento dello Stato nell'economia.

Precisamente, tramite il diritto *antitrust* si realizza una forma di intervento pubblico più debole che rafforza la dinamica del mercato tramite la proibizione di alcune condotte. Tuttavia, quando la funzione correttiva del diritto della concorrenza si rivela insufficiente, l'intervento pubblico può essere intensificato tramite una regolamentazione prescrittiva⁵⁴.

Diretto corollario di questa impostazione è che il diritto della concorrenza e la regolamentazione di settore rappresentano forme diverse di "regolazione", intesa in senso ampio come qualsiasi intervento pubblico nell'economia in alternativa al libero mercato⁵⁵. Si tratta di due strumenti non alternativi bensì complementari in quanto possono essere impiegati per risolvere gli stessi problemi e l'utilizzo dell'uno non preclude quello dell'altro⁵⁶. A sostegno di questa complementarità, si invoca, tra l'altro, la condivisione dello stesso fine, ovvero la protezione dell'interesse generale⁵⁷.

⁵⁴ A. F. BAVASSO, *Electronic Communications: A New Paradigm for European Regulation*, in *Common Market Law Review*, 41(1) (2004), p. 87 ss., J. J. MONTERO, *L'intervento pubblico nelle telecomunicazioni. Antitrust v. regolazione?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 13(2) (2003), pp. 429-430.

⁵⁵ H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, 2005, pp. 7-13.

⁵⁶ R. KLOTZ, *The Application of EC Competition Law (Articles 81 and 82) in the Telecommunications Sector*, in C. KOENIG, A. BARTOSCH, J. D. BRAUN, M. ROMES (a cura di), *EC Competition and Telecommunications Law*, Kluwer Law International BV, 2009, p. 108, A. F. BAVASSO, *Electronic Communications: A New Paradigm for European Regulation*, in *Common Market Law Review*, 41(1) (2004), p. 87.

⁵⁷ J. J. MONTERO, *L'intervento pubblico nelle telecomunicazioni. Antitrust v. regolazione?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 13(2) (2003), p. 440.

Tale mutua complementarietà si traduce nella capacità di uno strumento di correggere le tendenze negative dell'altro. Così, per un verso, il diritto *antitrust* potrebbe rappresentare un baluardo a protezione del corretto funzionamento del mercato quando la regolazione presenti delle lacune o incongruenze⁵⁸, ovvero quando il regolatore abbia commesso delle sviste in sede applicativa. Inoltre, l'autorità *antitrust* potrebbe porre dei limiti al rischio di regolazione eccessiva. A tal fine, la Commissione europea dispone di due strumenti: (i) garantire che l'azione degli organismi nazionali di regolazione e, più in generale, l'intervento regolatorio, non compromettano l'effetto utile del diritto *antitrust*; e (ii) vigilare sul rispetto, da parte dei regolatori, dell'art. 106 TFUE e accertare che non siano adottate delle misure anticoncorrenziali nei confronti delle imprese pubbliche o imprese cui sono conferiti diritti speciali o esclusivi⁵⁹. Per altro verso, la regolazione settoriale pone un limite alla deriva regolatoria del diritto *antitrust* vale a dire la tendenza delle autorità di concorrenza di imporre obblighi positivi precisi pur essendo prive dei poteri di monitoraggio necessari per esercitare in modo effettivo tale tipo di intervento⁶⁰.

Il grado di intervento pubblico nell'economia dipende fortemente dal contesto socio-economico e dalla teoria economica dominante, e si pone tra i due estremi del *laissez-faire* e della disciplina settoriale molto dettagliata e diffusa che limita fortemente, fino ad annullare del tutto, la libertà di azione degli attori privati.

In particolare, una parte della dottrina, vicina alla c.d. Scuola di Chicago, invoca la necessità di intervenire il meno possibile sulle spontanee dinamiche di mercato al fine di tutelare la libertà economica come espressione della libertà individuale. In questa prospettiva, anche l'azione delle autorità *antitrust*, sebbene meno intrusiva rispetto a quella dei regolatori, presenta dei costi spesso troppo eccessivi rispetto ai benefici che dovrebbe produrre⁶¹.

⁵⁸ D. GERADIN, M. KERF, *Controlling Market Power in Telecommunications: Antitrust v. Sector Specific Regulation*, Oxford University Press, 2003, p. 316.

⁵⁹ J. J. MONTERO, *L'intervento pubblico nelle telecomunicazioni. Antitrust v. regolazione?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 13(2) (2003), pp. 441-442, L. GYSELEN, *State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty Competition Provisions*, in *Common Market Law Review*, 26 (1989), p. 33 ss.

⁶⁰ J. J. MONTERO, *L'intervento pubblico nelle telecomunicazioni. Antitrust v. regolazione?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 13(2) (2003), p. 441.

⁶¹ In generale, gli esponenti della cd. Scuola di Chicago sono a favore di un sistema *antitrust* che promuova l'efficienza economica come strumento per massimizzare la ricchezza sociale. Cfr. R. A. POSNER, *The Economics of the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1972. Sull'origine della Scuola di Chicago v. R. A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*,

Altri studiosi ribattono che occorre limitare le concentrazioni del potere di mercato e che, in presenza di un'allocazione iniqua delle risorse, bisognerebbe favorire una redistribuzione delle stesse. L'intervento pubblico si rende pertanto necessario per evitare o correggere quei risultati avversi cui dovesse dar luogo il funzionamento incontrollato del mercato⁶². A tal fine, a seconda del difetto di mercato che occorre fronteggiare, potrebbe essere individuato il giusto *mix* (legato allo specifico contesto di mercato e destinato pertanto a evolversi nel tempo) di elementi *antitrust* e regolatori che operano in concomitanza e non in alternativa tra loro⁶³.

La teoria delle complementarità cerca di ovviare a una delle principali criticità della teoria della diversità, vale a dire la difficoltà di tracciare delle linee di demarcazione nette tra mercati regolati e mercati competitivi. Inoltre, considerare il diritto *antitrust* e la regolazione di settore come due espressioni dell'intervento pubblico nel mercato offre la possibilità di individuare le reciproche interconnessioni tra i due strumenti.

1.5 Progressiva convergenza?

Le due teorie appena delineate, sebbene costituiscano un punto di partenza imprescindibile per l'analisi dei rapporti fra *antitrust* e regolazione, non rispecchiano appieno la realtà che suggerisce l'esistenza di una relazione più complessa, più sfumata e non riducibile a visioni nette e categoriche.

A tal proposito, la dottrina più attenta non ha mancato di mettere in luce due fenomeni recenti, espressione di un processo di progressiva ibridazione e convergenza fra i due strumenti. Da un lato, la regolamentazione settoriale è oramai caratterizzata da un modello di intervento sempre più allineato alle metodologie *antitrust* sotto il profilo dei fini, strumenti e

127 (1979), p. 925 ss, G. STIGLER, *The Organization of Industry*, Chicago, University of Chicago Press, 1968. Sul tema v. altresì A. CUCINOTTA, R. PARDOLESI, R. J. VAN DEN BERGH, *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Hardback, 2002.

⁶² C. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, 1990, pp. 36-45, E. M. FOX, *The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, in *Cornell Law Review*, 66 (1981), p. 1140 ss.

⁶³ R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding Regulation*, Oxford University Press, 2011, p. 116. In particolare, gli A. ritengono che il diritto della concorrenza dovrebbe essere preferito quando un approccio "light" e indiretto si rivela sufficiente, mentre la regolazione dovrebbe definire quelle problematiche alle quali il diritto *antitrust* non è in grado di offrire soluzioni.

modalità di azione; dall'altro, il diritto della concorrenza è stato applicato sempre più spesso anche in funzione regolatoria. Queste due tendenze saranno analizzate separatamente.

1.5.1 La regolazione del mercato fondata sui principi *antitrust*

La convergenza fra i due strumenti risulta innanzitutto evidente in quei mercati in cui gli organismi di regolazione nazionali hanno specifici compiti di promozione della concorrenza⁶⁴. Da questo punto di vista, esemplificative sono le industrie di rete e, in particolare, le comunicazioni elettroniche, in cui si è assistito a un profondo processo di internalizzazione del principio di concorrenza negli ordinamenti nazionali di settore⁶⁵.

⁶⁴ A. MANGANELLI, *Il principio di concorrenza fra antitrust e regolazione. Il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Concorrenza e mercato*, (2013), p. 294.

⁶⁵ Occorre sottolineare che le considerazioni contenute nel presente paragrafo riguardano in modo più evidente il settore delle comunicazioni elettroniche e non sono automaticamente estensibili ad altri mercati (quali ad esempio quello dell'energia). Nel mercato dell'energia, infatti, soprattutto dopo la crisi che ha avuto inizio nel 2008, misure imperative (sia comportamentali, come il TPA e i vincoli sugli investimenti, sia strutturali, come l'*unblinding*) introdotte per fini pro-concorrenziali sono diventate strumenti di politica industriale con caratteri fortemente finalistici e inseriti in un disegno di direzione pubblica e di conformazione dello sviluppo e della gestione delle infrastrutture energetiche. Esemplificativa di questa tendenza è la disciplina del *third party access* ("TPA") e le connesse regole sull'esenzione. Nonostante il legislatore europeo abbia previsto che operatori che realizzano nuove infrastrutture o potenziano quelle esistenti possono essere esonerati dall'obbligo di consentire l'accesso a terzi (cfr. art. 36 della Direttiva 2009/73/CE e art. 17, comma 1, del Regolamento n. 714/2009), la Commissione non ha mai reso pienamente operativo questo meccanismo di deroga imponendo a tali operatori di definire la capacità da realizzare così da consentirne l'utilizzo anche da parte di terzi. Pertanto, anche laddove l'infrastruttura in questione non fosse qualificabile come *essential facility* nel significato che assume nel diritto *antitrust*, e il gestore fosse privo di qualsivoglia potere di mercato, è stato stabilito l'obbligo di accesso e di condivisione con i terzi concorrenti. L'esenzione è pertanto divenuta un'eccezione da interpretare in modo restrittivo e sottoposta a precise condizioni che consentono di ricondurre l'infrastruttura esentata a un chiaro disegno di pianificazione pubblica.

Come ha sottolineato la dottrina più attenta, ci sono una serie di rischi insiti in questo modello centralizzato che sono quelli propri di tutti i settori assoggettati a iper-regolazione amministrativa (per esempio il pericolo di cattura del regolatore, o la possibilità che il regolatore si intrometta in scelte gestionali e secondo logiche politiche). Inoltre, si pone l'esigenza che una regolamentazione così pervasiva e finalistica rimanga pur sempre rispettosa del principio di proporzionalità cosicché la limitazione alla libertà di impresa risulta giustificata solo qualora sia necessaria e gli

Ciò è avvenuto soprattutto con il nuovo *framework* normativo del 2002⁶⁶ che ha avuto fra i suoi principali obiettivi quello di favorire un maggior uso, da parte delle normative settoriale, degli strumenti tipici del diritto della concorrenza⁶⁷. Inoltre, per garantire il perseguimento della finalità pro-concorrenziale, l'azione regolatoria è improntata al principio di proporzionalità che richiede di imporre obblighi *ex ante* solo in assenza di una concorrenza effettiva e quando l'attività di tutela della concorrenza non è sufficiente ad affrontare il problema concorrenziale⁶⁸. Per garantire il rispetto di questo principio, “*l'azione intrapresa deve perseguire uno scopo legittimo e i mezzi impiegati per ottenerlo devono essere necessari e il meno onerosi possibile, devono cioè consistere nel minimo necessario per conseguire lo scopo*”⁶⁹.

L'osmosi fra regolazione e concorrenza non si è limitata alle finalità ma ha riguardato anche gli strumenti visto che quelli regolatori sono stati interessati da un percorso di progressiva convergenza verso quelli *antitrust*.

Infatti, le Linee direttrici per l'analisi di mercato e la valutazione del significativo potere di mercato prevedono che “*per definire i mercati e determinare un significativo potere di*

obiettivi pro-concorrenziali siano altrettanto (se non meglio) perseguibili mediante una disciplina che premi l'operatore non dominante che assume iniziative autonome rispetto ai concorrenti. Cfr., sul tema, E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1 (2014), p. 81 ss. e ID., *Mercati dell'energia e regolazione finalistica: la disciplina delle reti di trasporto nel terzo pacchetto energia* in M. S. DE FOCATIIS, A. MAESTRONI (a cura di), *Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, Giuffrè, 2011, p. 31 ss.

⁶⁶ Si tratta, in particolare, delle direttive n. 2002/77/CE (Direttiva “*Concorrenza*”); n. 2002/21/CE (Direttiva “*Quadro*”); n. 2002/19/CE (Direttiva “*Accesso*”); n. 2002/20/CE (Direttiva “*Autorizzazioni*”); n. 2002/21/CE (Direttiva “*Servizio Universale*”); n. 2002/58/CE (Direttiva “*e-Privacy*”) e il Regolamento n. 2000/2887/CE (Regolamento “*ULL*”). In merito alle tre fasi di liberalizzazione che hanno interessato il mercato delle comunicazioni elettroniche v. *infra* Cap. 2, par. 2.2.

⁶⁷ Cfr. il documento alla base della riforma del 2002, Comunicazione della Commissione europea, *Towards a new framework for electronic communications infrastructure and associated services. The 1999 Communications Review*, 10 novembre 1999 (COM(1999)539 final) e art. 8 della direttiva n. 2002/21/CE.

⁶⁸ V. art. 8, par. 5 f) della Direttiva 2002/21/CE, cd. Direttiva Quadro, così come modificato dalla Direttiva 2009/140/CE.

⁶⁹ V. par. 118 delle Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (2002/C 165/03), GU C 165, 11.7.2002.

*mercato si useranno le stesse metodologie previste per le norme sulla concorrenza*⁷⁰. È quindi sancito il ricorso, da parte degli organismi nazionali di regolazione, ai concetti, propri dello strumentario del diritto *antitrust*, di mercato rilevante e di posizione dominante⁷¹.

In particolare, la categoria del “*significativo potere di mercato*” è stata definita tenendo conto non solo della quota di mercato detenuta dall’impresa ma anche della sua effettiva idoneità a condizionare la competitività di un certo mercato rilevante⁷². La norma prevede che “[s]i presume che un’impresa disponga di un significativo potere di mercato se, 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. In particolare, le autorità nazionali di regolamentazione, 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. (...) Se un’impresa dispone di un significativo potere su un mercato specifico (il primo mercato), può parimenti essere definita come avente un significativo potere in un mercato strettamente connesso (il secondo mercato)

⁷⁰ V. par. 24 delle Linee direttrici della Commissione per l’analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (2002/C 165/03), GU C 165, 11.7.2002.

⁷¹ Cfr. art. 15, par. 1, e art. 14, par. 2, della Direttiva Quadro, così come modificati dalla Direttiva 2009/140/CE. In merito alla definizione del mercato rilevante, in dottrina è stato evidenziato come tutt’al più potrebbe essere diversa la prospettiva dell’autorità di regolazione rispetto a quella assunta dall’autorità di concorrenza in sede di applicazione di tale concetto. Infatti, mentre l’analisi *antitrust* è svolta prestando attenzione all’impatto concorrenziale dei rispettivi comportamenti, la valutazione regolatoria è compiuta con una visione prospettica che guarda al prossimo sviluppo del mercato ed è pertanto più complessa (M. SIRAGUSA, M. D’OSTUNI, F. M. BALESTRA, *I mercati rilevanti dei prodotti e servizi e la regolazione ex ante*, in F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2010, p. 200 ss., S. CIULLO, *Presupposti sostanziali della regolazione*, in M. CLARICH, G. F. CARTEI, *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2004, p. 118).

⁷² J. J. MONTERO, *L’intervento pubblico nelle telecomunicazioni. Antitrust v. regolazione?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 13(2) (2003), p. 438. L’A. sottolinea, tuttavia, che “[l]’applicazione del medesimo giudizio per l’applicazione di meccanismi di intervento diversi e attraverso amministrazioni diverse, tuttavia, può provocare incoerenze e definizioni di mercato diverse da parte delle autorità *antitrust* e delle autorità di regolazione”.

qualora le connessioni tra i due mercati siano tali da consentire al potere detenuto nel primo mercato di esser fatto valere nel secondo, rafforzando in tal modo il potere complessivo dell'impresa interessata"⁷³. In breve, le imprese con “significativo potere di mercato” sono quelle che “godono di una posizione equiparabile alla posizione dominante [singola o collettiva] ai sensi dell'articolo [102 TFUE]”, così come elaborata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea⁷⁴.

È questo un tipico esempio di come, durante il processo di liberalizzazione del settore delle comunicazioni elettroniche, il rapporto fra diritto della concorrenza e la regolazione è diventato più complesso e articolato e non riducibile a una netta dicotomia fra i due strumenti. L'utilizzo da parte delle autorità di regolazione dell'armamentario *antitrust* per misurare il grado di contendibilità dei mercati determina infatti una profonda osmosi fra le due aree del diritto e incide fortemente sui confini entro i quali si concentreranno le future misure regolatorie⁷⁵. Infatti, nella fase a monte del procedimento regolatorio – che individua le alterazioni di funzionamento dei mercati rilevanti in cui sono suddivise le comunicazioni elettroniche, la definizione dei mercati rilevanti – l'analisi di mercato, l'individuazione delle posizioni di dominanza e il conseguente accertamento delle imprese con “significato potere di mercato” avvengono secondo i criteri mutuati dal diritto *antitrust*. Solo una volta che si sia concluso questo momento del procedimento, che consente l'individuazione degli organismi che verranno assoggettati a regolazione asimmetrica, potranno essere applicate quelle misure *ex ante* necessarie a correggere i difetti di mercato emersi nella fase preliminare⁷⁶.

⁷³ V. art. 14, parr. 2 e 3, della Direttiva Quadro, così come modificati dalla Direttiva 2009/140/CE.

⁷⁴ V. par. 5 delle Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (2002/C 165/03), GU C 165, 11.7.2002

⁷⁵ Sulle diverse conseguenze derivanti dall'applicazione dei concetti di dominanza e significativa forza di mercato v. L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche, Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3 (2002), p. 573. In particolare, l'A. mette in luce come mentre la dominanza, nell'ambito del diritto *antitrust*, non produce effetti rilevanti perché non è vietata *per se* la posizione ricoperta sul mercato ma il suo abuso, nell'ordinamento settoriale, la significativa forza di mercato detenuta da un'impresa (o da un gruppo di imprese in collegamento fra loro) determina di per sé l'attivazione dei poteri regolatori.

⁷⁶ Una parte della dottrina ha tuttavia evidenziato la mancanza di chiarezza in merito alla reale portata e alle possibili conseguenze derivanti dal mancato rispetto del “dovere”

La convergenza fra i due strumenti è evidente anche sotto il profilo dei rimedi individuati dal *framework* regolatorio e che, molto spesso, corrispondono ai rimedi del diritto della concorrenza nei casi di *essential facility* e abuso di posizione dominante escludente⁷⁷. Molte regolamentazioni settoriali contengono delle norme che impongono agli operatori che detengono il controllo della rete infrastrutturale di concedere l'accesso alla rete nel rispetto di una serie di condizioni e principi. Nel settore delle comunicazioni elettroniche, la Direttiva Accesso, agli artt. 9, 10 e 13 prevede obblighi di trasparenza, non discriminazione, controllo di prezzo a carico degli operatori con “*significativo potere di mercato*”. Parallelamente, la dottrina delle *essential facilities*, così come elaborata dalle corti europee, ha rappresentato, per le autorità *antitrust*, uno strumento molto utile per controllare le infrastrutture non duplicabili e imporre ai titolari delle stesse (e detentori di una posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE) degli obblighi di accesso a favore degli operatori nuovi entranti. Inoltre, l'art. 102 TFUE è stato talvolta impiegato anche per definire le condizioni specifiche (in termini di tempistica, qualità etc.) nelle quali concedere l'accesso⁷⁸.

Al di là della regolamentazione dell'accesso, vi sono altri casi in cui i rimedi regolatori sono molto simili a quelli imposti dalle autorità di concorrenza. Per esempio, le disposizioni normative che prevedono l'obbligo di separazione contabile che ha l'obiettivo di evitare il finanziamento dei servizi offerti in regime di concorrenza con i proventi derivanti dalle attività regolate e dai servizi non competitivi⁷⁹. Dei rimedi simili sono stati previsti in base all'art. 102 TFUE in casi riguardanti i sussidi incrociati (c.d. “*cross subsidies*”) tra settori regolati e settori che operano in concorrenza⁸⁰.

delle autorità di regolazione di applicare i criteri *antitrust*, v. J. TEMPLE LANG, *European Competition Policy and Regulation: Differences, Overlaps, and Constraints*, in F. LÉVÊQUE, H. SHELANSKI, *Antitrust and Regulation in the EU and US. Legal and Economic Perspectives*, Edward Elgar Pub, 2009, pp. 44-47.

⁷⁷ P. L. PARCU, *On the convergence of antitrust and regulation*, in *Concorrenza e mercato*, (2013), p. 328. La regolamentazione dell'accesso come esempio di totale sovrapposizione fra *antitrust* e regolazione di settore è affrontata in dettaglio *infra*, Cap. 2, par. 2.4.

⁷⁸ La dottrina delle *essential facilities* potrebbe anche essere considerata, *mutatis mutandis*, un tipico esempio di utilizzo del diritto *antitrust* in funzione regolatoria. Sul punto, v. *infra*, par. 1.5.2.

⁷⁹ V., per esempio, l'art. 13 della Direttiva Accesso.

⁸⁰ La pratica abusiva dei “*sussidi incrociati*” ricorre quando il gestore finanzia le attività nel mercato non ancora dominato con i proventi ricavati dal mercato dominato. Le condizioni economiche praticate dal gestore nel mercato non dominato possono diventare così vantaggiose che non possono essere eguagliate dagli operatori nuovi

1.5.2 L'utilizzo del diritto *antitrust* in funzione regolatoria

Come analizzato nei paragrafi precedenti, secondo la teoria delle complementarità, mentre il diritto della concorrenza ha una funzione di “aggiudicazione” (o *adjudication*) vale a dire di accertamento e applicazione di sanzioni a comportamenti delle imprese che violano le prescrizioni *antitrust*⁸¹, l'intervento regolatorio ha esclusivamente una funzione conformativa del mercato⁸².

Questo approccio presenta tuttavia il difetto di non rispecchiare le attuali e reali dinamiche relazionali tra i due strumenti, non solo per il carattere sempre più marcatamente pro-concorrenziale del diritto regolamentare (e in particolare di quello delle comunicazioni elettroniche⁸³), ma anche, e soprattutto, per il crescente impiego del diritto della concorrenza in modo sempre più intrusivo, con caratteri propri della regolazione⁸⁴.

Questa tendenza è possibile a causa del fatto che le norme poste a tutela della concorrenza, nell'ordinamento nazionale e in quello europeo, non sanzionano fattispecie

entranti che non sono dominanti su alcun mercato e non dispongono pertanto di riserve. Questa pratica è considerata dall'*European Regulatory Group* (ERG, oggi BEREC) tra le principali condotte problematiche dal punto di vista concorrenziale nel settore delle comunicazioni elettroniche. Cfr. ERG, *Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework*, 1° aprile 2004, disponibile *on-line* all'indirizzo <http://www.ictregulationtoolkit.org/en/toolkit/docs/Document/2408> (consultato il 20 giugno 2016). Sul tema dei “sussidi incrociati” v. L. HANCHER, J. L. BUENDIA SERRA, *Cross-Subsidization and EC Law*, in *Common Market Law Review*, (1998), p. 901 ss.

⁸¹ M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come Autorità pubblica indipendente*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Giappichelli, 2010, p. 239 ss.

⁸² Tale teoria è stata accolta anche da una parte della giurisprudenza. V., per esempio, TAR Lazio, sez. I, sentenza 8 maggio 2009, n. 4994, caso *Aci Global*. In termini anche TAR Lazio, sez. I, sentenza 18 febbraio 2013, n. 1752, successivamente riformata in appello da Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 6 marzo 2015, n. 1104. Per un commento della dottrina sul caso *Aci Global*, v. G. COLANGELO, *I rischi della concorrenza patteggiata: note a margine del caso Aci global*, in *Diritto industriale*, 17(4) (2009), p. 353 ss.

⁸³ V. *supra*, par. 1.5.1.

⁸⁴ In tal modo, l'azione delle autorità di concorrenza diventa una “*politica di risultati*” piuttosto che una politica volta a punire le violazioni. In questo senso, M. LIBERTINI, *Il “private enforcement” e le sanzioni amministrative*, in *Concorrenza e mercato*, 15 (2007), p. 356 ss.

legalmente tipizzate bensì disfunzioni di mercato che necessitano di un articolato percorso valutativo e integrativo per poter essere applicate al caso concreto⁸⁵.

La deriva regolatoria del diritto *antitrust* è osservabile sia sul piano procedurale sia sul piano sostanziale. Sotto il primo profilo, alcuni istituti (precisamente, la decisione con impegni e il provvedimento di diffida) introducono dei meccanismi procedurali per risolvere i casi *antitrust* che prevedono alcuni elementi di carattere regolatorio. Sotto il profilo sostanziale, le dottrine dei prezzi eccessivi e delle *essential facilities* comportano l'imposizione di obblighi positivi che determinano un allontanamento dal modello aggiudicatorio e l'adozione di una funzione molto vicina a quella regolatoria⁸⁶.

Il profilo procedurale. In primo luogo, il classico modello di *enforcement antitrust* è incentrato su un procedimento in cui è garantito il contraddittorio e i diritti di difesa e che sfocia in una decisione finale che può essere appellata di fronte ai giudici. Al contrario, il modello di *enforcement antitrust* in funzione regolatoria si fonda su un procedimento che non si conclude con l'accertamento dell'infrazione e eventuale imposizione di una sanzione e che quindi crea una situazione di grande incertezza per le altre imprese, che non verranno mai a conoscenza delle valutazioni giuridiche compiute dall'autorità di concorrenza. Ciò è evidente nell'istituto degli impegni di cui all'art. 14-ter, l. n. 287/1990⁸⁷.

Ai sensi dell'art. 14-ter, l. n. 287/1990, è riconosciuto all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") il potere di chiudere il procedimento istruttorio senza accertare un'infrazione, rendendo obbligatori gli impegni proposti dalle parti⁸⁸. La

⁸⁵ M. LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, 2008, p. 89 ss.

⁸⁶ L'analisi che segue non toccherà quello che è pressoché unanimemente riconosciuto come l'esempio più tipico di azione di carattere regolatorio da parte delle autorità *antitrust*, ossia la disciplina del controllo delle concentrazioni che si fonda necessariamente su un'analisi prognostica volta a incidere sull'assetto strutturale del mercato.

⁸⁷ L'istituto è molto simile a quello previsto a livello europeo dall'art. 9 del Regolamento (CE) n. 1/2003.

⁸⁸ Tra i più recenti contributi dottrinali in materia v. A. PERA, *Le decisioni con impegni e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Jovene, 2013, p. 379, F. GHEZZI, *La disciplina italiana degli impegni antitrust: ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) sensibile*, in *Rivista delle società*, (2012), p. 447, C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Giuffrè, 2012, M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, in C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli, 2010, p. 385 ss.

caratteristica principale di questo istituto risiede dunque nella circostanza che l'accoglimento degli impegni, che sono proposti dalle imprese nei cui confronti è stata avviata l'istruttoria e ritenuti idonei dall'AGCM a risolvere i profili anticoncorrenziali rilevati, produce l'arresto del procedimento senza che l'adozione di una decisione di accertamento dell'infrazione. Come è stato notato dai giudici amministrativi, *“si tratta di una modalità alternativa e atipica di chiusura del procedimento sanzionatorio, con cui l'Autorità può limitarsi ad ‘accettare’ gli impegni proposti dalle imprese lasciando irrisolta la questione della anticoncorrenzialità, o meno, della condotta al suo esame”*⁸⁹.

Tale tipologia di decisioni ha conosciuto un successo non indifferente negli ultimi anni⁹⁰, soprattutto per i vantaggi che ne derivano per le imprese (mancato accertamento dell'infrazione e non imposizione della sanzione, maggiore snellezza del procedimento e partecipazione attiva alla determinazione delle scelte da compiere per il ripristino della concorrenza nel mercato) e per l'AGCM (forte diminuzione della possibile fase contenziosa e quindi della possibilità che l'impresa impugni la decisione, risoluzione rapida di casi molto complessi o dubbi, scelta delle misure più idonee per risolvere i dubbi concorrenziali)⁹¹. In questo senso, le decisioni con impegni costituiscono il frutto di un compromesso fra le parti: se, da un lato, non c'è alcun accertamento della violazione, dall'altro le imprese sono obbligate ad adottare dei rimedi di direzione, regolazione e modifica dell'assetto

⁸⁹ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 19 novembre 2009 n. 7307, *Federitalia/Federazione Italiana Sport Equestri (Fise)*.

⁹⁰ Dall'entrata in vigore dell'istituto a tutto il 2012, sono stati presentati impegni in circa il 74% delle istruttorie avviate dall'AGCM e gli impegni sono stati accettati nel 68% dei casi; in altri termini, il 50% dei casi avviati dall'AGCM nel periodo considerato è stato concluso con impegni (cfr. G. MAZZANTINI, P. BERTOLI, *Gli impegni nel diritto italiano della concorrenza. Un'analisi empirica a 5 anni dalla loro introduzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1 (2013), p. 141 ss.). Quest'ultima percentuale si alza ulteriormente (72%) se si considerano le sole decisioni in materia di abuso di posizione dominante (cfr. M. SIRAGUSA, G. FAELLA, *Trends and Problems of the Antitrust of the Future*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Bruylant, 2013). A partire dal 2013, l'AGCM sembra aver mutato atteggiamento, riducendo il ricorso allo strumento degli impegni.

⁹¹ F. GHEZZI, *La disciplina italiana degli impegni antitrust: ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) sensibile*, in *Rivista delle società*, (2012), p. 447, F. CENGIZ, *Judicial Review and the Rule of Law in the EU Competition Law Regime after Alrosa*, in *European Competition Journal*, 127 (2011), p. 135, M. CARPAGNANO, A. PERA, *Le decisioni con impegni tra teoria e prassi: un'analisi comparata*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2 (2008), p. 780, C. J. COOK, *Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9*, in *World Competition*, 29 (2006), pp. 210-213.

concorrenziale del mercato che vanno, di norma, al di là di quelli che sarebbero stati imposti a seguito di un procedimento di accertamento dell'infrazione⁹².

La dottrina e la giurisprudenza non hanno mancato di sottolineare le criticità dell'istituto in questione⁹³. Infatti, per un verso, le decisioni con impegni “*non producono quell'effetto di chiarimento della regola giuridica che deriva, invece, dalle decisioni di infrazione*”⁹⁴. Questo crea una situazione di grande incertezza, aggravata in casi particolarmente complessi e in cui sono scrutinate delle condotte che presentano degli elementi di novità rispetto alla prassi preesistente. Per altro verso, con l'introduzione di questo istituto, l'AGCM ha acquisito, altresì, la funzione di “negoziatore” degli impegni che possono essere offerti dalle imprese per chiudere un'istruttoria senza l'accertamento di un'infrazione. Infatti, sebbene, almeno formalmente, il contenuto degli stessi viene determinato dall'impresa e l'AGCM mantiene piena facoltà e discrezionalità nell'apprezzarne l'idoneità e proporzionalità, è altrettanto vero che, nella dialettica procedimentale, il contenuto degli impegni può essere influenzato dall'AGCM che possiede così tutti gli strumenti per intervenire sull'assetto strutturale del mercato⁹⁵.

⁹² Corte di Giustizia UE, sentenza 29 giugno 2010, causa C-441/07 P, *Commissione/Alrosa*, in Racc. 2010, I-5949, par. 48 (“*Le imprese che propongono impegni in base all'art. 9 del regolamento n. 1/2003 accettano coscientemente che le loro concessioni possano eccedere quanto potrebbe imporre loro la Commissione stessa in una decisione che essa dovesse adottare conformemente all'art. 7 di tale regolamento a seguito di un'inchiesta approfondita. Per contro, la conclusione del procedimento d'infrazione avviato nei confronti di tali imprese consente loro di evitare la constatazione di una violazione del diritto della concorrenza e l'eventuale irrogazione di un'ammenda*”).

⁹³ Cfr. L. C. MARCHETTI, P. G. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, 2012, pp. 2942-2943.

⁹⁴ Cfr. TAR Lazio, sez. I, sentenza 11 luglio 2011, n. 6165, *Carte di credito*.

⁹⁵ In questo senso si è di recente espresso anche il Consiglio di Stato, che ha sottolineato che “*l'Autorità (pur non dismettendo la titolarità e l'esercizio di prerogative di stampo pubblicistico) coopera con i soggetti privati secondo modalità ispirate al dialogo, alla leale collaborazione e alla partecipazione procedimentale, con la conseguenza che appare sistematicamente incongruo (lo si ripete, anche a fronte di opzioni interpretative di carattere alternativo in astratto parimenti plausibili) anticipare in via sistematica le occasioni di esito contenzioso (sempre che ciò non venga reso necessario da arresti procedimentali ovvero da preclusioni al prosieguo dell'istruttoria, che comunque non sono individuabili nel caso del rigetto degli impegni)*”. Secondo il Consiglio di Stato, “*il provvedimento di accettazione degli impegni costituisca[e] pur sempre (e nonostante il ricorso a moduli operativi ispirati al dialogo fra le parti) modalità di espressione di un potere autoritativo del medesimo segno di quello esercitato nel caso di esercizio del potere sanzionatorio finale*”

In questi casi, il giudice amministrativo è stato vigile e attento a delineare i confini dell'intervento *antitrust*, escludendo che si possa tradurre in attività di regolazione dei mercati. In particolare, si è fatto ricorso al parametro della proporzionalità per veicolare il messaggio che l'operato dell'AGCM deve essere strettamente collegato all'infrazione accertata (o da accertare), non essendo ammissibile svolgere una funzione di indirizzo dell'*agere* degli operatori economici.

Emblematiche in questo senso sono le sentenze del TAR Lazio⁹⁶ e del Consiglio di Stato⁹⁷, rese con riferimento al caso *Soccorso autostradale*⁹⁸, che concerneva l'adozione di una decisione con impegni, per via della quale si era modificato l'assetto del mercato del soccorso autostradale, tramite il passaggio da un regime di affidamento del servizio di tipo "autorizzatorio", a un regime "concessorio"⁹⁹.

(Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 20 luglio 2011 n. 4393, *Carte di credito*). In termini, più di recente, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 22 settembre 2014, n. 4773, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/Conto TV*, in cui il Consiglio di Stato ha osservato che l'importanza di tale fase di interlocuzione preliminare si giustifica "*proprio tenendo conto della natura e della ratio dell'istituto, con riferimento alla fase di presentazione e valutazione degli impegni, che presenta, anche nella dimensione comunitaria, evidenti connotati di flessibilità ed informalità, al fine di favorire, in un'ottica di crescente de-procedimentalizzazione, le occasioni di dialogo collaborativo, volte all'individuazione di soluzioni condivise*". *Contra*, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 19 novembre 2009, n. 7307, *Federitalia/Federazione Italiana Sport Equestri (Fise)* in cui il giudice amministrativo sembrerebbe aderire alla tesi dell'inquadramento dell'istituto come esercizio del potere autoritativo dell'AGCM.

⁹⁶ TAR Lazio, sez. I, sentenza 8 maggio 2009, n. 4994.

⁹⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 20 novembre 2013, nn. 5500 e 5501.

⁹⁸ AGCM, provvedimento n. 19021, 23 ottobre 2008, caso A391, *Servizi di soccorso autostradale*, in Boll. n. 40/2008. Il caso riguardava una presunta intesa restrittiva e abuso di posizione dominante da parte di alcuni concessionari del servizio di soccorso autostradale. Per un commento, v. L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3 (2013), p. 501 ss.

⁹⁹ Questo orientamento è stato successivamente ribadito in altre sentenze. Precisamente, la carenza di attribuzione dell'AGCM è stata basata anche sul fatto che "*l'Autorità ha agito come se operasse nell'esercizio di un potere di regolamentazione, peraltro estraneo alla sua sfera di attribuzioni*" (cfr. TAR Lazio, sez. I, sentenza 18 febbraio 2013, n. 1742 e Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanza 24 marzo 2009, n. 1515, quest'ultima in materia di pratiche commerciali scorrette che ha sospeso un provvedimento dell'AGCM considerato che il comportamento richiesto all'impresa appellante era estraneo alla disciplina regolatoria contenuta nella deliberazione AgCom 664/06/CONS e non poteva essere imposto dall'AGCM che possiede competenze *antitrust* ma è priva di poteri regolatori).

È interessante notare che, nell'annullare la decisione dell'AGCM, il TAR Lazio ha rilevato che *“l’Autorità ha posto in essere un intervento manipolativo, quanto alla individuazione delle coordinate di accesso al mercato de quo, quantunque veicolato dall’accettazione degli impegni alla medesima proposti dalle parti oggetto di accertamento istruttorio”*. In tal modo, il provvedimento *“trasmodato dalle prerogative legittimamente esercitabili dall’Autorità, venendo ad integrare una determinazione regolativa del mercato, esorbitante rispetto alle attribuzioni di vigilanza, controllo e verifica in ordine al corretto svolgimento delle dinamiche competitive, che l’ordinamento disciplina e demanda all’Antitrust”*¹⁰⁰.

Un specifica funzione regolatoria è inoltre evidente nelle modalità con cui è stato interpretato ed esercitato dall'AGCM il potere di diffida *ex art. 15, comma 1, l. n. 287/1990*¹⁰¹.

Il provvedimento di diffida è una delle modalità con cui l'AGCM esercita un potere di controllo del libero gioco concorrenziale. Infatti, da un lato, accerta atti, fatti e comportamenti contrari alle norme *antitrust* nazionali o europee, dall'altro, previa opportuna valutazione, fa conseguire da tale accertamento l'adozione di rimedi che l'ordinamento prevede a tutela dell'equilibrio dei mercati. L'esperienza ha tuttavia dimostrato che, facendo leva sulla laconicità della norma di cui all'art. 15, comma 1, l. n. 287/1990, l'AGCM ha ceduto alla tentazione di utilizzare il potere di diffida per smantellare la natura oligopolistica o altri difetti del mercato, senza necessariamente garantire un collegamento tra le misure impartite e l'infrazione accertata.

¹⁰⁰ Allo stesso modo il Consiglio di Stato, nel confermare la sentenza del TAR Lazio, ha ritenuto che *“il Collegio condivide dunque le statuizioni con cui il Tribunale amministrativo ha rilevato la sussistenza dei profili di eccesso di potere dedotti in primo grado: il provvedimento del 23 ottobre 2008 è stato istruito con riferimento ai comportamenti e alle esigenze appena qui sopra evidenziati e - al termine del procedimento riguardante i profili anticoncorrenziali riferibili alle condotte dei soggetti partecipanti al procedimento - non si è limitata a imporre (nei confronti degli stessi soggetti) atti e condotte tali da fare venire meno i medesimi profili anticoncorrenziali, ma ha sostanzialmente disposto una nuova regolazione del settore, “dislocando” il confronto competitivo dal mercato, “anticipandolo” al momento di accesso al mercato, prevedendo - come puntualmente evidenziato dal giudice di primo grado - una fase di ingresso rappresentata dall’aggiudicazione delle pubbliche procedure di selezione preordinate - per ciascuna tratta autostradale - all’aggiudicazione della relativa concessione”* (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 20 novembre 2013, nn. 5500 e 5501).

¹⁰¹ L'istituto è molto simile a quello previsto a livello europeo dall'art. 7 del Regolamento (CE) n. 1/2003.

Sotto un primo profilo, l'AGCM ha spesso impartito alle imprese l'ordine di astenersi dall'adottare in futuro comportamenti analoghi, sebbene gli illeciti fossero già cessati o per il loro naturale esaurimento oppure perché, nel corso dell'istruttoria, le stesse imprese avevano modificato la condotta in senso conforme alle disposizioni a tutela della concorrenza e del mercato¹⁰². Tale prassi sottintende una concezione della finalità del diritto *antitrust* che non si esaurirebbe nella comminazione di sanzioni e nella repressione delle fattispecie che concretano un'intesa vietata o un abuso di posizione dominante ma comprenderebbe anche il ripristino dell'assetto concorrenziale del mercato e la correzione degli effetti negativi dell'infrazione. Proprio questi argomenti sono stati richiamati da una parte della giurisprudenza che ha avallato questa tendenza sottolineando che quando gli illeciti si riferiscano a fatti storici già compiuti, posto che le infrazioni non possono mai essere cancellate in se stesse, “*non appare dubbio che il relativo potere di eliminarle debba essere inteso come potere di esigere la rimozione delle loro conseguenze*”¹⁰³ ovvero come ordine di “*rimozione degli effetti anticoncorrenziali prodotti dalle condotte tenute in violazione della legge antitrust*”¹⁰⁴. La diffida sarà allora finalizzata a “*ripristinare le condizioni di mercato*

¹⁰² P. FATTORI, *I poteri dell'Autorità garante in materia di intese ed abusi di posizione dominante: diffide e sanzioni*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, (1997), p. 884, il quale ritiene che, qualora i comportamenti anticoncorrenziali accertati siano già cessati, l'AGCM non possa adottare un vero e proprio provvedimento di diffida ma una decisione di mero accertamento, salva l'applicazione delle sanzioni previste. Tale impostazione sembrerebbe trovare conferma in una decisione dell'AGCM che ha chiarito che, nel caso di illeciti già cessati, “*permane l'interesse ad una decisione di merito (...) volta ad accertare la liceità degli accordi conclusi in relazione ai principi posti dall'art. 2, anche al fine di procedere alla eventuale irrogazione di una sanzione di cui all'art. 15, comma 1, della legge n. 287/90*”, in provvedimento n. 377, 12 febbraio 1992, caso I16, *Consorzio Produttori Calcestruzzi Perugia*, in Boll. n. 3/1992.

¹⁰³ TAR Lazio, sez. I, sentenza 11 settembre 2001, n. 7433, par. 5c. Nello stesso senso Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 8 febbraio 2008, n. 424, *id.*, sez. VI, sentenza 2 marzo 2004, n. 926, TAR Lazio, sez. I, sentenza 20 febbraio 2008, n. 1542.

¹⁰⁴ TAR Lazio, sez. I, sentenza 7 aprile 2008, n. 2902, par. 5.3. Più di recente, in Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 8 aprile 2014, n. 1673, è stato chiarito che, qualora l'illecito non possa essere eliminato perché ormai si è verificato, va ripristinata la situazione incisa, secondo la “*teoria della differenza*”, come avviene in tema di tutela risarcitoria per equivalente: nel mercato andranno pertanto ripristinate “*in forma il più possibile (quam maxime) specifiche condizioni simili a quelle che si sarebbero verificate in assenza dell'infrazione*” (par. 5).

*affinché si possa svolgere correttamente il libero gioco della concorrenza*¹⁰⁵ cioè *“condizioni simili a quelle che vi sarebbero potute riscontrare in assenza di infrazione”*¹⁰⁶. Né *“esigere dalle imprese responsabili di violazioni anticoncorrenziali un contegno giudicato idoneo a ricondurre l’assetto di mercato nei solchi della più stretta legittimità (...) significa (...) esercitare ingiustificati poteri ablatori”*¹⁰⁷. Al contrario, una diffida conformativa, e quindi, regolatoria, *“volta al ripristino della legalità violata”* sarebbe resa necessaria dal *“superiore interesse del mercato”*¹⁰⁸ oltre che dalla necessità di fornire delle indicazioni volte ad esplicitare alle imprese il comportamento che devono tenere per eliminare l’infrazione accertata e gli effetti che ne derivano sul mercato¹⁰⁹.

Sotto un secondo profilo, spesso l’AGCM associa all’ordine di cessazione dell’illecito degli obblighi di comunicazione, nella forma di relazioni, riguardanti le misure adottate e finalizzate a monitorare l’ottemperanza¹¹⁰. In questo modo, si è creata la necessità di controlli d’ufficio successivi sulle condotte adottate dell’imprese. È evidente che tale attività di monitoraggio, proprio perché continua e non puntuale, è molto simile a quella regolatoria.

Infine, in alcune occasioni, l’AGCM ha optato per una formulazione della diffida non consistente in un generico ordine di cessazione bensì nell’imposizione alle imprese di più dettagliate misure positive, sia di carattere comportamentale sia di carattere strutturale¹¹¹.

¹⁰⁵ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 2 agosto 2004, n. 5368, par. 2. Nella prassi decisionale dell’AGCM, cfr. provvedimento n. 21162, 26 maggio 2010, caso I717, *Transcoop-Servizio Trasporto Disabili*, in Boll. n. 22/2010, in cui l’AGCM ha ordinato al Consorzio Transcoop Bus s.c. di porre immediatamente fine all’infrazione accertata e di adottare *“le misure necessarie per ristabilire le condizioni di concorrenza nel mercato, comunicando all’Autorità, entro trenta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte a tal fine”*.

¹⁰⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 6 novembre 2006, n. 6522, par. 4.4. Nello stesso senso cfr., più di recente, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 8 aprile 2014, n. 1673.

¹⁰⁷ TAR Lazio, sez. I, sentenza 30 novembre 2005, n. 12726, par. 7.2.

¹⁰⁸ *Ib.*

¹⁰⁹ TAR Lazio, sez. I, sentenza 25 settembre 2002, n. 8235. *Contra*, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 29 febbraio 2008, n. 760, par. 12, TAR Lazio, sez. I, sentenza 29 dicembre 2007, n. 14157, par. 3.3, che si è pronunciata sul provvedimento n. 16404, 25 gennaio 2007, caso I646, *Produttori Vernici Marine*, in Boll. n. 4/2007.

¹¹⁰ *Ex multis*, provvedimenti n. 13268, 10 giugno 2004, caso I530, *Enel Produzione-Endesa Italia*, in Boll. n. 24/2004, n. 11421, 21 novembre 2002, caso A329, *Blugas-Snam*, in Boll. n. 47/2002, n. 8546, 28 luglio 2000, caso I377, *Rc Auto*, in Boll. n. 30/2000.

¹¹¹ La casistica è molto ricca. Ad esempio, si pensi alla modifica dell’atto costitutivo di una società volta all’eliminazione di clausole anticoncorrenziali (provvedimento n. 520, 27 maggio 1992, caso I32, *Pro.Cal*, in Boll. n. 10/1992), alla stipulazione di

Questa prassi pone due ordini di problemi. In primo luogo, il potere di imporre questo tipo di misure non è espressamente previsto né dalla normativa nazionale né da quella europea la quale attribuisce unicamente alla Commissione il potere di constatare infrazioni e obbligare, mediante decisione, i destinatari a porre fine all'infrazione imponendo misure correttive di natura comportamentale e strutturale¹¹². Inoltre, indipendentemente dall'adesione all'orientamento favorevole al riconoscimento di questo potere anche alle autorità di

nuovi contratti tra un'impresa in posizione dominante e i propri clienti in sostituzione dei precedenti ritenuti illeciti (provvedimento n. 452, 10 aprile 1992, caso A4, *Ancic/Cerved*, in Boll. n. 7/1992) o, ancora, alla predisposizione, da parte di un'impresa in posizione dominante, di apposite infrastrutture per consentire a terzi lo svolgimento di servizi in autoproduzione (provvedimenti n. 1845, 16 marzo 1994, caso A56, *Società per Azioni Esercizi Aeroportuali*, in Boll. n. 11/1994, n. 1017, 17 marzo 1993, caso A11, *Ibar/Aeroporti di Roma*, in Boll. n. 6/1993). Esempi di diffide aventi carattere conformativo-dirigistico sono riscontrabili, altresì, nei provvedimenti n. 15632, 28 giugno 2006, caso A362, *Diritti calcistici*, in Boll. n. 26/2006, n. 15174, 15 febbraio 2006, caso A358, *Trans Tunisian Pipeline Company-Eni*, in Boll. n. 5/2006 e n. 15604, 14 giugno 2006, caso I641, *Rifornimenti aeroportuali*, in Boll. n. 23/2006. Sul rischio che un potere di diffida così ampio in materia *antitrust* possa comportare l'adozione di misure tipiche del dirigismo economico v. M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, 1998, p. 494 ss.

¹¹² Cfr. art. 7 del Regolamento (CE) n. 1/2003, ai sensi del quale la Commissione, al fine di obbligare un'impresa a porre fine all'infrazione constatata, "*può imporre l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione. I rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale*". Per un esempio di misura comportamentale si veda la decisione della Commissione del 24 maggio 2004, caso COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, in cui la Commissione, dopo aver accertato l'abuso di posizione dominante posto in essere da Microsoft mediante una limitazione dell'interoperabilità tra PC che operano in Windows e server per gruppi di lavoro non Microsoft nonché mediante l'abbinamento del programma Windows Media Player (WMP) a Windows, ha imposto le seguenti misure correttive di carattere comportamentale: (i) per quanto riguarda l'interoperabilità, ha ingiunto a Microsoft di rendere pubbliche, entro 120 giorni, informazioni complete ed accurate sulle interfacce che consentano ai server per gruppi di lavoro non Microsoft di raggiungere la completa interoperabilità con i PC e i server che operano in Windows; (ii) per quanto riguarda le vendite abbinata, ha imposto a Microsoft di offrire ai produttori di PC, entro 90 giorni, una versione del sistema operativo Windows per PC client senza WMP. In dottrina, la disomogeneità fra la disciplina europea e quella nazionale sotto questo profilo è stata messa in luce da K. MARCANTONIO, *La decisione con impegni e l'esercizio della funzione antitrust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5 (2012), p. 555.

concorrenza nazionali¹¹³, la dottrina ha giustamente sottolineato come l'AGCM, imponendo degli obblighi di *facere* alle imprese che abbiano violato le norme *antitrust*, tenda a conformare il comportamento dell'impresa nel mercato così comportando una contaminazione regolatoria delle funzioni a tutela della concorrenza¹¹⁴. Anche in tal caso, i giudici hanno tentato di arginare questa tendenza dell'AGCM a dirigere e modificare l'assetto strutturale dei mercati ammettendo implicitamente il potere di imporre i rimedi più idonei per l'eliminazione delle infrazioni, siano essi di carattere comportamentale o strutturale, ma ritenendoli giustificati solo quando conformi ai canoni della “ragionevolezza” e della “proporzionalità”¹¹⁵.

Il profilo sostanziale. Come già precedentemente rilevato, le regole *antitrust* pongono essenzialmente obblighi di non fare e vietano i comportamenti delle imprese che riducono la pressione della concorrenza sul mercato ma non impongono obbligazioni di *facere*. Tuttavia, ci sono alcune dottrine *antitrust* che, di fatto, impongono delle obbligazioni positive – in particolare con riferimento alla condotta unilaterale delle imprese in posizione dominante – e che danno luogo ad esiti molto vicini a quelli conseguibili tramite la regolamentazione di settore.

¹¹³ In particolare, si sono espressi in senso favorevole, *inter alia*, A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Diritto amministrativo*, 3 (2010), p. 503, M. LIBERTINI, *Il “private enforcement” e le sanzioni amministrative*, in *Concorrenza e mercato*, 2007, p. 361; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, (2007), p. 170. *Contra*, E. GUERRI., M. SIRAGUSA, *Gli strumenti di iniziativa dell'impresa nei procedimenti davanti all'Autorità*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust. L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Il Mulino, 2008, p. 135 ss.

¹¹⁴ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità ed i cd. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 4 (2007), pp. 762, 766.

¹¹⁵ TAR Lazio, sez. I, sentenza 20 febbraio 2008, n. 1542, par. 2.2. Nel medesimo senso si sono espressi i giudici relativamente alle misure imposte nel provvedimento relativo al caso *Gas tecnici* (provvedimento n. 15392, 26 aprile 2006, *Sapio Produzione Idrogeno Ossigeno - Rivoira - Società Italiana Acetilene e Derivati*, in Boll. n. 17/2006), ritenendo insufficiente la motivazione delle “invasive” misure strutturali consistenti in una modifica del controllo societario delle imprese comuni, e “non spiegate” le ragioni per cui gli obblighi transitori comportamentali non fossero stati considerati di per sé sufficienti a garantire la legittimità dell'operato delle imprese comuni (TAR Lazio, sez. I, sentenza 15 gennaio 2007, n. 204., par. 6.4). Anche in secondo grado è stato confermato – pur incidentalmente – che la misura strutturale impartita fosse “gravissima”, “sproporzionata” e “irragionevole” (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 7 marzo 2008, n. 1006, par. 19.2).

I più chiari esempi di queste dottrine prescrittive (nel senso che prescrivono dei comportamenti piuttosto che vietarli) sono il divieto di imposizione di prezzi eccessivi e il rifiuto di contrarre, compresa la dottrina delle *essential facilities*. In particolare, la natura regolatoria di queste dottrine deriva dalla sovrapposizione che si registra, in concreto, tra il modo di operare delle regole di concorrenza che governano i prezzi eccessivi e le infrastrutture essenziali, da un lato, e i classici strumenti regolatori, di fissazione del prezzo e obblighi di accesso, dall'altro.

Per prezzo "eccessivo" si intende un prezzo che sia, in misura significativa e costante, superiore al prezzo competitivo. La possibilità per le imprese di praticare un prezzo sovracompetitivo presuppone, tuttavia, la detenzione di un certo potere di mercato. In un mercato su cui insista una concorrenza perfetta, le decisioni delle imprese non sono in grado di influire sul prezzo di mercato dei beni. Quest'ultimo, determinato dall'interazione tra domanda ed offerta, viene subito dalle stesse, che si pongono come *price takers*. Secondo gli economisti, in questa forma di mercato, il prezzo competitivo coincide con il costo marginale o incrementale di breve periodo. Teoricamente, un prezzo superiore a tale voce di costo sarebbe, quindi, "eccessivo"¹¹⁶. Tuttavia, in condizioni di concorrenza perfetta, le imprese non sono in grado di praticare prezzi sovracompetitivi, ovvero superiori al costo marginale o incrementale di breve periodo. Ciò in quanto, data la perfetta elasticità della domanda, i clienti preferirebbero acquistare dai concorrenti e l'impresa subirebbe una perdita di profitto ed una riduzione della sua quota di mercato¹¹⁷. Senonché, la concorrenza perfetta costituisce una forma di mercato quanto mai rara. Difatti, nelle maggior parte delle industrie, caratterizzate da economie di scala e di scopo, *network effects* e costi per il cambiamento del fornitore, nonché nei *two-sided markets*, le imprese spesso detengono potere di mercato, si confrontano con una domanda non perfettamente elastica ed hanno necessità di remunerare elevanti costi fissi. In queste industrie dinamiche, le imprese, per essere incentivate ad investire, devono avere la certezza di poter applicare prezzi significativamente superiori al costo marginale o incrementale della produzione. Le stesse sono in grado di farlo proprio in virtù del potere di mercato che solitamente detengono. Ne discende che, in questi mercati, identificare quale sia

¹¹⁶ Viceversa, un prezzo inferiore a tale voce di costo non sarebbe sostenibile senza incorrere in perdite per ogni cliente marginale.

¹¹⁷ R. WHISH R., D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford University Press, 2015, pp. 759-761.

il prezzo competitivo e, di conseguenza, quando un prezzo possa dirsi “eccessivo” perché superiore al primo, diviene un’operazione decisamente più complessa¹¹⁸.

Alla luce di quanto sopra, l’esigenza di garantire una tutela contro l’imposizione di prezzi sovracompetitivi, che permea la disciplina della concorrenza, trova un limite sia nella necessità di evitare l’impatto negativo su investimenti ed innovazione che un controllo dei prezzi necessariamente implica, sia nella difficoltà di identificare di volta in volta il prezzo competitivo da impiegare quale parametro di riferimento¹¹⁹. Ciò spiega perché, ad oggi, la Commissione europea abbia fatto una limitata applicazione di tale dottrina. Sebbene i criteri per stabilire l’eventuale carattere eccessivo di un prezzo siano stati definiti proprio a livello europeo, più significativa è stata la loro applicazione a livello nazionale.

In *United Brands*¹²⁰, la Corte di Giustizia dell’Unione europea ha delineato il test legale per verificare se un determinato prezzo possa ritenersi ragionevole in rapporto al valore economico del prodotto o servizio. A tal fine, è richiesto un duplice accertamento, ossia: (i) “stabilire se vi sia un’eccessiva sproporzione tra il costo effettivamente sostenuto ed il prezzo effettivamente richiesto e, in caso affermativo”, (ii) “accertare se sia stato imposto un prezzo non equo, sia in assoluto sia rispetto ai prodotti concorrenti”¹²¹. La prima parte del test

¹¹⁸ Per la tesi circa la configurabilità in queste industrie, quale prezzo competitivo di riferimento, di un prezzo superiore al *long-run average incremental cost* dell’impresa dominante, che si determinerebbe in assenza di barriere all’entrata o all’uscita, v. R. O’DONOGHUE, J. A. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, pp. 739-740.

¹¹⁹ Si noti che, proprio per tali ragioni, negli Stati Uniti non sussiste analogo disciplina sanzionatoria. Su questa questione, M. S. GAL, *Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the E.C.: Two Systems of Belief About Monopoly?*, in *Antitrust Bulletin*, 49 (2004), pp. 346-358.

¹²⁰ Corte di Giustizia UE, sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV/Commissione*, in Racc. 1978, 207. In tal caso, la Commissione aveva fondato il giudizio di eccessività dei prezzi di vendita delle banane praticati da UBC in taluni Stati Membri unicamente sul loro divario – talvolta in misura superiore al 100% – rispetto a quelli praticati in Irlanda. La Corte di Giustizia ha invece sostenuto che, per dimostrare che il prezzo delle banane fosse effettivamente “eccessivo” – ossia “privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita” – la Commissione avrebbe dovuto analizzare la struttura dei costi di produzione di UBC ed operare un “raffronto tra il prezzo di vendita del prodotto in questione e il suo costo di produzione, raffronto da cui risulterebbe l’entità del margine di profitto”).

¹²¹ Corte di Giustizia UE, sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV/Commissione*, in Racc. 1978, p. 207, par. 252. Nella decisione del 23 luglio 2004; caso COMP/A.36.568/D, *Scandlines Sverige*

consiste nel c.d. “price-cost comparison”¹²². La seconda parte del test richiede che si valuti se il prezzo, oltre che eccessivo, sia altresì iniquo, di per sé ovvero in comparazione con i prodotti concorrenti.

Senonché, come riconosciuto dalla stessa Corte, una precisa analisi dei costi di produzione e dei ricavi rapportata al valore economico dei beni o servizi resi non è immune da difficoltà¹²³. Inoltre, svariate problematiche sono insorte anche nell’applicazione della seconda parte del test¹²⁴, tra cui l’assenza di indicazioni nella prassi applicativa in merito a quali prodotti dei concorrenti debbano essere presi in considerazione e come si debba procedere nell’ipotesi in cui i prezzi praticati da questi ultimi – ovvero quelli praticati nel mercato di confronto – siano essi stessi troppo alti o troppo bassi¹²⁵; la possibilità che la divergenza

AB c. Port of Helsingborg, parr. 147-149, disponibile *on-line* all’indirizzo http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36568/36568_44_4.pdf, la Commissione ha confermato la natura cumulativa dei due accertamenti.

¹²² Al fine di determinare la natura eccessiva di un prezzo è necessario operare un’analisi dei costi di produzione e del margine di profitto dell’impresa dominante, valutando quindi la congruità del prezzo praticato rispetto agli stessi. Corte di Giustizia UE, sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV/Commissione*, in Racc. 1978, 207, parr. 251-252.

¹²³ Tali problematiche sono state riscontrate anche a livello nazionale. V. provvedimento n. 10115, 15 novembre 2001, caso A306, *Veraldi/Alitalia*, in Boll. n. 46/2001, par. 125 ss. In tal caso, l’AGCM ha cercato di analizzare i costi e ricavi di Alitalia, per verificare l’eventuale natura eccessiva delle tariffe dalla stessa praticate sulla rotta Milano-Lamezia Terme. Stante la non attendibilità dei criteri di allocazione dei costi indicati dalla compagnia, l’AGCM ha dovuto ricostruire un indicatore di costo medio per passeggero, ottenuto prendendo come parametro di riferimento quattro rotte simili alla rotta Milano-Lamezia Terme. Dal raffronto tra tale indicatore di costo ed il ricavo medio per passeggero realizzato da Alitalia sul mercato rilevante è emerso un margine di profitto pari al 31-32%, che l’AGCM non ha ritenuto indicatore inequivocabile di irragionevole sproporzione tra prezzo e valore economico della prestazione.

¹²⁴ V., ad esempio, Commissione europea, decisione 23 luglio 2004; caso COMP/A.36.568/D, *Scandlines Sverige AB/Port of Helsingborg*, disponibile *on-line* all’indirizzo:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36568/36568_44_4.pdf. In tal caso, l’impossibilità di separare dai costi totali i costi relativi ai servizi specificamente coperti dalle tariffe contestate, la mancanza di indicazioni su quale sia un ragionevole margine di profitto, l’incidenza dei fattori intangibili nella valutazione del valore economico del servizio reso e l’impossibilità di comparare le tariffe con quelle degli altri porti a causa delle significative differenze tra gli stessi, hanno portato la Commissione a ritenere insufficientemente dimostrata la natura iniqua delle tariffe praticate dal porto di Helsingborg agli operatori di traghetti.

¹²⁵ V., ad esempio, Corte di giustizia UE, sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV/Commissione*, in Racc. 1978, 207,

rispetto ai prezzi di confronto vada imputata a differenze qualitative tra i prodotti ovvero differenti caratteristiche del mercato¹²⁶ e, infine, l'assenza di un criterio oggettivo alla stregua del quale identificare un prezzo iniquo di per sé¹²⁷.

A dette complicità va ad aggiungersi il problema delle poche risorse a disposizione per svolgere complesse analisi di questo tipo, nonché il rischio di sfociare in un'attività di regolamentazione dei prezzi, che esorbita dalle competenze delle corti e delle autorità garanti della concorrenza¹²⁸. A tal proposito, è stato osservato che, a causa dell'attività di vigilanza in

par. 243 in cui la Commissione erratamente aveva ritenuto profittevoli i prezzi praticati in Irlanda, non considerando le perdite ivi registrate; AGCM, provvedimento n. 10115, 11 novembre 2001, caso A306, *Veraldi/Alitalia*, in Boll. n. 46/2001, par. 158-163.

¹²⁶ V. Corte di Giustizia UE, sentenza 13 luglio 1989, cause riunite 110/88, 241/88 e 242/88, *François Lucazeau e altri c. Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique e altri*, in Racc. 1989, 2811, par. 25 (in caso di raffronto con i prezzi praticati in altri Stati membri, “*spetta, in questo caso, all’impresa di cui trattasi giustificare le differenze basandosi sulle diversità obiettive tra la situazione dello Stato membro interessato e quella prevalente in tutti gli altri Stati membri*”). Eventuali differenze di prezzo tra diversi paesi sono imputabili, ad esempio, alla diversità dei regimi fiscali, delle condizioni del mercato del lavoro, dei livelli di reddito ovvero al differente grado di elasticità della domanda, cfr. Commissione europea, decisione 23 luglio 2004, caso COMP/A.36.568/D, *Scandlines Sverige AB/Port of Helsingborg*, par. 155-156, disponibile [on-line all’indirizzo http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36568/36568_44_4.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36568/36568_44_4.pdf).

¹²⁷ Per una più approfondita disamina sul punto in dottrina, v. V. MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi “non equi”*, Giuffrè, 1989, pp. 137-138.

¹²⁸ Cfr. AGCM, provvedimento n. 6926, 25 febbraio 1999, caso A221, *SNAM - Tariffe di vettoriamiento*, in Boll. n. 8/1999, par. 180, in cui l’AGCM chiarisce il suo intento di non agire come *price regulator*; Corte d’Appello di Milano, ordinanza 16 maggio 2006, *Telecom Italia S.p.A./Fastweb S.p.A.* In questo ultimo caso, il giudice cautelare si è dichiarato incompetente a valutare l’eventuale incongruità delle tariffe di terminazione praticate da Fastweb a Telecom, ritenendo che l’individuazione del giusto prezzo presupponesse valutazioni tecnico-discrezionali spettanti all’autorità di disciplina del settore. La mancata previa regolamentazione delle tariffe di terminazione è stata considerata “*una forma di regolazione indiretta*” – il cui fondamento va ravvisato nella volontà dell’autorità regolatoria di garantire una più equilibrata situazione di competitività – su cui il giudice ha ritenuto di non poter intervenire. Cfr., in senso opposto, Consiglio di Stato, sentenza 24 giugno 2010, n. 4016, *S. SEA/AGCM*, sull’opportunità dell’intervento dell’AGCM in un mercato regolamentato, soprattutto in ipotesi di inerzia dell’autorità regolatoria. A livello europeo, v. Commissione europea, comunicato stampa 18 luglio 2007, disponibile *on-line* all’indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1113_en.htm in cui, sebbene avesse accertato che le tariffe per il *roaming* praticate da Vodafone UK, O2

merito all'ottemperanza da parte dell'impresa della decisione che accerta l'abusività dei prezzi praticati, si trasformerebbe in un'"autorità quasi regolatoria a carattere semi permanente", visto che sarebbe chiamata a verificare la perdurante liceità dei prezzi praticati dall'impresa nel caso in cui i costi o tale condizioni del mercato subiscano un mutamento¹²⁹.

Un altro tipico esempio di dottrina prescrittiva è il rifiuto di contrarre. Tale condotta abusiva ricorre quando un'impresa che ricopre una posizione dominante sul mercato di un bene necessario per la produzione di un altro bene, senza un'obiettiva giustificazione, rifiuti di fornire tale bene intermedio ad un'impresa già attiva – o che voglia entrare – nel mercato a valle, nel caso in cui questo rifiuto sia suscettibile di eliminare la pressione concorrenziale su quel mercato¹³⁰.

Il riconoscimento di un obbligo di contrarre in capo ad un'impresa dominante trae origine dalla c.d. dottrina delle *essential facilities* che, a sua volta, è riconducibile alla giurisprudenza delle corti statunitensi¹³¹. Con il termine *essential facility* si fa riferimento ad un'infrastruttura di regola indispensabile per operare in un dato mercato. La giurisprudenza

UK, Vodafone Germany e T-Mobile Germany fossero eccessive, la Commissione ha chiuso le indagini, a seguito della intervenuta regolamentazione delle stesse.
¹²⁹ OECD, *Excessive Prices*, 2011 Policy Roundtable, DAF/COMP(2011)18, Parigi, p. 312, disponibile on-line all'indirizzo <http://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf> (consultato il 13 luglio 2016).

¹³⁰ In tema di rifiuto di contrarre, v. A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law. Texts, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2014, pp. 510-551, M. LIBERTINI., *Diritto della Concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2014, p. 340 ss., C. W. BELLAMY, G. D. CHILD, *European Union law of competition*, Oxford University Press, 2013, pp. 696-701 e 832-840, F. E. GONZALEZ-DIAZ, R. SNELDERS (a cura di), *EU Competition Law. Volume 5. Abuse of dominance under Article 102 TFEU*, Claeys & Casteels, 2013, pp. 385-514, P. MERLINO, G. FAELLA, *Strategic Underinvestment as an Abuse of Dominance under EU Competition Rules*, in *World Competition Law and Economics Review*, 36(4) (2013), p. 513 ss., R. O' DONOGHUE, A. J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, pp. 509-589, M. SIRAGUSA, E. GUERRI, G. FAELLA, *L'abuso di posizione dominante (art. 3, L. 10.10.1990, n. 287)*, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Utet, 2010, pp. 1121-1226, H. H. LIDGARD, *Application of Article 82 EC to Abusive Exclusionary Conduct – Refusal to Supply or to License*, in *Europättslig Tidskrift*, 4 (2009), p. 694 ss., U. MULLER, A. RODENHAUSEN, *The Rise and Fall of the Essential Facility Doctrine*, in *European Competition Law Review*, 5 (2008), p. 310 ss., V. MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Giappichelli, 2003, p. 210 ss.

¹³¹ J. TEMPLE LANG, *The Principles of Essential Facilities in European Community Competition Law – The Position Since Bronner*, in *Journal of Network Industries*, 1 (2000), p. 375 ss.

delle corti europee ha progressivamente chiarito quando un *input* può essere considerato essenziale per l'impresa richiedente, allo scopo di evitare che l'obbligo di fornitura divenga un espediente a disposizione delle imprese nuove entranti per avere accesso a *input* realizzati grazie agli investimenti dell'impresa dominante. La sentenza cardine è *Oscar Bronner*¹³², in cui la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha adottato un approccio piuttosto restrittivo, chiarendo che, perché un *input* possa considerarsi indispensabile, (i) esso deve essere essenziale per l'esercizio dell'attività che il richiedente si propone di svolgere (non bastando che sia semplicemente più conveniente o utile)¹³³, e (ii) non devono sussistere “*soluzioni alternative, anche se meno vantaggiose*”, essendo anzi necessaria la presenza di “*ostacoli di*

¹³² Corte di Giustizia UE, sentenza 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner*, in Racc. 1998, I-7791. Cfr., in dottrina, M. A. BERGMAN, *The Bronner Case - A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine?*, in *European Competition Law Review*, (2000), pp. 59-63; M. SIRAGUSA, M. BERETTA, *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in *Contratto e Impresa/Europa*, (1999), p. 260 ss.

¹³³ Si veda, in merito, Corte di Giustizia UE, sentenza 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner*, Racc. 1998, I-7791, parr. 40-45 e Tribunale UE, sentenze 15 settembre 1998, cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS) et al./Commissione*, in Racc. 1998, II-3141, 12 giugno 1997, causa T-504/93, *Tiercé Ladbroke SA./Commissione*, in Racc. 1997, II-923. In *European Night Services*, il Tribunale ha parimenti escluso la sussistenza di un obbligo da parte di European Night Services di fornire motrici speciali ai propri concorrenti, osservando che la Commissione non aveva dimostrato l'impossibilità dei terzi di procurarsi tali macchinari presso altri soggetti (e considerando che data l'esigua quota di mercato detenuta dalla stessa, un eventuale rifiuto di fornire non potesse avere effetti escludenti). Nella sentenza *Tiercé Ladbroke*, il Tribunale ha ritenuto che il diritto di trasmettere immagini *live* delle corse ippiche non costituisse un *input* indispensabile per l'esercizio dell'attività principale di allibratore svolta dalla società belga Ladbroke, dal momento che quest'ultima era già presente su tale mercato, ma che si qualificasse semplicemente come un “*servizio aggiuntivo*”. Nell'ambito di un'azione di accertamento negativo promossa da Publitalia contro Sky, il giudice ordinario ha ritenuto che il rifiuto della prima società di concedere a Sky l'accesso agli spazi pubblicitari delle consociate reti RTI per promuovere la propria offerta televisiva a pagamento non costituisse abuso di posizione dominante, in quanto faceva difetto il requisito dell'indispensabilità dell'*input*. La fornitura di spazi pubblicitari è stata, infatti, ritenuta “*non strutturalmente necessaria*”, in particolare in virtù “*della possibilità tecnica della società convenuta di duplicarla*”. Secondo il Tribunale, sul mercato operavano una pluralità di fornitori i cui spazi pubblicitari potevano essere considerati un'ideale alternativa. Il Tribunale ha anche considerato che la posizione di dominanza occupata da Sky rendeva “*difficilmente ipotizzabile*” che la condotta contestata potesse avere l'effetto di escluderla dal mercato della televisione a pagamento (Tribunale di Milano, sentenza 1° giugno 2012, n. 6623, *Publitalia*).

*natura tecnica, normativa o anche economica tali da rendere impossibile o quanto meno straordinariamente difficile, per qualsiasi impresa che voglia operare sul detto mercato, creare, eventualmente in collaborazione con altri operatori, prodotti o servizi alternativi [a quello del dominante]”*¹³⁴. Occorre pertanto dimostrare che il costo di duplicare il prodotto o servizio in questione costituisce una barriera all’ingresso tale da scoraggiare qualsiasi impresa prudente a entrare sul mercato¹³⁵.

Come la dottrina dei prezzi eccessivi, anche quella delle *essential facilities* è stata oggetto di numerose critiche in quanto comporta un allontanamento dal classico modello aggiudicatorio e l’adozione, da parte delle autorità di concorrenza, di decisioni di imposizione e monitoraggio di obbligazioni positive (e, pertanto, l’esercizio di funzioni molto simili a quelle regolatorie).

In linea generale, possono essere individuate tre diverse categorie di obiezioni. In primo luogo, la giurisprudenza in materia di rifiuto di contrarre, e specificamente quella relativa alla dottrina delle *essential facilities*, costituisce una vera e propria deroga al principio per cui anche le imprese dominanti sono libere di scegliere i propri *partner* commerciali e il diritto

¹³⁴ Corte di Giustizia UE, sentenza 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner*, in Racc. 1998, I-7791, par. 43-44. Tra tali ostacoli si ritiene inclusa anche l’impossibilità di replicare l’*input* in un tempo ragionevole (Commissione europea, decisione del 21 settembre 1994, caso IV/34.600, *European Night Services*, par. 209) o a un costo che non sia “*proibitivo al punto che l’investimento non avrebbe senso dal punto di vista economico*” (Commissione europea, decisione 27 agosto 2003, caso COMP/37.685, *GVG/FS*, par. 109, 120, 148).

¹³⁵ La Commissione discute il criterio dell’indispensabilità nei suoi Orientamenti e afferma che “*non significa che, senza il fattore di produzione negato, nessun concorrente potrebbe mai entrare o sopravvivere sul mercato a valle. Un fattore di produzione è piuttosto indispensabile quando non esiste un succedaneo effettivo o potenziale sul quale i concorrenti nel mercato a valle potrebbero contare in modo da contrastare - almeno a lungo termine - le conseguenze negative del rifiuto. In questo senso, la Commissione valuterà di norma se i concorrenti potrebbero duplicare in maniera effettiva il fattore di produzione prodotto dall’impresa dominante in un futuro prossimo. Per duplicazione si intende la creazione di una fonte alternativa di fornitura efficiente che possa permettere ai concorrenti di esercitare una pressione concorrenziale sull’impresa dominante nel mercato a valle*” (cfr. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti*, in GUUE [2009], C 45/7, par. 83).

della concorrenza non impone obbligazioni positive¹³⁶. L'obbligo di concedere l'accesso all'*input* – sia che si tratti di infrastruttura fisica, sia che si tratti di proprietà intellettuale – determina un'intrusione molto forte nel diritto di proprietà del gestore della rete, anche nel caso in cui venga corrisposta una tariffa d'accesso a favore dell'impresa dominante. Quest'ultima è privata del diritto di decidere i soggetti con cui avere relazioni commerciali e talvolta è obbligata a concedere l'accesso ai propri concorrenti diretti.

In secondo luogo, l'imposizione dell'obbligo di accesso potrebbe avere degli effetti negativi sugli investimenti e sull'innovazione, riducendo gli incentivi dell'operatore storico e degli operatori alternativi a migliorare la rete esistente o svilupparne di nuove¹³⁷.

In tal caso, sembrerebbe che l'intervento del diritto della concorrenza sia a tutela dei concorrenti e non della concorrenza e intralci il dinamico sviluppo del mercato. Infatti, i nuovi entranti, di fronte al rischio di dover sottostare in futuro a obblighi di contrarre, potrebbero non avere alcun incentivo a sviluppare una propria infrastruttura e potrebbero preferire acquistare, senza rischio di mercato, il diritto di utilizzo della rete dell'operatore storico. Quest'ultimo, a sua volta, potrebbe non avere incentivi a investire ulteriormente nella rete, visto che i benefici che ne deriverebbero dovranno essere condivisi con i concorrenti. Questo fa sì che sia indirettamente incentivata una concorrenza c.d. *access-based* o tutt'al più *service-based* – in cui i concorrenti nuovi entranti si appoggiano alla rete del gestore storico e competono con esso nella fornitura dei servizi al dettaglio – piuttosto che una concorrenza c.d. *facility-based*, di natura infrastrutturale in cui ogni singolo operatore è titolare di proprie reti¹³⁸.

¹³⁶ R. O'DONOGHUE, J. A. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, pp. 514-515, M. MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, p. 68.

¹³⁷ R. O'DONOGHUE, J. A. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, pp. 515-516, M. MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, p. 68, J. A. HAUSMAN, J. G. SIDAK, *A Consumer-Welfare Approach to the Mandatory Unbundling of Telecommunications Networks*, 109 (1999), in *Yale Law Journal*, pp. 470-471.

¹³⁸ Con particolare riferimento alle comunicazioni elettroniche, la letteratura ha individuato quattro diversi tipi di concorrenza: (i) *facility-based* in cui ciascun operatore è verticalmente integrato e presente sull'intera filiera produttiva; (ii) *access-based* in cui la rete resta dell'operatore storico ma ai concorrenti è accordato un diritto di accesso; (iii) *service-based* in cui concorrenti, appoggiandosi alla rete del gestore storico, erogano servizi a valore aggiunto, e (iv) *resale-based* in cui i nuovi concorrenti che entrano nel mercato esercitano un'attività di rivendita. Sul tema, cfr. E. GALLO, E. PONTAROLLO, *Modelli alternativi di concorrenza nelle*

Sebbene, nel breve periodo, in assenza di un'autonomia infrastrutturale dei nuovi entranti, l'obiettivo è garantire loro di fidelizzare clientela mediante la fornitura di servizi tramite la rete del gestore storico, nel lungo periodo è il modello *facility-based* che garantisce il massimo benessere collettivo in quanto consente l'autonomia tecnica e commerciale degli operatori di mercato che potrebbero lanciare dei servizi diversi da quelli erogati dal gestore storico e incentiva i nuovi entranti a investire nella propria infrastruttura così da diventare autosufficienti¹³⁹.

In terzo luogo, la dottrina delle *essential facilities* non è facilmente applicabile. Infatti, una volta che sia stato dettato un obbligo di accesso, le autorità *antitrust* devono anche stabilirne prezzo e condizioni nonché svolgere una costante attività di monitoraggio sulle modalità con cui tale rimedio è applicato. Da questo punto di vista, tale dottrina potrebbe essere criticata per la complessità amministrativa dei rimedi richiesti, gli alti costi e, soprattutto, il fatto che induce le autorità di concorrenza a esercitare delle funzioni regolatorie.

Infine, vista la convergenza fra i rimedi individuati dal *framework* regolatorio e i rimedi del diritto della concorrenza nei casi di *essential facility* e abuso di posizione dominante escludente, non sempre è facile cogliere il valore aggiunto apportato dall'intervento *antitrust* quando sia già presente un obbligo di accesso imposto dalla regolazione di settore. Il quadro diventa ancora più problematico quando l'intervento *antitrust* si sovrappone alla

telecomunicazioni: l'approccio italiano, in *Mercato Concorrenza Regole*, 8(3) (2006), pp. 521-546, G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli 2005, M. BOURREAU, D. PINAR, *Service-based vs. facility-based competition in local access networks*, in *Information Economics and Policy*, 16(2) (2004), pp. 287-306, M. CLARICH, G. F. CARTEI (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2004.

¹³⁹ T. KIESSLING, Y. BLONDEEL, *The impact of regulation on facility-based competition in telecommunications*, disponibile on-line all'indirizzo http://www.tik.ee.ethz.ch/~m3i/related-work/cm/Cost-Regulation-in-Telecoms-Kiess_Mar99.pdf (consultato il 5 luglio 2016). Nel settore delle comunicazioni elettroniche, il modello di concorrenza *facility-based* è espressamente caldeggiato dalla normativa europea (cfr. art. 8, comma 2, Direttiva 2002/21/CE, cd. Direttiva Quadro, così come modificato dalla Direttiva 2009/140/CE). Secondo alcuni studi, il modello di concorrenza *facility-based* è alla base della diffusione dei servizi a banda larga, v. H. GRUBER, K. PANTELIS, *Procompetitive infrastructure sector regulation and diffusion of innovation: The case of broadband networks*, 22nd European Regional Conference of the International Telecommunications Society, Budapest, 18-21.9.2011, disponibile on-line all'indirizzo <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/52161/1/672624737.pdf> (consultato il 2 luglio 2016).

regolamentazione di settore, imponendo obblighi più incisivi e penetranti di quelli regolamentari. Ad esempio, in *Snam-ENI/AGCM*¹⁴⁰, il TAR Lazio ha annullato il provvedimento con il quale l'AGCM aveva constatato una violazione dell'art. 3 l. n. 287/1990, consistente nel rifiuto di accesso a un'infrastruttura essenziale. La condotta contestata s'inseriva in un contesto normativo settoriale che disciplinava puntualmente tempistica e condizioni di apertura del mercato e di accesso a tale infrastruttura, sotto il controllo di un'autorità di settore. L'AGCM aveva ritenuto che la condotta contestata fosse abusiva, nonostante fosse conforme alla normativa di settore. Ad avviso del TAR, l'AGCM aveva di fatto disapplicato la normativa settoriale per “*imporre [all'impresa dominante] un obbligo generale di concedere un accesso incondizionato alla propria rete a chiunque lo richiedesse, con una repentina apertura della concorrenza nel settore*”, in tal modo assumendosi “*funzioni spettanti*” all'autorità di settore (in tal caso, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico). Dunque, il TAR ha censurato l'applicazione delle norme *antitrust* per imporre obblighi più incisivi e penetranti di quelli previsti dalla regolamentazione di settore, accelerando la tempistica dell'apertura del mercato.

Tale problema si è riproposto, anche nel caso *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*¹⁴¹. Nella specie, l'AGCM ha contestato a Telecom Italia di aver opposto ai concorrenti un numero ingiustificatamente elevato e ripetuto di rifiuti di attivazione (c.d. KO) dei servizi all'ingrosso di accesso alla rete richiesti dagli operatori concorrenti. Ad avviso dell'AGCM, Telecom avrebbe trattato gli ordinativi provenienti dagli altri operatori in modo discriminatorio rispetto a quelli provenienti dalle proprie divisioni interne, sia in caso di fornitura di servizi su linee attive, sia in caso di attivazione di nuove linee. In tal modo, Telecom avrebbe ostacolato l'accesso dei concorrenti all'infrastruttura, rendendo significativamente più difficoltoso, per gli altri operatori, il processo di attivazione dei servizi di accesso alla rete.

L'accesso alla rete di Telecom era oggetto non soltanto di un'articolata regolamentazione emanata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (“AgCom”), ma

¹⁴⁰ TAR Lazio, sez. I, sentenza 3 settembre 2012, n. 7481.

¹⁴¹ AGCM, provvedimento n. 24339, 9 maggio 2013, caso A428, *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, in Boll. n. 20/2013. La decisione è stata confermata da TAR Lazio, sez. I, sentenza 8 maggio 2014, *Telecom Italia SpA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, n. 4801 a sua volta confermata da Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 15 maggio 2015, *Telecom Italia SpA/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, n. 2479.

anche di una serie di impegni offerti dall'*incumbent* alcuni anni orsono, che hanno condotto alla creazione della divisione separata Open Access, istituita per migliorare le garanzie di parità di trattamento interna-esterna, prevenendo possibili forme di *non-price discrimination*. La regolamentazione di settore, integrata dagli impegni Open Access, successivamente recepiti da specifiche misure regolamentari, prevede un dettagliato e articolato quadro di obblighi, il cui corretto adempimento è sottoposto al monitoraggio dell'AgCom e dell'Organo di vigilanza, istituito in seno all'*incumbent* per assicurare il rispetto delle garanzie di parità di trattamento previste dai suddetti impegni. Anche in questo caso, quindi, l'applicazione delle norme *antitrust* solleva delicati problemi di interferenza con la regolamentazione di settore.

La delineata tendenza regolatoria del diritto *antitrust* è criticabile sotto vari aspetti. La prima obiezione è di carattere costituzionale: la decisione che accerta l'adozione di comportamenti anticoncorrenziali è espressione di una funzione di "aggiudicazione", sia quando sia esercitata da un'autorità amministrativa sia quando sia esercitata da un'autorità giudiziaria; al contrario, la definizione del regime regolatorio rientra tra i compiti del potere legislativo. È stato quindi argomentato che le autorità di concorrenza, che esercitano una funzione di "aggiudicazione", non dovrebbero utilizzare i propri poteri per introdurre di fatto un regime regolatorio, visto che quest'ultimo compito è proprio della funzione legislativa e non di quella esecutiva o giudiziaria¹⁴². In altri termini, per il principio di separazione dei poteri, il potere legislativo non può essere usurpato da quello esecutivo o giudiziario¹⁴³.

La seconda obiezione parte invece dalla constatazione che il sistema amministrativo di *enforcement antitrust* è caratterizzato da un sistema di garanzie procedurali volte ad assicurare il contraddittorio, il rispetto dei diritti di difesa e del principio di presunzione di innocenza nonché la trasparenza dell'azione amministrativa¹⁴⁴. Negli ultimi anni, in ambito europeo, questo sistema è stato migliorato attraverso una serie iniziative per rafforzare *checks*

¹⁴² G. J. WERDEN, *Remedies for Exclusionary Conduct Should Protect Competition and Preserve the Competitive Process*, in *Antitrust Law Journal*, 76 (2009), p. 75, F. MALONE, J. G. SIDA, *Should Antitrust Consent Decrees Regulate Post-Merger Pricing?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 3 (2007), pp. 485-489.

¹⁴³ Ciò non toglie che, come vedremo meglio in seguito, nel caso ad esempio di cattura del regolatore, è chiaro che l'autorità di settore non è in grado di raggiungere gli obiettivi che l'ordinamento le ha assegnato per cui l'azione dell'autorità di concorrenza è assolutamente auspicabile. V. *infra*, Cap. 3, par. 3.1 e 3.1.1 e Cap. 4, par. 4.1.

¹⁴⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot del 26 ottobre 2010, cause riunite C-201/09 P e C-216/09 P, *ArcelorMittal*, in Racc. 2011, I-2239, par. 205.

and balances interni¹⁴⁵. Al contrario, gli istituti che sono esemplificativi della deriva regolatoria del diritto *antitrust* sul piano procedurale – si pensi, in particolare, all’istituto degli impegni – non offrono le stesse garanzie procedimentali¹⁴⁶. Si tratta, infatti, di un processo decisionale che non sempre garantisce appieno il diritto di difesa, non è del tutto trasparente e si conclude con una decisione che non è di frequente oggetto di controllo *ex post* da parte dell’autorità giudiziaria visto che, a causa della natura consensuale degli impegni, i margini

145

Si pensi, ad esempio, a: (i) la possibilità d’istituire un “*peer review panel*” interno alla DG COMP, incaricato di verificare la solidità dell’impianto accusatorio costruito dal *team* che ha istruito il caso; (ii) il pacchetto di *best practices* adottato nell’ottobre del 2011 per migliorare la trasparenza e la prevedibilità dei procedimenti e rafforzare la salvaguardia dei diritti procedurali delle parti (cfr. *Comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE*, 2011/C 308/06, *Best Practices on submission of economic evidence*, Staff Working Paper, disponibile *on-line* all’indirizzo <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>); (iii) il ruolo di garanzia esercitato dal Mediatore europeo, chiamato a vigilare sui casi di cattiva amministrazione, compresi gli eventuali abusi di potere consumati dalle istituzioni europee (cfr., ad esempio, la sintesi della decisione del Mediatore europeo del 14 luglio 2009, caso 1935/2008/FOR, disponibile *on-line* all’indirizzo <http://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/summary.faces/it/4399/html.bookmark;jsessionid=D7B81E14BEBED2BF1C281B3A37F1BDC0>). Sebbene lo sforzo che è stato compiuto sia molto apprezzabile, la dottrina ha messo in discussione la reale efficacia delle summenzionate iniziative in termini di maggior trasparenza e garanzia dei diritti delle imprese coinvolte (cfr. A. ANDREANGELI, O. BROUWER, D. FEYDEAU, I. FORRESTER, D. GERADIN, A. KOMNINOS, K. HOFSTETTER, Y. KATSOULACOS, C. LEMAIRE, M. O’REGAN, L. ORTIZ BLANCO, D. SLATER, S. THOMAS, D. ULPH, D. WAELBROECK, U. ZINSMEISTER, *Enforcement by the Commission – The Decisional and Enforcement Structure in Antitrust Cases and the Commission’s Fining System*, Report presentato alla “Fifth Annual Conference of the Global Competition Law Center”, 11-12 giugno 2009, disponibile *on-line* all’indirizzo http://www.learlab.com/conference2009/documents/The%20decisional%20and%20enforcement%20structure%20and%20the%20Commission_s%20fining%20system%20GERADIN.pdf, consultato il 5 luglio 2016, D. SLATER, S. THOMAS, D. WAELBROECK, *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?*, in *GCLC Working Paper 04/08*, 2008, pp. 35-36, disponibile *on-line* all’indirizzo www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2004-08.pdf, consultato il 3 luglio 2016, W. WILS, *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, 2004, p. 201 ss.).

146

P. LAROUCHE, *Competition and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing, 2000, pp. 127-128.

per un'impugnazione del provvedimento da parte delle imprese coinvolte sono piuttosto limitati¹⁴⁷.

Infine, è stato messo in evidenza il rischio che l'utilizzo del diritto della concorrenza in senso regolatorio restringa il novero delle condotte legittime e riduca l'efficienza dinamica scoraggiando innovazione e investimenti¹⁴⁸.

¹⁴⁷ P. LAROCHE, *Competition and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing, 2000, p. 401.

¹⁴⁸ A. DEVLIN, *Antitrust as Regulation*, in *San Diego Law Review*, 49 (2012), pp. 850-852.

Capitolo 2

CONFLITTUALITÀ E CONVERGENZA NELLA REGOLAZIONE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

SOMMARIO: 2.1 Le caratteristiche del mercato – 2.2 Alcune considerazioni generali sul processo di apertura del mercato in esame in Europa – 2.3 Le principali tappe della liberalizzazione – 2.4 Un esempio di iniziale disallineamento e successiva convergenza: le asimmetrie tariffarie nei servizi di terminazione – 2.5 Completa sovrapposizione: la regolamentazione dell'accesso – 2.5.1 La sintonia nei presupposti dell'intervento regolamentare – 2.5.2 La sintonia nei rimedi – 2.5.3 La sintonia nelle finalità sanzionatorie

2.1 Le caratteristiche del mercato

La prassi regolamentare e *antitrust* nel settore delle comunicazioni elettroniche è stata fortemente condizionata dalle caratteristiche di tale mercato. È quindi necessario prendere le mosse proprio da queste caratteristiche prima di passare all'analisi del coordinamento e delle complesse relazioni tra i due strumenti.

La prima caratteristica è che si tratta di un'industria di rete. In particolare, possono essere definite industrie di rete quelle in cui l'impresa o il suo prodotto consistono in nodi (o collegamenti) interconnessi e le connessioni tra i nodi definiscono le modalità di scambio nel settore¹⁴⁹. Inoltre, si tratta di industrie in cui l'utilizzo della rete esistente (o di alcuni elementi di essa) rappresenta un prerequisito indispensabile per poter operare nel mercato a valle e offrire il servizio al cliente finale¹⁵⁰. Nasce quindi l'esigenza di introdurre una

¹⁴⁹ M. MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, p. 82 ss., N. ECONOMIDES, *Competition Policy In Network Industries: An Introduction*, disponibile on-line all'indirizzo http://www.netinst.org/Competition_Policy.pdf (consultato il 17 luglio 2016), H. W. GOTTINGER, *Economies of Network Industries*, Routledge, 2003, p. 1 ss. Oltre alle reti di telecomunicazione, altri esempi di industrie di rete sono le reti elettriche e le ferrovie.

¹⁵⁰ Si parla in tal caso di *essential facility*. In merito alla dottrina delle *essential facilities* v. *supra* Cap. 1, par. 1.5.2.

regolamentazione nel settore che consideri sia gli aspetti tecnico-economici sia gli altri interessi in gioco (industriali, sociali, democratici)¹⁵¹.

Inoltre, in quanto industria di rete, quella delle comunicazioni elettroniche è fortemente caratterizzata dai c.d. effetti di rete, vale a dire il beneficio, per il singolo utente, è funzione diretta del numero di soggetti che utilizzano lo stesso bene o servizio. A loro volta, gli effetti di rete crescono in funzione del numero di nodi o collegamenti di cui è composta la rete – cosicché maggiore è il numero di nodi o collegamenti, maggiori saranno anche i benefici per gli utenti, che potranno raggiungere in tal modo un maggior numero di località o utenze¹⁵².

Le industrie che sono caratterizzate da effetti di rete tendono a fissare – almeno temporaneamente – il prezzo al di sotto del costo marginale con la finalità di aumentare le vendite e la domanda per i propri prodotti grazie alle esternalità di rete. Questa strategia di prezzo fa sì che queste industrie tendono a sviluppare posizioni dominanti o addirittura monopolistiche che potrebbero tuttavia risultare positive sia per i consumatori sia per il mercato in quanto il monopolista, visti gli extraprofiti che consegue, è disposto a investire in ricerca e innovazione pur di mantenere la propria posizione privilegiata. Questo implica, infine, che, in presenza di effetti di rete, l'ineguaglianza fra i vari concorrenti non è sempre una conseguenza di condotte abusive ma deriva piuttosto dalle caratteristiche del settore, in cui non si parla di concorrenza *nel* mercato ma *per* il mercato in quanto il concorrente che è vincitore in principio “prende tutto”¹⁵³.

¹⁵¹ N. ECONOMIDES, *Competition Policy In Network Industries: An Introduction*, disponibile *on-line* all'indirizzo http://www.netinst.org/Competition_Policy.pdf (consultato il 17 luglio 2016). L'Autore sottolinea tre ragioni principali per introdurre una regolamentazione delle industrie di rete: (i) l'inadeguatezza degli strumenti offerti dal diritto della concorrenza; (ii) contrapposizione tra interessi pubblici e interessi privati; (iii) maggiore preferibilità, sul piano sociale, della deviazione dall'efficienza economica.

¹⁵² Gli effetti di rete rappresentano un fattore che differenzia le telecomunicazioni da altre industrie di rete i cui servizi possono essere utilizzati in modo soddisfacente anche dal singolo utente, indipendentemente dal numero totale di consumatori che gode del medesimo servizio. In dottrina, in materia di effetti di rete, v. J. FARRELL, P. KLEMPERER, *Coordination and lock-in: Competition with switching costs and network effects*, in *Handbook of industrial organization*, 3 (2007), pp. 1967-2072, A. D. MELAMED, *Network industries and antitrust*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 23 (1999), p. 147, M. KATZ, C. SHAPIRO, *Systems competition and network effects*, in *The Journal of Economic Perspectives*, (1994), pp. 93-115.

¹⁵³ N. ECONOMIDES, *Competition Policy In Network Industries: An Introduction*, disponibile *on-line* all'indirizzo http://www.netinst.org/Competition_Policy.pdf (consultato il 17 luglio 2016).

In terzo luogo, alcuni elementi della rete di telecomunicazioni non sono duplicabili a condizioni economicamente ragionevoli da parte dei concorrenti a causa dei costi troppo elevati. I segmenti della rete non replicabili prendono il nome di “colli di bottiglia” o *bottlenecks*. Un esempio tipico è rappresentato dal segmento terminale della rete, ovvero il doppino di rame della rete di accesso in postazione fissa che collega le abitazioni alla centrale telefonica più vicina. Si tratta di un’infrastruttura che è stata costruita in passato, quando i servizi telefonici erano gestiti dal monopolista pubblico in mercati non liberalizzati. Secondo le autorità di settore, tale elemento della rete non sarebbe duplicabile in quanto la costruzione di un nuovo doppino comporterebbe notevoli costi sia di scavo sia di posa che difficilmente potrebbero essere compensati dalla remunerazione derivante dalla fornitura di servizi telefonici all’utenza finale¹⁵⁴. Detto altrimenti, il doppino in rame rappresenta il classico esempio di “*essential facility*”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Anche l’AgCom, nelle analisi di mercato del servizio di accesso all’ingrosso, ha considerato la non replicabilità dell’elemento terminale della rete. In particolare, secondo la Delibera AgCom n. Delibera n. 623/15/CONS “*Identificazione ed analisi dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa (mercati NN. 3a e 3b della Raccomandazione della Commissione europea n. 2014/710/UE e N. 1 della Raccomandazione n. 2007/879/CE)*”:

“239. L’Autorità evidenzia che, come osservato nelle precedenti analisi di mercato, la realizzazione di infrastrutture nel settore delle telecomunicazioni, in particolare di infrastrutture di accesso, richiede tempi lunghi ed investimenti ingenti e prevalentemente non recuperabili (*sunk cost*) in caso di uscita dal mercato.

240. Come noto, solo l’operatore incumbent ha effettuato gli investimenti per l’intera infrastruttura di rete in rame, di lunga distanza e di accesso, e tale fattore, unitamente ai significativi costi fissi necessari per gli scavi e per l’installazione di una rete di accesso, ha attribuito, nel corso degli anni, un notevole vantaggio competitivo a Telecom Italia ed ha scoraggiato la realizzazione di reti in rame da parte di operatori alternativi. Sebbene, come illustrato in precedenza, alcuni operatori ed Enti locali stiano sviluppando o abbiano intenzione di sviluppare reti in tecnologie diverse dal rame, in particolare in fibra ottica, la copertura di tali reti risulta, ad oggi, ancora piuttosto limitata.

241. In sintesi, benché dal mercato stiano, soprattutto di recente, provenendo numerosi segnali, non si prevede che le reti alternative, in particolare quelle di nuova generazione, raggiungano un’estensione ed una diffusione tale da alterare, nell’orizzonte temporale di riferimento della presente analisi di mercato, le attuali dinamiche concorrenziali che vedono l’incumbent come possessore della rete maggiormente usata dagli operatori alternativi”.

¹⁵⁵ Questa considerazione non è tuttavia trasponibile ai servizi internet che oramai viaggiano per lo più su frequenze radio o sul satellite.

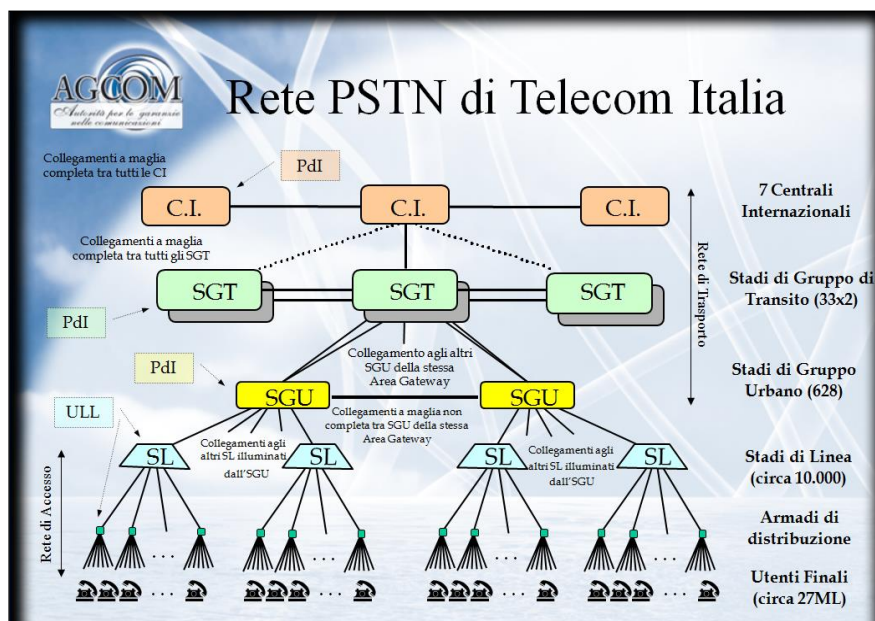


Figura 1. Rete PSTN di Telecom Italia¹⁵⁶

La quarta caratteristica risiede nel fatto che, nel settore delle telecomunicazioni, vi sono più reti interconnesse, mentre in altri servizi di rete, come ad esempio le ferrovie, la rete è unica. L'attuale architettura delle reti è costituita da tre livelli gerarchici e via via più capillari, e da un sistema centralizzato. In particolare:

- i. il *backbone* (rete di trasporto) e i collegamenti a lunga distanza sono quelli a livello superiore, che non hanno bisogno di reti capillari perché si appoggiano a quelle dell'operatore ex monopolista per raggiungere gli utenti finali¹⁵⁷;
- ii. il *backhaul* (rete di giunzione) comprende i collegamenti fra le centrali e la rete di trasporto;
- iii. il *local loop* (rete di accesso) collega i singoli utenti alla centrale tramite il segmento terminale della rete, il c.d. doppino, che sulla base della regolamentazione dell'accesso, è "affittato" agli OLO in quanto rappresenta l'elemento meno replicabile dell'infrastruttura di rete¹⁵⁸;

¹⁵⁶ F. MARINI BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, Cedam, 2013, p. 88.

¹⁵⁷ In altre parole, gli OLO (acronimo di "other licensed operators", ovvero altri operatori autorizzati) usano in parte la rete propria, in parte quella dell'operatore dominante.

¹⁵⁸ Mediante il doppino, gli OLO godono di un'indipendenza commerciale dall'operatore ex monopolista, che, una volta affittato il doppino, non è più coinvolto nel rapporto di

iv. il sistema, *hardware* e *software*, di supervisione e controllo della rete.

In Italia, la rete di accesso è di proprietà di Telecom Italia ed è costituita dai collegamenti fra i doppini in rame e le centrali locali denominate “Stadi di Linea” che servono l’intero territorio nazionale con un livello di capillarità maggiore verso l’utenza¹⁵⁹. Detto altrimenti, la rete di accesso è quella dell’operatore ex monopolista, che offre servizi di accesso disaggregato all’ingrosso alla rete locale attraverso l’affitto dell’ultimo miglio (c.d. *unbundling* del *local loop* o ULL)¹⁶⁰. Vi sono, invece, numerose reti di trasporto e di giunzione che operano in concorrenza tra loro.

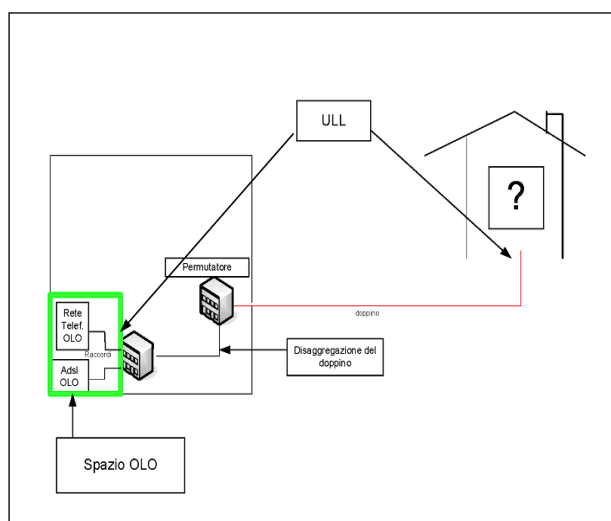


Figura 2: Architettura dei servizi ULL¹⁶¹

In breve, la struttura di mercato è caratterizzata dalla presenza di un operatore verticalmente integrato, proprietario dell’infrastruttura essenziale e dotato di un notevole potere di mercato, e di una pluralità di OLO che in genere si appoggiano alla rete dell’ex

fornitura all’utenza finale in questione. Per un’analisi di tale obbligo regolamentare di accesso v. *infra* par. 2.4.

¹⁵⁹ Gli Stadi di Linea fanno capo, a loro volta, a un centinaio di centrali “Stadio di Gruppo Urbano” e “Stadio di Gruppo di Transito”, collegate attraverso la rete di trasporto. Mentre la rete di accesso è usata per fornire i servizi di accesso telefonici e quindi per consentire al singolo utente di effettuare e ricevere chiamate, la rete di trasporto è utilizzata per trasportare le chiamate alla linea di accesso dell’utente chiamato. V. All. A alla Delibera 24/01/CIR.

¹⁶⁰ L’accesso alla rete dell’operatore storico è certamente la scelta economicamente più razionale e vantaggiosa per gli OLO che altrimenti dovrebbero sostenere costi ingenti per poter offrire i propri servizi all’utenza. Ciò non toglie che tale soluzione comporti degli inconvenienti, spesso lamentati dagli stessi OLO, in quanto alcuni tratti della rete sono gestiti congiuntamente a Telecom Italia.

¹⁶¹ F. MARINI BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, Cedam, 2013, p. 91.

monopolista per offrire i servizi telefonici all'utenza e che sono, allo stesso tempo, clienti dell'*ex incumbent* nel mercato all'ingrosso e concorrenti dello stesso nel mercato al dettaglio. Tuttavia, in virtù dello sviluppo di una tecnologia di commutazione di pacchetto, le reti di telecomunicazioni si stanno oramai evolvendo da una struttura verticale – quindi specializzata per tipi di servizi – a una struttura orizzontale multiservizio – ossia con diverse informazioni trasportate con le stesse tecniche su uno stesso mezzo trasmissivo. In tal modo, in futuro dovrebbe risultare più facile spostare la pressione competitiva dalla proprietà delle infrastrutture ai servizi.

Alla luce della descritta struttura, è estremamente importante che sia regolamentato l'accesso degli OLO all'infrastruttura essenziale di proprietà del gestore storico così che anche gli operatori alternativi, appoggiandosi alla rete esistente e non replicabile, possano competere con Telecom Italia nei servizi al dettaglio e raggiungere gli utenti dislocati su tutto il territorio nazionale.

2.2 Alcune considerazioni generali sul processo di apertura del mercato in esame in Europa

La struttura del mercato descritta nel paragrafo precedente è il risultato del processo di liberalizzazione che è stato caratterizzato da tre elementi fondamentali.

In prima istanza, si tratta di un percorso che è stato determinato dalle istituzioni dell'Unione europea le quali hanno manifestato interesse verso il settore in questione a partire dagli anni '80, quando in tutti gli Stati membri, ad eccezione del Regno Unito, erano presenti monopoli legali in cui i gestori storici godevano di diritti speciali e esclusivi¹⁶².

¹⁶² Tale situazione era giustificata da ragioni tecnico-economiche e sociali. La realizzazione di una rete telefonica fissa che fosse capillare e in grado di erogare servizi telefonici all'intera collettività (esigenze di diritto pubblico) richiedeva l'utilizzo di ingenti risorse economiche e in alcuni casi ha ricevuto un finanziamento pubblico (anche tramite la partecipazione diretta, come nel caso italiano). Al fine di garantire la sostenibilità economica, gli Stati membri avevano quindi attribuito in esclusiva ai gestori storici, oltre alla posa delle infrastrutture, anche altre attività ancillari come l'erogazione di servizi telefonici, la fornitura di apparati e terminali. In tal modo, il gestore storico erogava il servizio anche alle utenze meno profittevoli, quali quelle poste nelle aree montane e rurali, il cui traffico telefonico non era in grado di remunerare gli investimenti di rete fatti per offrire il servizio, come ad esempio la palificazione. In merito alle esigenze di servizio pubblico connesse all'erogazione del

In particolare, iniziò a emergere una serie di dubbi in merito agli effetti, sul mercato e sui consumatori, dell'esclusione di tale settore dall'applicazione della normativa in materia di concorrenza. A ciò si aggiunga che la presenza, in ciascuno Stato membro, di monopolisti dotati di diritti speciali ed esclusivi costituiva un limite importante alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi con riferimento ai terminali e ai servizi di comunicazione elettronica e, di conseguenza, un ostacolo alla realizzazione dell'obiettivo del mercato comune¹⁶³.

servizio di telefonia v. F. MARINI BALESTRA, *Il Servizio universale delle telecomunicazioni e le nuove competenze degli Enti locali: prime riflessioni sul rapporto tra normativa di mercato ed interventi sociali nel Codice delle Comunicazioni Elettroniche*, in *Giustamm.it – rivista internet di diritto pubblico*, 2 (2005). Più in generale, sul processo di liberalizzazione nel settore, v. C. CAMBINI, A. GIANNACCARI, *Le telecomunicazioni nell'era della convergenza tra nuove regole e apertura al mercato*, in F. PAMMOLLI, C. CAMBINI, A. GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia. Proposte di riforma e linee di intervento settoriali*, Il Mulino, 2007, p. 108 ss., G. MARCOU, *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, in *Il Filangieri*, 1 (2004), p. 9 ss., E. CHELI, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni. La convergenza multimediale tra telecomunicazioni e televisione*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 4 (1999), p. 77 ss., L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Giappichelli, 1999, S. CASSESE, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Giuffrè, 1998, p. 54 ss., D. CALDIROLA, *Problemi attuali: aspetti giuridici della liberalizzazione nelle telecomunicazioni*, in *Economia pubblica*, (1996), p. 121 ss.

163

Le nozioni di diritti speciali ed esclusivi non sono definite nel TFUE e sono state chiarite dalla giurisprudenza e dalla legislazione europee. I diritti speciali sono diritti che limitano l'accesso al mercato a favore di un gruppo di imprese, ponendo barriere all'ingresso di natura legislativa, regolamentare o amministrativa. I diritti esclusivi, invece, creano un monopolio legale a favore di una determinata impresa. La Direttiva n. 2000/52/CE definisce i "diritti speciali" come "*i diritti riconosciuti da uno Stato membro ad un numero limitato di imprese mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa che, con riferimento ad una determinata area geografica: limiti a due o più – senza osservare criteri di oggettività, proporzionalità e non discriminazione – il numero delle imprese autorizzate a prestare un dato servizio o una data attività; o designi – senza osservare detti criteri – varie imprese concorrenti come soggetti autorizzati a prestare un dato servizio o esercitare una data attività; o conferisca ad una o più imprese – senza osservare detti criteri – determinati vantaggi, previsti da leggi o regolamenti, che pregiudichino in modo sostanziale la capacità di ogni altra impresa di prestare il medesimo servizio o esercitare la medesima attività nella stessa area geografica a condizioni sostanzialmente equivalenti*" e i "diritti esclusivi" come "*i diritti riconosciuti da uno Stato membro ad un'impresa mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa che riservi alla stessa, con riferimento ad una determinata area geografica, la facoltà di prestare un servizio o esercitare un'attività*".

In questo quadro, è stata fondamentale l'azione dell'esecutivo europeo che ha cercato il più possibile di aprire il mercato attraverso un'interpretazione innovativa dell'art. 106 TFUE (ex art. 86 CE), successivamente avallata dalla Corte di Giustizia UE. In particolare, ciò è avvenuto con la sentenza *British Telecommunications*¹⁶⁴, con cui il giudice europeo ha precisato i casi in cui le norme poste a tutela della concorrenza e contenute nei Trattati non si applicano alle imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale. In particolare, ai sensi dell'art. 106 TFUE, queste imprese, in virtù della loro missione e per raggiungere gli obiettivi che sono loro affidati, potrebbero beneficiare di deroghe alle regole di concorrenza. Tuttavia, come precisato dalla Corte, la disapplicazione delle norme sulla concorrenza non è automatica.

Nella sentenza *British Telecommunications*, la Corte ha anche riconosciuto che, in base all'art. 106(3) TFUE, la Commissione europea ha la competenza a vigilare sulla corretta applicazione delle norme *antitrust* e, nel caso in cui fosse necessario, ha il potere di intervenire con proprie decisioni o direttive per rimuovere gli ostacoli che impedissero o ostacolassero la libera concorrenza. In tal modo, la Corte di Giustizia ha riconosciuto all'esecutivo europeo, in modo indiretto, il potere di valutare, in concreto, la possibilità di prevedere un regime derogatorio a favore delle imprese incaricate dello svolgimento di servizi di interesse economico generale.

Il settore delle comunicazioni elettroniche è così divenuto l'apripista del processo di liberalizzazione negli anni '80 ed è stato scelto dalle istituzioni europee come "*laboratorio per le riforme*", i cui risultati sono stati estesi successivamente ad altri comparti economici¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Corte di Giustizia UE, sentenza 20 marzo 1985, causa 41/83, *Repubblica italiana/Commissione*, in Racc. 1985, 873. L'intervento della Corte di Giustizia scaturì dal ricorso proposto dall'Italia contro una decisione della Commissione europea (pubblicata in GUCE, L 360/36 del 21 dicembre 1982) che aveva sanzionato British Telecom per abuso di posizione dominante in relazione a restrizioni dell'uso degli impianti e dei servizi telex e telefonici. La Corte ritenne che British Telecom, sebbene gestisse un servizio di interesse economico generale, non fosse automaticamente esentata dal rispetto delle regole di concorrenza.

¹⁶⁵ F. BASSAN, *La concorrenza nelle telecomunicazioni: riflessioni a margine della recente riforma statunitense*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2(3) (1996), p. 477 ss. È molto probabile che questo ruolo non venga meno nei prossimi anni, anzi, al contrario, si accentui. Infatti, in una fase di rinnovo delle reti fisse e di transito dalle reti tradizionali a quelle di nuova generazione, emergerà con maggiore vigore sia la problematica del contenimento fra *antitrust* e regolamentazione settoriale, sia quella del coordinamento fra la Commissione europea e le autorità di regolazione nazionali, che rischiano di rappresentare sempre più lo strumento principe di cui si

In seconda istanza, si tratta di un processo che ha registrato una forte evoluzione nel corso del tempo, soprattutto sotto il profilo delle finalità. Se è infatti indubbio che, nella fase di avvio, l'obiettivo primario era l'apertura dei mercati alla libera concorrenza e l'eliminazione degli ostacoli alla realizzazione di un mercato unico delle comunicazioni elettroniche¹⁶⁶, negli anni sono emersi ulteriori obiettivi che hanno un funzione industriale e orientata allo sviluppo tecnologico, la promozione degli investimenti e la tutela degli utenti¹⁶⁷.

Infine, si tratta di un processo in cui non è ancora stata risolta la problematica centrale, vale a dire il dubbio in merito alla possibilità di realizzare una concorrenza effettiva in un mercato che, come visto, è caratterizzato da un operatore verticalmente integrato, dotato di significativo potere di mercato e proprietario dell'infrastruttura di rete essenziale. È una questione piuttosto delicata e dibattuta che tocca il problema della separazione della rete e degli incentivi alla nascita di reti alternative a quelle dell'ex monopolista¹⁶⁸.

avvarrà l'esecutivo europeo per raggiungere i propri fini. In tal senso, il settore delle comunicazioni elettroniche potrebbe diventare il banco di prova del modello europeo di regolamentazione delle attività economiche.

¹⁶⁶ Tali obiettivi emergono chiaramente anche in un alcuni discorsi ufficiali dei rappresentanti dell'esecutivo europeo. Cfr. M. MONTI, *Remarks at the European Regulators Group Hearing on Remedies*, SPEECH/04/37, Centre Albert Borschette Rue Froissart, 26 gennaio 2004, disponibile *on-line* all'indirizzo europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-03-604_en.doc (consultato il 21 luglio 2016).

¹⁶⁷ Ciò è evidente anche nella c.d. Agenda digitale per l'Europa, una delle sette iniziative della strategia Europa 2020, lanciata dalla Commissione europea a marzo 2010. Si comprende quindi come la stessa AgCom, “*considerata la necessità di conseguire gli obiettivi previsti dall'Agenda Digitale Europea per lo sviluppo di reti di nuova generazione*”, ha stabilito di voler “*assicurare un'azione volta a promuovere l'innovazione e l'efficienza degli investimenti ed a garantire uno sviluppo coerente di tali reti sull'intero territorio nazionale*” (v. All. B alla Delibera n. 239/13/CONS, par. 1). Il documento principe in materia di Agenda digitale è la Comunicazione della Commissione europea, *Un'agenda digitale europea*, 19.5.2010, COM(2010) 245 def.

¹⁶⁸ La mancata separazione della rete dalla fornitura dei servizi dell'operatore ex monopolista ha infatti creato le premesse per una serie di problematiche competitive nel settore in quanto i nuovi entranti sono divenuti, al contempo, clienti e concorrenti dell'operatore in posizione dominante nei diversi livelli della filiera produttiva. Come vedremo nel prosieguo di tale paragrafo, questa problematica è stata in parte affrontata dal legislatore con la riforma del 2009 e l'introduzione del rimedio regolamentare della separazione funzionale.

2.3 Le principali tappe della liberalizzazione

Il processo di liberalizzazione del settore può essere suddiviso in tre tappe¹⁶⁹.

La prima fase, che ha inizio negli anni '80, è caratterizzata dall'azione dell'esecutivo europeo volta ad avviare la concorrenza in un settore organizzato in forma monopolistica e connotato da un mercato intervento pubblico e dalla proprietà pubblica. In particolare, con l'adozione del *Green Paper on the development of a common market for telecommunications services and equipments*¹⁷⁰, la Commissione europea ha fissato gli obiettivi che avrebbero guidato la sua successiva attività:

- i. liberalizzazione dei settori soggetti a monopolio. In particolare, con le direttive europee che hanno interessato prima i terminali, poi i servizi, e infine le reti, la Commissione europea ha liberalizzato le strutture monopolistiche nazionali e ha abolito i diritti speciali ed esclusivi di cui godeva il gestore storico¹⁷¹. L'apertura del mercato è stata realizzata riconoscendo ai nuovi entranti la possibilità di utilizzare la rete fissa del gestore storico per offrire i servizi all'utenza finale in concorrenza con l'ex monopolista¹⁷²;
- ii. armonizzare la disciplina per creare un mercato interno dei servizi di comunicazione elettronica. La liberalizzazione del mercato non garantiva infatti l'interoperabilità ovvero la presenza di principi comuni per l'accesso alle

¹⁶⁹ Un'analisi dettagliata delle tre tappe del processo di liberalizzazione del settore è presente in F. MARINI BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, Cedam, 2013, p. 31 ss.

¹⁷⁰ Commissione europea, *Towards a dynamic European economy. Green Paper on the development of a common market for telecommunications services and equipments*, 30.6.1987, COM(87)290 def.

¹⁷¹ Si tratta, precisamente, delle Direttive nn. 88/301/CCE ("*Terminali*"); 90/388/CEE ("*Servizi*"); 94/46/CE ("*Servizi satellitari*"); 95/51/CE ("*Servizi Via Cavo*"); 96/2/CE ("*Servizi Mobili*"); e 96/19/CE ("*Full competition*"). Precisamente, la Direttiva Terminali ha abolito i monopoli nazionali relativi all'importazione, commercializzazione, connessione e mantenimento di apparati e terminali telefonici. La Direttiva Servizi ha liberalizzato tutti i servizi, tranne quelli di fonia per cui la liberalizzazione è avvenuta nel 1998, con il recepimento della Direttiva *Full competition*. La Direttiva Servizi Mobili ha eliminato tutte le limitazioni nella fonia mobile a partire da febbraio 1996.

¹⁷² F. BASSAN, *La concorrenza nelle telecomunicazioni: riflessioni a margine della recente riforma statunitense*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2(3) (1996), p. 477 ss.

infrastrutture di rete e la fruizione dei servizi. Per rimuovere tutti gli ostacoli, diversi dai diritti speciali ed esclusivi, all'esercizio dell'attività da parte dei nuovi entranti, è stata quindi adottata la Direttiva n. 90/387/CEE (*"Open Network Provision"*) che ha fissato una serie di regole comuni per le interfacce tecniche, i principi tariffari e le condizioni di uso¹⁷³;

- iii. applicazione delle regole di concorrenza anche per i servizi di interesse economico generale. L'esecutivo europeo ha così stabilito il definitivo superamento dell'idea che l'apertura del mercato alla concorrenza avrebbe compromesso l'accessibilità ai servizi e la tutela degli utenti collocati in aree poco remunerative (in particolare quelle montane e rurali, in cui i costi derivanti dagli investimenti di rete erano maggiori dei ricavi connessi al traffico telefonico), garantita dal regime di monopolio e, dunque, dagli extraprofiti ad esso connessi e dai sussidi incrociati fra i servizi¹⁷⁴.

In tal modo, già nella prima fase del percorso in esame, è stata realizzata la piena liberalizzazione di apparati e terminali e la progressiva liberalizzazione dei servizi di comunicazione (completata solo nel 1998). Al contrario, non venne risolta la questione delle reti di comunicazione, che furono lasciate in regime di monopolio, di fatto o di diritto¹⁷⁵. Infatti, nella maggior parte degli Stati membri si è preferito privatizzare l'impresa pubblica

¹⁷³ V., inoltre, le Direttive nn. 92/44/CEE (*"Linee affittate"*), 95/62/CE (*"Servizi telefonici"*), 97/13/CE (*"Autorizzazioni"*), 97/33/CE (*"Interconnessione"*), e 98/13/CE.

¹⁷⁴ Questa questione è emersa anche successivamente, nel corso della liberalizzazione di altri settori. Sul punto, v. F. CINTIOLI, *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Giappichelli, 2010, p. 775 ss. Sui servizi di interesse economico generale e la relativa nozione, cfr. G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Giappichelli, 2008, M. LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 1351 ss., P. SOTTILI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici: disciplina comunitaria e stato di attuazione in Italia*, in A. ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Giuffrè, 1996, p. 243 ss.

¹⁷⁵ L'apertura della rete è stata successivamente realizzata con il Regolamento (CE) n. 2887/2000 relativo all'accesso disaggregato alla rete locale (o *unbundling* del *local loop*; "ULL"). Questo Regolamento ha costituito la base giuridica per obbligare i gestori storici ad "affittare" agli OLO la parte terminale della rete che, come già accennato, costituisce un classico esempio di infrastruttura essenziale non replicabile. Come vedremo, l'ULL rappresenta l'obbligo regolamentare di accesso per definizione (v. *infra*, par. 2.4).

procedendo ad una vendita *in toto* piuttosto che ad una collocazione separata dei singoli pezzi anche perché, in tal modo, ai nuovi proprietari era assicurato l'extraprofitto monopolistico¹⁷⁶. Inoltre, era in discussione la remuneratività dell'attività del gestore storico a livello *wholesale* e la sostenibilità della rete se separata dall'erogazione dei servizi¹⁷⁷.

Per quanto attiene allo strumento giuridico, l'esecutivo europeo si è avvalso di uno strumento piuttosto originale in quanto ha fatto ricorso ad una disposizione, l'art. 106 TFUE (*ex art. 86 CE*), che era in realtà adoperata proprio per legittimare i monopoli pubblici nazionali¹⁷⁸. La Commissione europea ha, al contrario, sostenuto con forza questa interpretazione innovativa della norma ritenendo che essa – oltre a impedire alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale di sottrarsi alle norme di concorrenza quando non fosse pregiudicata la realizzazione della missione loro affidata ovvero quando fosse pregiudicata l'integrazione del mercato unico – attribuisse all'esecutivo europeo una specifica potestà legislativa in materia.

Gli Stati membri tentarono di ribellarsi a questo approccio della Commissione europea per proteggere i propri monopoli. Nell'ambito di questo conflitto, è intervenuto e ha svolto un ruolo determinante il giudice europeo che ha chiarito che le norme in materia di diritto della concorrenza si applicano anche alle imprese pubbliche operanti nei settori di pubblica utilità, e che la Commissione europea ha il potere di rivolgere agli Stati membri decisioni individuali o direttive generali, sia per abolire i diritti speciali ed esclusivi, sia per imporre azioni a supporto del processo di liberalizzazione¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Sull'extraprofitto generato nel mercato di monopolio, v. *supra*, Cap. 1, par. 1.1.

¹⁷⁷ Per un *excursus* sul punto v. F. MARINI BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, Cedam, 2013, pp. 38-39.

¹⁷⁸ Sullo strumento giuridico impiegato dalla Commissione europea per abolire i diritti speciali ed esclusivi nel settore delle comunicazioni elettroniche (e sul contributo fornito dalla Corte di Giustizia UE tramite l'interpretazione della normativa rilevante), v. LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Giappichelli, 1999, p. 82 ss. Secondo l'Autore, le comunicazioni elettroniche rappresentano l'unico caso in cui la normativa di cui all'attuale art. 106 TFUE è stata applicata "*in modo così determinato e sistematico*" come strumento per liberalizzare un settore essenziale. Un altro esempio comparabile è rappresentato dal settore del gas.

¹⁷⁹ Alcuni Stati membri hanno impugnato le Direttive Terminali e Servizi della Commissione europea di fronte alla Corte di Giustizia UE sul presupposto che l'art. 106 TFUE attribuisse solo una funzione di vigilanza e non regolamentare. La Corte di Giustizia UE, nelle sentenze "*Terminali*" e "*Servizi*" (del 19 marzo 1991, causa C-202/88, in Racc. 1991, I-1223, e del 17 novembre 1992, cause riunite C-271/90, C-

Sulla spinta del processo di liberalizzazione avviato a livello europeo, nei singoli Stati membri sono state istituite le prime autorità nazionali di regolamentazione che tuttavia non erano ancora pienamente indipendenti dalla politica nazionale in quanto l'unico obbligo che fu sancito consisteva nel divieto, per tali autorità, di svolgere attività commerciali nel settore¹⁸⁰.

A livello nazionale, fu istituita l'AgCom con la l. n. 249/1997 con cui è stato completato il recepimento delle direttive europee riconducibili alla prima fase del processo di liberalizzazione. Rispetto alle altre autorità di regolamentazione europee, l'AgCom è stata connotata dall'inizio da un certo livello di indipendenza dal potere politico, prescrizione che fu introdotta a livello europeo solo con la novella del 2009¹⁸¹.

La seconda fase ha innovato il quadro normativo precedente soprattutto al fine di favorire la convergenza fra telefonia, audiovisivo e *internet*, realizzare approcci normativi

281/90, e C-289/90, in Racc. 1992, I-5833), ha in parte respinto i ricorsi, ritenendo che l'art. 106 TFUE attribuisse alla Commissione europea il potere di precisare gli obblighi presenti in capo agli Stati membri (tra i quali quello di abrogare i diritti speciali ed esclusivi), di fatto legittimando l'utilizzo dell'art. 106(3) TFUE come base giuridica per l'intervento regolamentare. Da quel momento, la resistenza opposta dalle istituzioni europee e dagli Stati membri è fortemente diminuita e la Commissione europea ha proseguito l'avviato processo di liberalizzazione.

¹⁸⁰ Tale principio fu espressamente sancito dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza 13 dicembre 1991, causa C-18/88, *Régie des télégraphes et des téléphones/GB-Inno-BM SA*, in Racc. 1991, I-5941 (v., in particolare, il par. 26 secondo cui *“il mantenimento di effettiva concorrenza e garanzie di trasparenza esigono che la definizione delle specifiche tecniche, la vigilanza sul loro rispetto e l'autorizzazione siano affidate a un organismo che sia indipendente da imprese pubbliche o private che offrono beni e servizi nel settore delle telecomunicazioni”*).

¹⁸¹ Cfr. Direttiva 2009/140/CE (*“Better Regulation”*), considerando n. 13, secondo cui occorre *“prevedere, nella legislazione nazionale, una disposizione esplicita che garantisca che un'autorità nazionale di regolamentazione responsabile della regolamentazione ex ante del mercato o della risoluzione di controversie tra imprese è al riparo, nell'esercizio delle sue funzioni, da qualsiasi intervento esterno o pressione politica che potrebbe compromettere la sua imparzialità di giudizio nelle questioni che è chiamata a dirimere. Ai sensi del quadro normativo, tale influenza esterna impedisce a un organo legislativo nazionale di deliberare in quanto autorità nazionale di regolamentazione. A tal fine, è opportuno stabilire preventivamente norme riguardanti i motivi di licenziamento del responsabile dell'autorità nazionale di regolamentazione in modo da dissipare ogni dubbio circa la neutralità di tante ente e la sua impermeabilità ai fattori esterni. È importante che le autorità nazionali di regolamentazione responsabili della regolamentazione ex ante del mercato dispongano di un bilancio proprio che permetta loro di assumere sufficiente personale qualificato”*.

comuni, imposti dalla globalizzazione delle tecnologie e dei mercati, e fissare obiettivi regolamentari chiari e precisi per le autorità di settore nazionali¹⁸².

Le motivazioni alla base della seconda fase furono indicate dalla Commissione europea nel documento “*Towards a new framework for electronic communications infrastructure and associated services. The 1999 Communications Review*”¹⁸³, che menziona la necessità di:

- i. promuovere un mercato europeo concorrenziale per i servizi di telecomunicazioni mediante la garanzia della libertà di scelta degli utenti in termini di prezzi e quantità e la varietà di servizi innovativi in grado di far fronte alle esigenze della domanda;
- ii. dotare i regolatori nazionali di un armamentario molto simile a quello utilizzato in ambito *antitrust*. Per esempio, in questa fase si assistette al superamento della presunzione di dominanza al raggiungimento della soglia del 25% della quota di mercato e si giunse all’applicazione del concetto *antitrust* di dominanza. In questo periodo, si affermò anche la definizione dei mercati rilevanti eventualmente oggetto di regolazione *ex ante*¹⁸⁴;

¹⁸² Sul nuovo quadro regolatorio del 2002, v., *ex multis*, G. DELLA CANANEA, *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, 2005, G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *L’evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, 2005, M. CLARICH, G. F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2004, F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, 2002, L. RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche, Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 3 (2002), p. 575 ss., M. SIRAGUSA, S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 3 (2002), p. 511 ss.

¹⁸³ Cfr. Comunicazione della Commissione europea, *Towards a new framework for electronic communications infrastructure and associated services. The 1999 Communications Review*, 10.11.1999, COM(1999)539 def.

¹⁸⁴ In particolare, la Commissione europea adotta una raccomandazione sui mercati rilevanti in cui sono indicati alle autorità di regolazione nazionali i settori da regolamentare. Cfr. Raccomandazioni della Commissione europea n. 879 del 17 dicembre 2007, n. 311 dell’11 febbraio 2003 e n. 7174 del 9 ottobre 2014, “*relativa ai mercati rilevanti dei prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE*”. Nell’ipotesi in cui il regolatore nazionale dovesse decidere di regolare altri mercati, diversi da quelli individuati nella Raccomandazione della Commissione europea, quest’ultima potrebbe esercitare il potere di veto (v. Direttiva Quadro, art. 7, comma 4).

- iii. rafforzare il mercato interno attraverso l'eliminazione delle barriere alla fornitura di servizi paneuropei e delle discriminazioni fra le diverse imprese europee;
- iv. consentire ai cittadini europei di beneficiare degli effetti della liberalizzazione del mercato grazie al servizio universale, tutela della riservatezza, trasparenza delle tariffe e delle condizioni d'uso.

Su queste basi e per conseguire i predetti obiettivi, sono state adottate le direttive n. 2002/77/CE (Direttiva “*Concorrenza*”), n. 2002/21/CE (Direttiva “*Quadro*”), n. 2002/19/CE (Direttiva “*Accesso*”), n. 2002/20/CE (Direttiva “*Autorizzazioni*”), n. 2002/21/CE (Direttiva “*Servizio Universale*”), n. 2002/58/CE (Direttiva “*e-Privacy*”) e il Regolamento n. 2000/2887/CE (Regolamento “*ULL*”).

Sul piano istituzionale, non è stata ritenuta necessaria la creazione di un'autorità europea di settore, mentre si è preferito lasciare le funzioni regolamentari alle autorità nazionali prevedendo, al contempo, un potenziamento degli strumenti di raccordo e cooperazione istituzionale per superare le differenze nazionali¹⁸⁵.

Tra questi è certamente di rilievo l'art. 7 della Direttiva Quadro che consente la partecipazione della Commissione europea all'attività di regolamentazione esercitata a livello nazionale. In particolare, in base a tale norma, l'autorità nazionale di regolazione deve preventivamente notificare alla Commissione europea e alle altre autorità nazionali di regolazione le proposte di imposizione dei *remedies*. Queste ultime, nei successivi trenta giorni, tramettono le proprie osservazioni¹⁸⁶.

Inoltre, sempre in un'ottica di cooperazione, è stato istituito il Gruppo Europeo dei Regulatori con l'obiettivo di favorire il raccordo tra le autorità di regolazione nazionali e

¹⁸⁵ La Commissione europea ritenne infatti che la nascita di un'autorità europea nel settore delle comunicazioni elettroniche non fosse necessaria e che la mancata armonizzazione dei rimedi a livello nazionale potesse essere superata mediante specifiche forme di coordinamento. Cfr. Comunicazione della Commissione europea, *Towards a new framework for electronic communications infrastructure and associated services. The 1999 Communications Review*, 10.11.1999, COM(1999)539 def.

¹⁸⁶ Secondo un orientamento giurisprudenziale nazionale, l'AgCom è tenuta a fornire adeguata motivazione del mancato accoglimento delle osservazioni fornite dalla Commissione europea e dalle altre autorità di regolazione nazionali (v. TAR Lazio, sez. I, sentenza 10 ottobre 2012, n. 8381, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 25 marzo 2013, n. 1645). Per una descrizione più dettagliata della procedura in oggetto v. *infra*, Cap. 4, par. 4.2.2.

supportare l'attività della Commissione europea¹⁸⁷. Sul piano della composizione, l'ERG era costituito dai vertici di tutte le autorità di settore degli Stati membri, con la partecipazione della Commissione europea che svolgeva una funzione di supporto organizzativo alle riunioni dell'ERG.

Tre anni dopo l'entrata in vigore delle direttive del 2002, l'esecutivo europeo ha avviato un nuovo processo di revisione della normativa nel settore delle comunicazioni elettroniche, considerato cruciale per migliorare la competitività internazionale dell'Unione europea¹⁸⁸. Tale processo ha condotto all'adozione delle Direttive n. 2009/136/CE e n. 2009/140/CE, del Regolamento (CE) n. 1211/2009, e della Raccomandazione 2010/572/UE relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione.

Gli obiettivi della novella del 2009 erano in particolare quello di favorire gli investimenti e porre rimedio all'elevata frammentazione che connotava ancora il settore in esame, caratterizzato da uno sviluppo molto lento di servizi transfrontalieri e da una faticosa emersione di operatori in grado di essere attivi in tutti gli Stati membri¹⁸⁹.

¹⁸⁷ *European Regulatory Group for Electronic Communications Networks and Services* o "ERG". Gli obiettivi principali dell'ERG erano lo sviluppo del mercato interno di reti e servizi di comunicazione e l'agevolazione della consultazione, del coordinamento e della cooperazione tra le autorità di regolazione nazionali e tra queste e la Commissione europea per fare sì che, nel mercato interno, i nuovi obblighi regolamentari fossero applicati in modo uniforme. Quanto agli strumenti di intervento, l'ERG poteva adottare *reports* e *common positions*. Queste ultime erano molto importanti in quanto indicavano delle linee comuni regolatorie, sebbene non vincolanti (v., sul punto, Tribunale UE, ordinanza 12 dicembre 2007, causa T-109/06, *Vodafone España, SA e Vodafone Group plc/Commissione*, in Racc. 2007, II-5151 e TAR Lazio, sez. III-ter, sentenza 22 gennaio 2009, n. 895).

¹⁸⁸ In particolare, il documento che ha dato il via a questo processo è la Comunicazione della Commissione europea, *The review of the EU regulatory framework for electronic communications networks and services*, 26.9.2006, COM(2006)334 def.

¹⁸⁹ Gli obiettivi della riforma sono indicate nell'*Impact Assessment* della proposta legislativa di modifica del quadro normativo precedente. V. Commission staff working document, *Impact Assessment, Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending European Parliament and Council Directives 2002/19/EC, 2002/20/EC and 202/21/EC - Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending European Parliament and Council Directives 2002/22/EC and 2002/58/EC - Accompanying document to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council establishing the European Electronic Communications Markets Authority* {COM(2007) 697 final} {COM(2007) 698 final} {COM(2007) 699 final} {SEC(2007) 1473}, SEC(2007)1472 def.

Dal punto di vista degli incentivi agli investimenti nelle nuove tecnologie fu prevista la separazione funzionale tra la fornitura dei servizi di rete e commerciali degli operatori storici verticalmente integrati (modello c.d. “Open Access”), rimedio che può essere imposto dalla autorità di regolazione ovvero essere il risultato di una scelta libera dell'ex monopolista¹⁹⁰. Al contrario, fu scartata l'ipotesi di una separazione strutturale in quanto avrebbe dato vita a un operatore monopolista gestore dell'infrastruttura essenziale poco incline a investire per migliorare la funzionalità della rete visto che non ne avrebbe tratto alcun vantaggio nei mercati al dettaglio¹⁹¹.

Un altro problema cruciale riguardava l'applicazione disomogenea della normativa e i limitati poteri della Commissione europea nei confronti dei regolatori nazionali, che costituivano forti impedimenti al completamento del mercato interno delle comunicazioni elettroniche. Il sistema previgente, salvo casi isolati di esercizio di un potere di veto da parte dell'esecutivo europeo (v. procedura *ex art. 7* della Direttiva Quadro), si fondava sulla cooperazione spontanea fra le autorità nazionali che alimentava le divergenze regolamentari. Sebbene le istituzioni europee avessero tentato di istituire un'autorità sovranazionale priva di poteri regolamentari ma capace di garantire una maggiore interazione fra il livello nazionale e quello europeo e di vigilare sui servizi transfrontalieri, a causa dell'opposizione delle autorità di regolazione nazionali che si appellavano al principio di sussidiarietà, si optò per un'istituzionalizzazione del ruolo dell'ERG, che divenne il *Body of European Regulators for Electronic Communications* (BEREC)¹⁹².

Inoltre, sempre nell'ottica di una maggiore armonizzazione delle regole, nel caso di inottemperanza degli obblighi regolamentari, è stato introdotto un procedimento sanzionatorio

¹⁹⁰ V. Direttiva 2009/12/CE, artt. 13-*bis* e 13-*ter* come modificati dalla Direttiva 2009/140/CE, e i consideranda nn. 61 e 64 di quest'ultima.

¹⁹¹ Sul punto v. P. CONGEDO, *Separazione Funzionale o Strutturale nelle Industrie Regolate? I Vincitori non Puniscono. Possibilmente cooperano (e innovano)*, in *Concorrenza e Mercato*, 16 (2008), p. 375 ss.

¹⁹² Tale organismo fu istituito con il Regolamento (CE) n. 1211/2009. Per un *excursus* sul processo che portò all'istituzione di BEREC v. F. BASSAN, *L'evoluzione della struttura istituzionale nelle comunicazioni elettroniche. Una rete non ha bisogno di un centro*, in F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle Comunicazioni Elettroniche, Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Giuffrè, 2010, p. 42 ss.

che può condurre all'applicazione di sanzioni pecuniarie nonché al divieto di continuare a fornire reti e servizi¹⁹³.

Alla luce di queste novità, si può quindi concludere che la novella del 2009 ha aumentato la regolamentazione del settore rendendo più incisivi i poteri delle autorità di settore nazionali e introducendo, a carico dei gestori storici, dei rimedi più onerosi (si pensi, per esempio, alla separazione funzionale). Inoltre, contrariamente alle precedenti riforme realizzate nel settore, il nuovo *framework* regolatorio affianca allo storico obiettivo di tutela della concorrenza delle finalità più strettamente industriali, quali, ad esempio, la promozione di un modello *facility-based*, l'agevolazione di accordi di cooperazione fra i gestori e una maggiore attenzione al tema degli investimenti, in particolare quelli volti alla creazione di infrastrutture nuove e avanzate¹⁹⁴.

Questa novità sul piano degli obiettivi è molto importante in quanto potrebbe dare origine – ed effettivamente ha dato origine – a conflitti tra i vari obiettivi regolatori (così, per esempio, una struttura di mercato monopolistica piuttosto che aperta alla concorrenza potrebbe essere più idonea a incentivare gli investimenti nel settore). Sul punto è infatti intervenuta la Corte di Giustizia UE che ha chiarito che l'art. 8 della Direttiva Quadro non fissa alcuna gerarchia tra gli obiettivi regolamentari in quanto l'attività di contemperamento fra gli stessi è rimessa alla discrezionalità della singola autorità nazionale di regolazione e non può essere esercitata dal legislatore¹⁹⁵.

¹⁹³ V. Direttiva 2009/140/CE, considerando nn. 51 e 72 e Direttiva 2002/20/CE, art. 10, come modificato dalla Direttiva 2009/140/CE.

¹⁹⁴ V. Direttiva Quadro, art. 8, comma 5, e il D.lgs. n. 70/2012 recante il Codice delle comunicazioni elettroniche ("CCE"). In questo senso v. anche la Direttiva 2009/140/CE, considerando n. 53 (secondo cui "è opportuno incoraggiare sia gli investimenti sia la concorrenza, in modo da tutelare e non pregiudicare la scelta dei consumatori") e n. 54 (secondo cui "la concorrenza può essere promossa al meglio grazie ad un livello economicamente efficiente di investimenti in infrastrutture nuove ed esistenti, ogniquale volta sia necessario per conseguire un'effettiva concorrenza nei servizi al dettaglio").

¹⁹⁵ Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 3 dicembre 2009, causa C-424/07, *Commissione europea/Repubblica federale di Germania*, in Racc. 2009, I-11431. In tal caso, la Corte di Giustizia UE ha sancito l'illegittimità della normativa tedesca che incentivava gli operatori a costruire reti di nuova generazione tramite la deregolamentazione dei servizi resi su queste reti in quanto, in questo modo, limitava la discrezionalità e i poteri attribuiti dall'ordinamento europeo ai regolatori nazionali. Questi ultimi, come sottolineato dal giudice europeo, sebbene siano autorità nazionali, hanno poteri autonomi che non possono essere esautorati dai legislatori nazionali.

Inoltre, come menzionato, questi ulteriori obiettivi sono stati utilizzati per affermare la differenza tra l'intervento regolamentare e quello *antitrust*¹⁹⁶. In altre parole, il perseguimento, da parte della normativa di settore, di obiettivi di politica industriale (piuttosto che della promozione della concorrenza cui mira, invece, la normativa *antitrust*), non esimerebbe le imprese che hanno adottato un comportamento ad essa conforme dall'essere soggette allo scrutinio *ex post* delle autorità di concorrenza.

Se, tuttavia, gli obiettivi regolamentari possono essere in contrasto tra loro ma, al contempo, non è possibile alcuna gerarchia tra di essi, perde di valore l'argomento della diversità degli interessi protetti per giustificare il doppio intervento – regolatorio e *antitrust* – sulla medesima condotta posta in essere dal gestore storico.

2.4 Un esempio di iniziale disallineamento e successiva convergenza: le asimmetrie tariffarie nei servizi di terminazione

Come menzionato, alcune caratteristiche strutturali del mercato delle comunicazioni elettroniche (in particolare, la presenza di un operatore che gestisce un'infrastruttura essenziale per la fornitura del servizio e che è presente sull'intera filiera produttiva così da operare su più mercati e beneficiare di economie di scala) danno luogo a una serie di problemi competitivi che possono essere innanzitutto oggetto di regolamentazione di settore mediante l'imposizione di *remedies* asimmetrici, vale a dire applicati unicamente a carico delle imprese dotate di un significativo potere di mercato¹⁹⁷.

L'intervento regolamentare non esclude tuttavia il verificarsi, *ex post*, di comportamenti che, sebbene compatibili con la regolazione, siano oggetto di scrutinio *antitrust*. Ciò accade quando la normativa di settore incoraggia – o impone – condotte contrarie alla normativa a tutela della concorrenza.

In tali circostanze, emerge quindi il rischio di possibili conflitti.

Un primo esempio di interferenza fra regolazione e concorrenza è costituito dalle asimmetrie tariffarie nei servizi di terminazione.

¹⁹⁶ V. *supra*, Cap. 1, par. 1.3.

¹⁹⁷ G. FONDERICO, A. GENOVESE, *Concorrenza e regolamentazione asimmetrica nelle telecomunicazioni*”, in *Europa e diritto privato*, 1 (1999), p. 45 ss. Tali misure hanno lo scopo di riequilibrare le asimmetrie esistenti fra gli operatori.

Il servizio di terminazione è un servizio di interconnessione che consente agli utenti di comunicare tra loro anche qualora siano clienti di operatori diversi o beneficino di servizi diversi¹⁹⁸. Durante una conversazione telefonica, infatti, il gestore dell'utente chiamante presta a quest'ultimo il servizio di accesso alla propria rete telefonica in postazione fissa nonché il servizio di originazione della chiamata; il gestore dell'utente chiamato riceve la chiamata sulla propria rete e la indirizza, o meglio la termina, presso l'utenza chiamata. In altri termini, il servizio di terminazione è il servizio reso dal gestore dell'utente chiamato all'operatore chiamante. Considerato che non è l'operatore chiamante ma il suo abbonato a decidere chi contattare, il primo non ha altra scelta se non quella di acquistare i servizi di terminazione dall'operatore della rete cui è indirizzata la chiamata.

Questo è il motivo per cui ogni operatore telefonico fruisce di un monopolio sui servizi di terminazione sulla propria rete e può chiedere qualunque tariffa agli altri gestori che devono terminare una chiamata originata dai propri abbonati e diretta verso utenze attestate sulle loro reti¹⁹⁹. Vi è quindi il rischio che gli operatori degli utenti chiamanti siano costretti a versare delle tariffe di terminazione eccessivamente elevate spesso recuperate mediante l'applicazione di tariffe di chiamata più alte nei confronti dei propri abbonati²⁰⁰. Per queste ragioni, i servizi di terminazione sono stati oggetto di regolamentazione e di controllo da parte della Commissione europea.

Vista la posizione di dominanza relativa detenuta da ciascun operatore – OLO o gestore storico – nel mercato dei servizi di terminazione sulla propria rete, in un'ottica pro-concorrenziale, sarebbe stato opportuno imporre obblighi tariffari simmetrici a tutti gli operatori.

Al contrario, l'AgCom ha applicato per molto tempo tariffe diverse per i servizi resi dall'operatore storico e dagli OLO. Precisamente, l'AgCom ha consentito agli OLO di applicare tariffe più elevate di quelle dell'ex monopolista in modo da realizzare extra-ricavi e così recuperare i costi iniziali di accesso.

¹⁹⁸ Una definizione di “interconnessione” è contenuta all'art. 1, comma 1, lett. m, CCE che la definisce come “*il collegamento fisico e logico delle reti pubbliche di comunicazione utilizzate dal medesimo operatore o da un altro per consentire agli utenti di un operatore di comunicare con gli utenti del medesimo o di un altro operatore, o di accedere ai servizi offerti da un altro operatore*”.

¹⁹⁹ V., su questo punto, art. 3, comma 2, della Delibera n. 179/10/CONS.

²⁰⁰ Raccomandazione 2009/396/CE della Commissione europea in data 7.5.2009 relativa alla regolamentazione delle tariffe di terminazione su reti fisse e mobili nella UE, par. 3.

Tale scelta, perlomeno inizialmente, era comprensibile e giustificata da ragioni equitative volte a consentire agli OLO di ottenere dei guadagni a spese dell' *ex incumbent*. Infatti, come si desume dalla Delibera 11/03/CIR, la fissazione, da parte dell'AgCom, di tariffe di interconnessione non reciproche si fondava sulla necessità di tenere in considerazione gli elevati oneri di infrastrutturazione a carico degli operatori nuovi entranti e quindi di eliminare i residui vantaggi derivanti dall'integrazione verticale del gestore storico. Per tale motivo, *“l'Autorità [ha] rit[enuto] opportuno che gli operatori alternativi (...) possano richiedere la ridefinizione dei prezzi di terminazione sulle proprie reti, tenendo in considerazione anche gli investimenti necessari alla realizzazione di infrastrutture della rete di accesso”*²⁰¹. La rispondenza delle asimmetrie tariffarie a ragioni di carattere equitativo è stata espressamente riconosciuta anche dai giudici nazionali i quali hanno anche sottolineato come essa *“deve essere accompagnata da adeguati criteri di ragionevolezza e proporzionalità e da limiti temporali certi”*, in quanto *“il prevedibile aumento di quote di mercato di tali [OLO] doveva indurre l'Autorità a fissare un percorso regolatorio temporalmente certo e delimitato”*²⁰². Detto altrimenti, l'asimmetria tariffaria, in quanto *“giustificata da investimenti infrastrutturali”*, deve essere transitoria e, pertanto, cessare quando l'OLO *“riesce a guadagnare quote di mercato rilevanti”*²⁰³.

Criteri precisi e limiti temporali più certi nella regolamentazione delle tariffe di terminazione furono quindi previsti nella Delibera n. 417/06/CONS che, *inter alia*, individuava Telecom Italia e gli OLO come dominanti nei mercati dei servizi di terminazione sulla propria rete e, pertanto, imponeva, in tali mercati, dei rimedi regolamentari a tutti gli operatori telefonici. Precisamente, con tale Delibera, l'AgCom obbligò Telecom Italia a orientare al costo i prezzi dei servizi di terminazione e richiese agli OLO il rispetto di criteri di equità e ragionevolezza e una diminuzione progressiva e pluriennale dei prezzi praticati al fine di ottenere un allineamento dei prezzi praticati dal gestore storico e dagli operatori alternativi per la terminazione delle chiamate²⁰⁴. Lo schema di provvedimento dell'AgCom, che avrebbe poi portato all'adozione della Delibera n. 147/06/CONS, fu esaminato dalla Commissione europea che chiarì come, per il principio della certezza del diritto, dovrebbero essere applicati i medesimi rimedi a tutti gli operatori attivi nel mercato rilevante e un eventuale *“trattamento*

²⁰¹ Delibera n. 11/03/CIR, par. D.

²⁰² Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 21 settembre 2007, n. 4888.

²⁰³ TAR Lazio, sez. III-ter, sentenza 25 giugno 2009, n. 6442.

²⁰⁴ Cfr., Delibera n. 417/06/CONS, artt. 9 e 40.

*differenziato deve essere adeguatamente motivato*²⁰⁵. Visto che l'asimmetria delle tariffe costituiva un'eccezione, la Commissione europea invitava l'AgCom a definire un modello per il calcolo delle tariffe degli OLO che fosse basato sui costi e tenesse conto della necessità degli stessi di diventare, nel tempo, efficienti. A parere della Commissione europea, dunque, una volta che le reti degli OLO fossero divenute efficienti, non ci sarebbe stata alcuna ragione per considerare gli operatori alternativi "svantaggiati" rispetto all'*ex incumbent*.

L'AgCom ha pertanto definito, nella Delibera 251/08/CONS, un modello di costi per il calcolo del valore di terminazione che, indipendentemente dalla situazione reale, ipotizza i costi di un OLO idealmente efficiente²⁰⁶. In tale Delibera, sul presupposto che gli OLO avessero già recuperato i costi di accesso al mercato, l'AgCom ha quindi stabilito che "*il prezzo massimo del servizio di terminazione delle chiamate vocali sulla rete di Telecom Italia, dal 1° luglio 2010, dovrà essere simmetrico a quello stabilito per gli operatori alternativi notificati*"²⁰⁷.

Nonostante le chiare indicazioni provenienti dalla Commissione europea e dai giudici nazionali, l'asimmetria concessa ai nuovi entranti è stata prolungata per il tutto il periodo di riferimento della seconda analisi di mercato (2009-2012). In particolare, la Delibera 179/10/CONS ha continuato a prevedere un sistema tariffario asimmetrico: per la

²⁰⁵ V. lettera della Commissione europea all'AgCom in data 24.5.2006, prot. SG-Grefe (2006) D/202771. Analoghe considerazioni sono state espresse dalla Commissione europea nella Raccomandazione del 7 maggio 2009 sulla regolamentazione delle tariffe di terminazione su reti fisse e mobili nell'Unione europea, in GUUE 2009, L 124/67. Quest'ultima prevede che, "*nel fissare le tariffe di terminazione, ogni scostamento rispetto a un livello unico di costo efficiente deve essere dettato da differenze oggettive di costo che sfuggono al controllo degli operatori. Nelle reti fisse non è stata rilevata alcuna differenza oggettiva di costo che l'operatore non possa controllare. Nelle reti mobili un'assegnazione ineguale delle frequenze può essere considerata un fattore estrinseco che comporta differenze di costo unitario tra gli operatori*" (considerando n. 19). Con riguardo alle reti fisse, quindi, l'asimmetria dovrebbe essere ingiustificata, mentre in quelle mobili potrebbe essere giustificata solo da diverse dotazioni frequenziali.

²⁰⁶ Cfr. Delibera n. 251/08/CONS, par. 5.1.

²⁰⁷ *Idem*, art. 2. In tal modo, l'AgCom si allineava a quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui, nella regolamentazione del settore delle telecomunicazioni, non bisognerebbe incorrere nell'errore di ritenere che gli operatori alternativi debbano sempre e comunque essere aiutati a rimanere sul mercato. Quindi, l'asimmetria tariffaria, in quanto volta a favorire l'ingresso degli OLO sul mercato, è destinata ad avere una durata temporalmente limitata e deve trovare giustificazione in investimenti infrastrutturali. Cfr. TAR Lazio, sez. III-ter, sentenza 3 luglio 2009, n. 6440.

terminazione degli OLO su rete Telecom Italia, era previsto un unico tetto tariffario del prezzo indipendentemente dal livello gerarchico della rete degli OLO su cui Telecom avesse terminato il suo traffico; per la terminazione di Telecom Italia su rete degli OLO, erano fissati due tetti tariffari, sulla base del livello di interconnessione scelto dagli OLO per la terminazione cosicché per il livello più alto della rete era prevista una tariffa identica a quella degli OLO, mentre a livello locale una tariffa massima pari a circa la metà.

In tal modo, la Delibera di fatto autorizzava gli OLO a pagare la tariffa più bassa considerato che la maggior parte del traffico originato dalle reti degli operatori alternativi terminava sulla rete Telecom Italia a livello locale. Inoltre, la Delibera non poneva alcun limite ad eventuali comportamenti opportunistici che gli OLO avessero deciso di adottare. Difatti, visto che gli OLO potevano acquistare l'interconnessione al livello locale, hanno spesso agito da intermediari nei confronti degli operatori interconnessi al livello più alto della rete, rivendendo loro (a prezzi maggiorati ma comunque inferiori a quelli che avrebbe praticato Telecom Italia) i servizi di terminazione acquistati dal gestore storico.

Questo modello tariffario è stato per tali motivi fortemente criticato dalla Commissione europea che ha invitato l'AgCom a "*fissare tariffe di terminazione simmetriche orientate ai costi da applicare a tutti gli operatori*"²⁰⁸.

Nonostante il monito della Commissione europea, con la Delibera n. 229/11/CONS, è stato ulteriormente prorogato il regime di asimmetria tariffaria per tutto il 2011 ed è stato previsto il mantenimento delle tariffe stabilite per il 2010 e l'applicazione della simmetria tariffaria sulla rete in rame soltanto a partire dal 2012²⁰⁹. In tal caso, la proroga dell'asimmetria tariffaria, non potendo più essere fondata sulla volontà di incentivare l'accesso al mercato degli operatori alternativi, è stata giustificata, *inter alia*, dalla necessità di evitare un impatto economico negativo sulle risorse finanziarie degli OLO e di stimolarli ad adottare dei modelli di interconnessione effettivamente simmetrici rispetto a quelli di Telecom Italia nonché dalla convinzione che l'asimmetria tariffaria presupponga la perfetta asimmetria architeturale²¹⁰. Puntuale, è intervenuta anche in tal caso la Commissione europea la quale ha

²⁰⁸ V. lettera della Commissione europea all'AgCom in data 19.3.2010, prot. SG-Greffe (2010) D/3536.

²⁰⁹ V. Delibera n. 229/11/CONS, parr. 32-41, V.7-V.18.

²¹⁰ V. Delibera n. 229/11/CONS, parr. 32-41, V.10-V.12. Quanto alla questione dell'asimmetria architeturale, si ravvisano in realtà delle differenze importanti fra la rete di Telecom Italia e quella degli OLO. Infatti, gli OLO gestiscono il traffico mediante una rete caratterizzata da un solo livello gerarchico (corrispondente a quello

fortemente criticato l'operato dell'AgCom in quanto introduceva, a favore degli OLO, tariffe asimmetriche che non rispecchiavano i costi di un operatore efficiente²¹¹.

Su questa vicenda è intervenuto anche il giudice amministrativo adottando, tuttavia, un approccio differente nel passaggio dal primo al secondo grado di giudizio. Difatti, mentre il TAR Lazio aveva annullato le Delibere nn. 179/10/CONS e 229/11/CONS ritenendo che l'AgCom non avesse preso in debita considerazione la raccomandazione della Commissione europea e non avesse adeguatamente motivato l'estensione del regime speciale, il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza di primo grado sulla base della considerazione che le raccomandazioni europee non siano vincolanti per le autorità nazionali di regolazione e che le decisioni dell'AgCom fossero adeguatamente motivate²¹². Più precisamente, a parere del giudice dell'appello, il diverso regime tariffario era dovuto alla differente dimensione delle reti e alla conseguente diversità nella struttura dei costi di Telecom Italia e degli altri operatori. La diversità delle reti legittimava, pertanto, un diverso regime regolamentare. Allo stesso tempo, il Consiglio di Stato ha riconosciuto che, per poter realizzare un sistema di simmetria tariffaria, fosse necessario definire un modello di costi che facesse riferimento ai costi di una rete ideale, efficiente, e che rendesse irrilevante l'attuale diversità nell'architettura delle reti di Telecom Italia e degli OLO.

Per effetto di tale sentenza del Consiglio di Stato, il regime asimmetrico è stato prorogato per tutto il 2012, ignorando le indicazioni ricevute dalla Commissione europea, secondo cui soltanto delle differenze oggettive di costo che sfuggono agli operatori possono giustificare un regime asimmetrico e tale presupposto non ricorre nelle reti fisse²¹³.

Infine, la Delibera n. 668/13/CONS ha fissato la tariffa massima applicabile ai servizi di terminazione su rete fissa da parte di tutti i gestori e ha introdotto la simmetria tariffaria a partire dal 1° luglio 2013. La ragione di questa ulteriore proroga del regime di asimmetria è stata ricondotta alla necessità di contemperare il percorso verso la graduale riduzione delle tariffe con l'esigenza di tenere in conto le tempistiche necessarie per il passaggio dalla

più alto della rete Telecom Italia), mentre l'ex monopolista consegna e riceve il traffico sia al livello più alto sia a livello locale.

²¹¹ V. lettera della Commissione europea all'AgCom, in data 4.4.2011, prot. SG-Greffe (2011) D/5445.

²¹² Cfr. TAR Lazio, sez. III-ter, sentenza 14 dicembre 2011, n. 9739 e Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 15 maggio 2012, n. 2802.

²¹³ Raccomandazione 2009/396/CE della Commissione europea in data 7.5.2009 relativa alla regolamentazione delle tariffe di terminazione su reti fisse e mobili nella UE, par. 16.

tecnologia TDM alla tecnologia IP. Pertanto, per il periodo compreso tra il 1° gennaio 2013 e il 30 giugno 2013, la Delibera conferma le tariffe del 2012 per fornire certezza regolamentare agli operatori del settore²¹⁴. Telecom Italia ha quindi praticato i prezzi stabiliti dall'art. 2, comma 1, della Delibera n. 92/12/CONS, mentre gli OLO hanno offerto il prezzo riportato all'art. 1 della Delibera n. 187/13/CONS²¹⁵.

In conclusione, l'evoluzione delle tariffe nei servizi di terminazione dimostra come il rapporto fra regolamentazione e concorrenza è spesso difficile anche all'interno della stessa attività regolamentare. Tuttavia, mentre questa tensione, da un lato, è connaturata alla necessità di contemperare le varie esigenze che la regolamentazione persegue, dall'altro occorrerebbe far sì che qualsiasi eccezione alle regole di concorrenza sia giustificata da ragioni equitative e non sia in contrasto con la disciplina di settore nazionale ed europea. Da questo punto di vista, sembra condivisibile l'impostazione adottata dalla Commissione europea che, nel dialogo con l'AgCom relativamente agli interventi regolamentari in tema di tariffe di terminazione, ha sottolineato come l'asimmetria sia giustificata solo per un periodo iniziale al fine di consentire l'entrata degli OLO sul mercato e sempreché tale trattamento di favore non pregiudichi l'incentivo degli operatori alternativi a diventare più efficienti²¹⁶.

A ciò si aggiunga che l'autorità di regolazione non dovrebbe mai perdere di vista l'obiettivo di tutela dei consumatori. Se quindi potrebbe apparire giustificato prevedere, nella fase iniziale di ingresso e consolidamento nel mercato, tariffe differenziate che consentano agli OLO di recuperare i costi di entrata nel mercato, le proroghe a tempo indeterminato di tale regime speciale rappresentano un aiuto a favore degli operatori alternativi poco

²¹⁴ V. Delibera n. 668/13/CONS, par. 124.

²¹⁵ L'AgCom ha infatti ritenuto che, per il primo semestre 2013, non erano intervenute modifiche rispetto a quanto stabilito con le Delibere nn. 92/12/CIR e 187/13/CONS (v. Delibera n. 668/13/CONS, par. 124). Questa proroga ha quindi perpetuato il regime favorevole nei confronti degli OLO in quanto mentre Telecom Italia ha pagato una tariffa pari a 0,361 €/cent, gli OLO avevano a disposizione due tariffe: 0,361 €/cent per la terminazione a livello distrettuale e 0,272 €/cent per la terminazione a livello locale. Vista questa asimmetria, gli OLO hanno pagato a Telecom Italia sempre la più bassa tariffa a livello locale.

²¹⁶ Cfr. lettere della Commissione europea all'AgCom in data 7.11.2008, prot. SG-Greffe (2008) D/206734, caso IT/2008/0802, e in data 9.4.2008, prot. SG-Greffe (2008) D/201705. La Commissione europea è poi tornata sulla questione con la lettera in data 4.4.2011, prot. SG-Greffe (2011) D/5445, come integrata dal Corrigendum, prot. SG-Greffe (2011) D/7031.

comprensibile sul piano economico e causa di distorsioni sul mercato, anche a danno degli stessi consumatori.

In questo quadro, è quindi essenziale anche un adeguato scrutinio da parte del giudice amministrativo, seppure entro i confini del giudizio di legittimità, delle scelte regolatorie compiute dall'AgCom sotto il profilo della coerenza delle motivazioni.

2.5 Completa sovrapposizione: la regolamentazione dell'accesso

Una disciplina molto interessante è quella dell'accesso in quanto dimostra una perfetta coincidenza tra il diritto regolamentare e quello della concorrenza, sia sotto il profilo dei presupposti dell'intervento (essenzialità e non replicabilità dell'infrastruttura) sia sotto il profilo delle metodologie utilizzate (obbligo di fornitura) e delle finalità perseguite (ovviare alla asimmetria infrastrutturale tra gestore storico e altri operatori). I tre profili saranno analizzati nel dettaglio nei paragrafi a seguire.

Inoltre, vista la perfetta sovrapposizione fra regolazione e concorrenza in questo ambito, un successivo intervento sanzionatorio *antitrust* potrebbe risultare difficilmente giustificabile nell'ipotesi in cui non sia dimostrabile una carenza nell'intervento regolamentare. Come infatti vedremo nel prosieguo, la presenza di una disciplina dettagliata dell'accesso che garantisca il principio di non discriminazione e preveda un apparato sanzionatorio completo riduce fortemente l'eventualità di individuare dei comportamenti autonomi delle imprese che possano ostacolare o falsare la concorrenza e possano quindi essere scrutinate sotto il profilo del diritto della concorrenza. Inoltre, laddove presupposti, strumenti e finalità dei due interventi coincidono, prima di incorrere in un doppio scrutinio avente ad oggetto la medesima condotta, occorrerebbe verificare l'esistenza di una fallimento della disciplina regolatoria e, in ogni caso, garantire il rispetto dei principi di buon andamento della Pubblica Amministrazione, coerenza dell'ordinamento e certezza del diritto²¹⁷.

²¹⁷ V. *infra*, Cap. 4.

2.5.1 La sintonia nei presupposti dell'intervento regolamentare

Quanto ai presupposti dell'intervento regolamentare, come già detto, la rete di accesso rappresenta un tipico esempio di infrastruttura essenziale ed è una rete di proprietà del gestore storico, non replicabile perlomeno nella sua parte terminale²¹⁸. Per poter garantire la concorrenza nel settore, risulta pertanto necessario consentire l'accesso alla rete ai nuovi entranti.

L'accesso rappresenta la risposta del regolatore al problema dell'asimmetria infrastrutturale tra l'ex *incumbent* e gli operatori alternativi per far sì che questi ultimi possano offrire determinati servizi.

A conferma della centralità di tale nozione nella regolamentazione del settore, una direttiva specifica dedicata a questo tema è stata adottata nel quadro normativo del 2002. La Direttiva Accesso fissa infatti la disciplina dell'apertura della rete, basata sul principio della libertà degli operatori di negoziare liberamente gli accordi in tema di accesso e interconnessione²¹⁹. Il legislatore ha tuttavia previsto dei meccanismi suppletivi nell'ipotesi in cui le imprese non raggiungano un accordo. Infatti, considerata la forte differenza nel potere negoziale delle parti e visto che gli OLO *“offrono i propri servizi avvalendosi dell'infrastruttura messa a disposizione da altre imprese, è opportuno stabilire un quadro di regole che garantisca il corretto funzionamento del mercato stesso”*²²⁰. Precisamente, l'AgCom può intervenire²²¹:

²¹⁸ V. *supra*, par. 2.1.

²¹⁹ Cfr. anche il Capo III del CCE. Sul tema dell'accesso negoziato cfr. G. BOGNETTI, R. FAZIOLI, *Lo sviluppo di una regolazione europea nei grandi servizi pubblici a rete*, in *Economia pubblica*, 26(3) (1996), p. 26 ss. Occorre considerare che presupposto per l'apertura della rete è l'*unbundling* o separazione tra la titolarità della rete, gestione della rete ed erogazione dei servizi. Solo una volta che sia stata raggiunta la separazione, il regolatore può individuare quei servizi che il gestore storico è tenuto a offrire sulla rete. In dottrina, sul tema, v. F. CINTIOLI, *Reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Giuffrè, 2008, p. 143 ss., M. RENNA, *I beni a destinazione pubblica*, Giappichelli, 2003, S. C. LITTLECHILD, *Privatisation, competition and regulation*, Institute Of Economic Affairs, 2002, H. CAROLI CASAVOLI, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 3 (2001), p. 429 ss.

²²⁰ Direttiva Accesso, considerando n. 6.

²²¹ Sul tema, v. M. LIBERTINI, *Regolazione e Concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2 (2005), p. 195 ss.

- i. durante la negoziazione dei contratti di accesso e di interconnessione, nel corso della quale l'AgCom può individuare diritti e obblighi che derivano dalla normativa di settore e imporli alle imprese coinvolte. Questo modello prende il nome di "negoziatazione regolata"²²²;
- ii. al termine delle periodiche revisioni dei mercati rilevanti, mediante l'imposizione di obblighi specifici in capo all'impresa che detiene un significativo potere di mercato²²³;
- iii. sulla base di una propria iniziativa, per conseguire gli obiettivi della regolamentazione *ex art. 42, comma 5, CCE*;
- iv. in sede di composizione delle controversie tra operatori, nel caso in cui la questione abbia ad oggetto gli obblighi derivanti dal CCE e coinvolga imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, o imprese che beneficiano dell'imposizione di obblighi in materia di accesso o di interconnessione derivanti dal CCE (art. 23 CCE, c.d. "*regulation by litigation*")²²⁴.

Numerosi sono i punti di contatto con i presupposti propri degli istituti *antitrust*. Evidenti sono infatti i collegamenti esistenti tra la disciplina della separazione, del *third party access*, dell'*unbundling* e della gestione neutrale della rete, da un lato, e la dottrina delle

²²² Cfr. Direttiva Accesso, art. 5, comma 4, e CEE, art. 42, comma 5.

²²³ Cfr. CCE, art. 45 ss. Si tratta, in particolare, degli obblighi di trasparenza, non discriminazione, separazione contabile, nonché di imposizioni in materia di accesso e di uso di determinate risorse di rete e di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi, fino alla separazione funzionale della rete.

²²⁴ A livello europeo, il potere dei regolatori di risolvere le controversie tra operatori è previsto dall'art. 20 e dal considerando n. 32 della Direttiva Accesso. Su tale potere, v. in dottrina, a titolo esemplificativo, E. L. CAMILLI, M. CLARICH, *I poteri quasi giudiziali delle autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Il Mulino, 2010, p. 107 ss., A. LEONE, *La risoluzione delle controversie tra operatori*, in F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle Comunicazioni Elettroniche, Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Giuffrè, 2010, p. 273 ss., G. PESCE, *Tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi e sanzionatori e soluzioni non giurisdizionali per la definizione delle controversie tra imprese*, in M. CLARICH, G. F. CARTEI (a cura di), *Il Codice delle Comunicazioni Elettroniche*, Giuffrè, 2004, p. 405 ss., M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, 1996, p. 41 ss. La giurisprudenza ha chiarito che il procedimento di risoluzione di controversie tra operatori non è qualificabile come procedimento amministrativo ma paragiurisdizionale (cfr. TAR Lazio, sez. III-ter, sentenza 14 dicembre 2006, n. 14517).

essential facilities, dall'altro. Quest'ultima teoria consente di identificare i casi in cui il rifiuto, da parte del titolare dell'infrastruttura essenziale, di concedere l'accesso o la decisione di subordinarlo al rispetto di condizioni gravose o discriminatorie, rappresenta una condotta illecita, contraria al diritto della concorrenza²²⁵. In quest'ottica, la finalità principale della normativa di settore è quella di garantire, mediante l'imposizione di obblighi *ex ante*, l'accesso all'infrastruttura essenziale detenuta dall'*ex incumbent* a condizioni eque e ragionevoli in modo da consentire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel mercato a valle.

2.5.2 La sintonia nei rimedi

Anche sotto il profilo dei rimedi individuati dalla regolamentazione di settore per superare i problemi competitivi connessi all'accesso emerge una perfetta sovrapposizione con i classici strumenti previsti dal diritto della concorrenza.

Da questo punto di vista, meritano particolare attenzione l'obbligo di non discriminazione e gli obblighi in materia di accesso.

L'obbligo di non discriminazione è previsto dall'art. 10 della Direttiva Accesso e dall'art. 47 CCE e riflette, in ambito regolamentare, un principio estremamente importante nel diritto della concorrenza. In particolare, tale principio trova riconoscimento nell'art. 102, comma 4, TFUE che menziona, tra le pratiche vietate di abuso di posizione dominante, “*l'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza*”²²⁶.

²²⁵ Più in dettaglio, sulla dottrina delle *essential facilities* cfr. Cap. 1, par. 1.5.2. Tale collegamento è chiaro anche nella Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni - Quadro normativo, mercati rilevanti e principi, 98/C 265/02, in GUUE 1998, C 265.

²²⁶ Tale sintonia col diritto *antitrust* è espressamente riconosciuta anche dall'AgCom nella Delibera n. 499/10/CONS, par. 25. La medesima condotta è vietata dall'art. 3, lett. c), l. n. 287/1990 che, tuttavia, richiede anche che lo svantaggio competitivo determinato dalla condotta commerciale messa in atto sia “ingiustificato”. Dalla lettera della norma, si desume che la discriminazione è vietata quando ricorrano le seguenti condizioni: (i) l'impresa in posizione dominante applichi condizioni dissimili per prestazioni equivalenti; (ii) la condotta sia praticata nei confronti di clienti che si trovano in concorrenza fra loro, ponendo alcuni di essi in una situazione di svantaggio

Tuttavia, rispetto allo stesso obbligo individuato in ambito *antitrust*, la disciplina regolamentare richiede all'impresa dominante di giustificare ogni differenza, anche nel caso in cui le transazioni non siano perfettamente identiche²²⁷.

In ambito settoriale, inoltre, questo principio si caratterizza per il fatto che è declinato come principio di parità interna/esterna. Questo significa che la discriminazione non è vietata solo all'esterno – ovvero non riguarda solo la diversità di trattamento tra soggetti terzi – ma anche all'interno – occorre dunque fare sì che gli operatori alternativi abbiano accesso alla rete alle stesse condizioni praticate dall'operatore verticalmente integrato alle proprie divisioni interne²²⁸. In tal modo, si evita che l'*ex incumbent* abbia un vantaggio temporale rispetto agli OLO nel lancio di alcuni servizi di rete.

Perché sia assicurato il rispetto di tale principio, nella sua duplice valenza interna ed esterna, occorre un controllo continuo sul gestore storico e, in particolare, sui suoi processi industriali interni. Per tale motivo, come riconosciuto anche dalla Commissione europea, l'obbligo di non discriminazione, per essere effettivo, deve essere accompagnato da altri rimedi, in particolare gli obblighi di accesso e di trasparenza, nonché da misure di separazione amministrativa, contabile e funzionale²²⁹.

Quanto alle conseguenze prodotte dall'imposizione dell'obbligo di non discriminazione sulla condotta delle imprese, generalmente il rispetto di tale obbligo assieme a quello di trasparenza riduce il tasso di litigiosità tra gli OLO e l'*ex incumbent*. Occorre tuttavia

competitivo nei confronti dei rivali; (iii) la pratica sia priva di una giustificazione economica oggettiva e razionale.

²²⁷ Cfr. ERG, *Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework*, 1° aprile 2004, p. 43.

²²⁸ La declinazione del principio di non discriminazione come principio che assicura, nella disciplina di settore, non solo la parità esterna ma anche quella interna sulla base di un confronto tra il trattamento riservato ai contraenti del gestore dominante e quello accordato alle divisioni commerciali interne del gestore storico, è stata espressamente riconosciuta anche dalla Commissione europea nella lettera all'autorità di regolazione lituana in data 8.3.2010, prot. SG-Greffe (2010) D/2588, caso LV/2010/1044. L'importanza di tale principio è stata riconosciuta anche dall'AgCom che, nella Delibera n. 499/10/CONS, par. 24, stabilisce che “*l'effettiva applicazione del principio della parità di trattamento rappresenta uno dei presupposti per gli operatori concorrenti dell'operatore SMP per potere concorrere equamente con quest'ultimo sul mercato dei servizi finali, accedendo alle medesime condizioni per l'utilizzo di servizi intermedi che l'operatore notificato riserva alle proprie divisioni commerciali, società controllate e collegate*”.

²²⁹ V. lettera della Commissione europea alla Repubblica Ceca in data 11.8.2006, prot. SG-Greffe (2006) D/204563, caso CZ/2006/0453.

riconoscere che rendere più trasparenti i processi interni e le condizioni di fornitura potrebbe aumentare il rischio di collusione fra le imprese che è maggiore in mercati che presentano una struttura oligopolistica, come quello delle comunicazioni elettroniche.

Per quanto concerne gli strumenti per assicurare il rispetto del principio di non discriminazione, con la Delibera n. 152/02/CONS, sono stati imposti a Telecom Italia alcuni obblighi di separazione “*amministrativa*”²³⁰.

Il gestore storico della rete è stato obbligato a mantenere separate, dal punto di vista gestionale, le attività di rete da quelle commerciali così da ridurre gli incentivi a sovvenzioni incrociate, discriminazioni e distorsioni alla concorrenza. Tale obbligo ha quindi comportato, tra l’altro, la separazione tra le funzioni incaricate della fornitura dei servizi di rete *wholesale* e quelle incaricate della vendita al dettaglio mediante un c.d. “*chinese wall*” sui sistemi informatici interni; il divieto per le divisioni interne di usare i dati relativi alle forniture richieste dagli operatori alternativi al fine di evitare che esse potessero provare a riacquistare i clienti durante la fase di passaggio alla concorrenza; il divieto di scambio di informazioni fra le divisioni rete e commerciali; l’obbligo di adeguare la contabilità separata alla nuova disciplina e l’obbligo di redigere una relazione annuale – certificata da un soggetto terzo – che provasse la separazione tra i sistemi informativi delle funzioni di rete e quelli delle funzioni commerciali. Si tratta di strumenti che, nel quadro regolamentare del settore a livello europeo, sono stati considerati all’avanguardia.

Ulteriori rimedi sono stati introdotti successivamente. Difatti, già nel 2008 Telecom Italia ha dato il via a un progetto di separazione funzionale della rete fissa di accesso al fine di rafforzare le garanzie di parità di trattamento interna/esterna introdotte dalla Delibera n. 152/02/CONS. È stata pertanto creata la funzione separata Open Access²³¹.

²³⁰ Cfr. Delibera n. 152/02/CONS, recante “*Misure atte a garantire la piena applicazione del principio di parità di trattamento interna ed esterna da parte degli operatori aventi notevole forza di mercato nella telefonia fissa*”. Nel parere rilasciato all’AgCom sullo schema di provvedimento, l’AGCM considerò più opportuna ed efficace una separazione societaria. L’AgCom, al contrario, ritenne che un intervento volto ad imporre la separazione societaria delle attività di rete non rientrasse fra le fattispecie previste nel nuovo ordinamento europeo delle comunicazioni elettroniche (Delibera n. 152/02/CONS, par. V). Successivamente, con la novella del 2009, è stata prevista una norma *ad hoc* per consentire l’imposizione della separazione funzionale. Obblighi simili potrebbero essere previsti anche dall’autorità di concorrenza europea ex art. 7 del Regolamento (CE) n. 1/2003. In merito all’imposizione di tali misure da parte delle autorità *antitrust* nazionali v. *supra*, Cap. 1, par. 1.5.2.

²³¹ La funzione Open Access si interfaccia solo con le divisioni commerciali di Telecom

Con Delibera n. 718/08/CONS, l'AgCom ha approvato gli impegni proposti dal gestore storico ("Impegni Open Access"). Detti impegni, basati sul modello di *equivalence of output* ("EoO") per la fornitura dei servizi di accesso all'ingrosso²³², hanno avuto il merito di migliorare le garanzie di parità di trattamento interna/esterna. Sono stati infatti introdotti: (i) un nuovo processo di fornitura all'ingrosso ai concorrenti dei servizi di accesso alla rete in postazione fissa, che consente agli OLO di verificare la lavorazione; (ii) incentivi economici a favore dei responsabili delle funzioni interessate, connessi alla parità di trattamento e alla soddisfazione degli OLO; (iii) un Organo di Vigilanza ("OdV") interno e indipendente composto in maggioranza da membri indicati dall'AgCom; (iv) un nuovo sistema di monitoraggio e valutazione delle prestazioni rese agli operatori alternativi e alle funzioni interne.

Dal punto di vista procedurale, è interessante notare come questi impegni furono offerti spontaneamente da Telecom Italia ai sensi della l. n. 248/2006, che aveva riconosciuto al regolatore il potere di accettare impegni nel corso di istruttorie regolamentari. Detta proposta di impegni era infatti volta a chiudere i procedimenti regolamentari avviati a seguito della consultazione pubblica sulle prospettive regolamentari della rete fissa²³³ e alcuni procedimenti sanzionatori relativi a violazioni dei diritti degli utenti. La particolarità risiede nel fatto che tutto il procedimento di negoziazione di tali impegni si svolse al di fuori della normativa europea e non comportò alcun coinvolgimento della Commissione europea²³⁴.

Tale *modus procedendi* non fu ben accolto dalla Commissione europea che chiese all'AgCom di non procedere all'approvazione e comunque di non applicare i singoli rimedi prima dello svolgimento della consultazione pubblica. Si aprì quindi uno scontro con

Italia, ma non con gli operatori alternativi. Gli OLO devono infatti rivolgersi alla divisione *wholesale*, la quale veicolerà le richieste alla funzione Open Access. Ciò significa che la procedura applicabile nel caso di fornitura dei servizi di rete agli OLO è diversa, ma deve pur sempre garantire il rispetto del principio di parità di trattamento. Alla funzione Open Access sono stati affidati: (i) lo sviluppo e la manutenzione delle infrastrutture di rete di accesso; (ii) la gestione dei processi produttivi e il c.d. *delivery* ovvero la fornitura dei servizi di accesso; (iii) l'assistenza tecnica riguardante tali servizi offerta sia agli operatori sia ai clienti finali di Telecom Italia (c.d. *assurance*). V. F. MARINI BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, Cedam, 2013, p. 202 ss.

²³² L'EoO si sostanzia nella fornitura agli OLO di servizi di accesso all'ingrosso che presentano modalità equivalenti a quelle applicate da Telecom Italia alle proprie divisioni.

²³³ Tale consultazione pubblica fu avviata con la Delibera n. 208/07/CONS.

²³⁴ V. Delibera n. 718/08/CONS, considerando n. 56.

l'esecutivo europeo che si risolse soltanto quando gli Impegni Open Access furono notificati *ex post* e recepiti nella Delibera n. 731/09/CONS.

In ogni caso, gli Impegni Open Access hanno riscosso molto successo e, secondo il giudizio dello stesso regolatore italiano, sono una *best practice* in ambito europeo e hanno anticipato l'evoluzione del quadro normativo europeo²³⁵.

La sintonia fra normativa di settore e diritto *antitrust* è ancor più evidente quando si analizzano gli obblighi di accesso che rappresentano una trasposizione, in ambito regolamentare, dei principi sanciti dal diritto della concorrenza in materia di obbligo di fornitura²³⁶.

Considerato che normalmente ogni soggetto economico è libero di decidere se intraprendere o meno una relazione commerciale con un'altra parte²³⁷, il fatto che l'impresa dominante o dotata di un significativo potere di mercato possa non esserlo, fa sì che essa sia sanzionabile per comportamenti perfettamente leciti se posti in essere dai suoi concorrenti²³⁸. Tale obbligo, sia nel diritto della concorrenza sia nella disciplina di settore, determina quindi una significativa limitazione della libertà d'iniziativa economica dell'impresa, che ha portato a definire in dettaglio, sul piano regolamentare, le condizioni di operatività dell'obbligo di

²³⁵ Cfr. presentazione del Presidente dell'AgCom, *Bilancio di mandato 2005-2012*, Roma, 2.5.2012, disponibile *on-line* all'indirizzo https://www.agcom.it/documents/10179/18546/Presentazione_Presidente_bilancio_mandato.pdf/0b19cfb3-523e-4974-9f1d-641c2c7fcb41 (consultato il 7 settembre 2016), p. 15, secondo cui “[i]n Europa Open Access è considerato un benchmark, un modello da additare ad esempio”.

²³⁶ In merito alla materia dell'accesso cfr. L. SALTARI, *Accesso e interconnessione, La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, IPSOA, 2008.

²³⁷ Come sottolineato dall'Avvocato Generale Jacobs, “risulta che il diritto di scegliere i propri partner commerciali e quello di disporre liberamente dei propri beni sono principi generalmente riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri, in alcuni casi a livello costituzionale. Toccare tali diritti richiede un'accurata giustificazione” (cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 28 maggio 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner/Mediaprint Zeitungs et al.*, in Racc. 1998, I-7791, par. 56). L'obbligo di fornitura in ambito *antitrust* rappresenta un esempio concreto di quella speciale responsabilità che grava sulle imprese in posizione dominante rispetto ad altre imprese non dominanti.

²³⁸ Cfr. S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Giuffrè, 2001, p. 232. Il fatto che tali comportamenti siano illeciti unicamente se posti in essere da imprese dominanti si evince chiaramente da Tribunale UE, sentenza 26 ottobre 2000, causa T-41/96, *Bayer/Commissione europea*, in Racc. 2000, II-3383. Tale pronuncia è stata confermata dalla Corte di Giustizia UE, sentenza 6 gennaio 2004, cause riunite C-2/01 P e C-3/01 P, *BAI e Commissione/Bayer*, in Racc. 2004, I-23).

fornitura e le relative modalità, e, sul piano *antitrust*, gli elementi costitutivi della fattispecie abusiva, al fine di assicurare un'adeguata certezza del diritto e un bilanciamento tra tutela della concorrenza e salvaguardia degli incentivi a innovare e a investire²³⁹.

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

Precisamente, i regolatori europei possono imporre obblighi di accesso qualora considerino che la situazione concorrenziale consente alle imprese in posizione dominante di rifiutare “*di concedere l'accesso*” oppure di imporre “*termini e condizioni non ragionevoli di effetto equivalente*”, e qualora tali condotte ostacolino “*l'emergere di una concorrenza sul*

²³⁹

Tali considerazioni sono state espresse in modo particolarmente convincente dall'Avvocato Generale Jacobs secondo cui “*la giustificazione, in termini di politica di concorrenza, di un'interferenza nella libertà di stipulare di un'impresa in posizione dominante spesso richiede un'attenta ponderazione di considerazioni contrapposte. Nel lungo periodo è generalmente a vantaggio della concorrenza e nell'interesse dei consumatori consentire ad un'impresa di riservare a sé stessa le proprie infrastrutture, sviluppate per i propri fini commerciali. Ad esempio, qualora si consentisse con eccessiva facilità l'accesso ad un'infrastruttura di produzione, acquisto o distribuzione, i concorrenti non sarebbero incentivati a predisporre infrastrutture concorrenti. In tal modo la concorrenza, incrementata nel breve periodo, diminuirebbe nel lungo periodo. Inoltre, un'impresa in posizione dominante sarebbe meno incentivata ad investire in infrastrutture efficienti qualora ai suoi concorrenti fosse consentito, su richiesta, di dividerne i vantaggi. Pertanto, il semplice fatto che un'impresa in posizione dominante conservi un vantaggio su un concorrente utilizzando un'infrastruttura in via esclusiva non può giustificare l'imposizione dell'obbligo di concedere l'accesso all'infrastruttura medesima. In terzo luogo, nel valutare la questione è importante non perdere di vista il fatto che il fine principale dell'art. [102] è prevenire distorsioni della concorrenza - e in particolare tutelare gli interessi dei consumatori - piuttosto che proteggere la posizione di singoli concorrenti [...]*” (Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 28 maggio 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner/Mediaprint Zeitungs et al.*, in Racc. 1998, I-7791, par. 57-58). La giurisprudenza delle corti europee ha risolto tale delicato bilanciamento di confliggenti esigenze stabilendo il principio secondo cui il rifiuto di contrarre costituisce un abuso solo in circostanze eccezionali e precisamente solo ove la repressione di tale condotta è funzionale a garantire che il processo concorrenziale non sia danneggiato a pregiudizio dei consumatori ovvero quando il rifiuto “*rischia di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di un'impresa terza*” (Corte di Giustizia UE, sentenza 3 ottobre 1985, causa C-311/84, *SA Centre belge d'études de marché - télémarketing (CBEM)/SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Information publicité Benelux (IPB)*, in Racc. 1985, 3261, par. 26).

mercato al dettaglio o sarebbe contrario agli interessi dell'utenza finale" (Direttiva Accesso, art. 12, comma 1)²⁴⁰.

La normativa di settore assimila ai rifiuti *tout court* anche le pratiche mascherate, i c.d. rifiuti costruttivi di fornitura. Il concetto di rifiuto costruttivo di fornitura è stato elaborato dalla Commissione europea che ha chiarito come “[i]l concetto di rifiuto di effettuare forniture copre una vasta gamma di pratiche”²⁴¹. Nell’ottica di impedire una restrizione della concorrenza indipendentemente dalle specifiche modalità di realizzazione, è stato quindi precisato che non è necessario che il rifiuto sia “effettivo”: è sufficiente un “rifiuto costruttivo”, consistente, ad esempio, “in ritardi indebiti o in altre forme di danneggiamento della fornitura del prodotto o nell’imposizione di condizioni irragionevoli in cambio della fornitura”²⁴² che, di fatto, ottengono il medesimo risultato di negare la fornitura dell’input²⁴³.

²⁴⁰ Nella normativa nazionale, cfr. l’art. 49 CCE.

²⁴¹ Cfr. *Orientamenti della Commissione europea sulle priorità nell’applicazione dell’articolo 82 del trattato CE [art. 102 TFUE] al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti*, in GUUE 2009, C 45/7, par. 78.

²⁴² *Idem*, par. 79.

²⁴³ Nel caso di forme mascherate di rifiuto, sono richieste maggiori cautele all’autorità *antitrust* in quanto è stato chiarito che il rifiuto opposto dall’impresa dominante, sebbene non esplicito, possa essere considerato abusivo solo nella misura in cui siano imposte delle condizioni di accesso talmente gravose e “irragionevoli” da non renderlo conveniente. Cfr., decisioni della Commissione europea del 21 dicembre 1993, caso IV/34689, *Sea Containers/Stena Sealink - Provvedimenti provvisori*, GUUE 1994, L 15/8, par. 70-74 e del 2 giugno 2004, caso COMP/38.096, *Clearstream (Compensazione e regolamento)*, par. 293 ss. Relativamente al caso *Clearstream*, le valutazioni della Commissione europea sono state avallate dal Tribunale dell’Unione europea nella sentenza del 9 settembre 2009, causa T-301/04, in Racc. 2009. p. II-3155, par. 93 ss. In ambito nazionale, cfr. provv. n. 8065 del 24 febbraio 2000, caso A227, *Cesare Fremura Assologistica/Ferrovie dello stato*, in Boll. n. 8/2000, par. 232-297, in cui le condotte anticompetitive poste in essere da Ferrovie dello Stato erano consistite nell’aver fornito l’accesso all’infrastruttura essenziale a condizioni contrattuali che, soprattutto sul piano tariffario, erano evidentemente discriminatorie e finalizzate a favorire l’estensione della sua posizione dominante sui mercati a valle del trasporto intermodale di container e del trasporto bimodale di cose mobili per il tramite, rispettivamente, della società controllata Italcontainer nonché della partecipata Cemat. Una fattispecie abusiva rientrante nell’ambito della categoria del “rifiuto costruttivo di fornitura” è stata riscontrata di recente dall’Autorità nel provv. n. 23770, del 25 luglio 2012, caso A436, *Arenaways-Ostacoli all’accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri*, in Boll. n. 30/2012, con cui è stato accertato, *intera alia*, che RFI, società che gestisce la rete ferroviaria, avesse adottato comportamenti dilatori rispetto alla richiesta di assegnazione delle tracce

Parallelamente, anche i regolatori nazionali possono imporre, oltre agli obblighi di accesso, anche specifiche “*condizioni di equità, ragionevolezza, tempestività*”.

Quanto agli *input* rispetto ai quali è previsto l’obbligo di accesso, la regolamentazione di settore contiene un elenco non tassativo e che va al di là delle infrastrutture essenziali in senso stretto allo scopo di incentivare lo sviluppo della concorrenza in alcuni segmenti del mercato. A titolo di esempio, l’art. 49, comma 1, CCE indica, tra i servizi di accesso, l’accesso disaggregato al doppino telefonico, l’accesso alle infrastrutture di posa cc.dd. passive, come i cavidotti, e l’accesso ad alcuni *software*. A seguito della novella del 2009, gli obblighi di accesso possono riguardare anche gli elementi non attivi di rete (come le fibre ottiche non utilizzate dal proprietario della rete).

Il riconoscimento di una così ampia discrezionalità del regolatore nel definire gli obblighi di accesso sulla base delle condizioni nazionali se, da un lato, è foriero di effetti positivi in quanto può condurre ad una maggiore concorrenza nel mercato dei servizi, dall’altro lato, rischia di disincentivare gli OLO dal costruire delle infrastrutture proprie così compromettendo l’obiettivo di una concorrenza sostenibile nel lungo periodo²⁴⁴. Per circoscrivere la discrezionalità dell’AgCom, l’art. 49, comma 3, CCE, individua i fattori che devono essere considerati prima di imporre obblighi di accesso: (i) “*fattibilità tecnica e economica dell’uso o dell’installazione di risorse concorrenti, a fronte del ritmo di evoluzione del mercato, tenuto conto della natura e del tipo di interconnessione e di accesso in questione*”; (ii) “*fattibilità della fornitura dell’accesso proposto, alla luce della capacità disponibile*”; (iii) “*investimenti iniziali del proprietario della risorsa, tenendo conto dei rischi connessi a tali investimenti*”; (iv) “*necessità di tutelare la concorrenza a lungo termine*”; (v) “*eventuali diritti di proprietà intellettuale applicabili*”; (vi) “*fornitura di servizi paneuropei*”.

Ad una attenta lettura dei fattori appena indicati, emerge chiaramente che mentre i primi due rappresentano una trasposizione, sul piano normativo, delle condizioni previste dalla dottrina *antitrust* delle *essential facilities*, gli altri sono chiaramente finalizzati a incentivare una concorrenza dinamica che incoraggi gli investimenti da parte degli operatori alternativi e l’infrastrutturazione. Inoltre, il riferimento alla “*concorrenza a lungo termine*” suggerisce come la normativa di settore non debba essere solo finalizzata a tutelare i concorrenti dell’ex

avanzata da Arenaways, che hanno portato a un ritardo di oltre 18 mesi nel consentire l’accesso a un’infrastruttura essenziale.

²⁴⁴ F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, 2002, p. 153 ss.

incumbent, ma debba anche assicurare una concorrenza dinamica per massimizzare il benessere sociale²⁴⁵.

Sulla base di tali obblighi di accesso, Telecom Italia fornisce agli OLO servizi all'ingrosso di accesso alla rete in postazione fissa, tra cui l'ULL, l'accesso a banda larga²⁴⁶ (“*bitstream*”²⁴⁷) e il noleggio della linea o *wholesale line rental* (“WLR”), secondo criteri e modalità imposte e dettagliate dalla disciplina regolamentare. In tal modo, gli OLO possono offrire al pubblico servizi di telefonia e internet in concorrenza con il gestore storico.

Anche l'evoluzione della disciplina relativa alle modalità di attivazione, migrazione e cessazione dei servizi di accesso, dimostra una progressiva convergenza fra diritto regolamentare e norme poste a tutela della concorrenza. Inoltre, in questo ambito, la normativa di settore è divenuta sempre più pervasiva fino a toccare ogni singola fase del processo di fornitura.

In particolare, con la Delibera n. 2/00/CIR, l'AgCom ha obbligato Telecom Italia a fornire servizi ULL, disciplinandone “*modalità e tempi di fornitura*”, condizioni di “*trasmissione*” e la “*gestione amministrativa delle richieste*”²⁴⁸. A partire da questa Delibera, Telecom Italia, ogni anno, pubblica un'offerta di riferimento (“OIR”) approvata dall'autorità di regolazione nazionale, con un “*manuale di procedura contenente i necessari elementi tecnici, procedurali, amministrativi e gestionali*”²⁴⁹. Su queste basi, Telecom Italia ha concluso accordi bilaterali con ciascun OLO interessato.

Successivamente, la Delibera n. 4/06/CONS ha dettato le modalità e i tempi di fornitura dei servizi di accesso disaggregato nonché principi e procedure per il passaggio tra operatori dei clienti finali, al fine di garantire agli OLO condizioni di equità, ragionevolezza,

²⁴⁵ M. CAPATINI, *La disciplina dell'accesso e dell'interconnessione*, in M. CLARICH, G. F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2004, p. 244, R. CAIAZZO, *L'Accesso alla rete*, in F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle Comunicazioni Elettroniche, Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Giuffrè, 2010, p. 157 ss.

²⁴⁶ In materia di banda larga, cfr. G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. La banda larga e i servizi a rete*, Jovene editore, 2010.

²⁴⁷ Il *bitstream* è un servizio di accesso all'ingrosso che consiste nella fornitura, da parte di Telecom Italia, di capacità trasmissiva a banda larga tra la postazione di un utente finale e il punto di presenza dell'OLO che intende offrire il servizio di accesso a banda larga al cliente finale.

²⁴⁸ V. Delibera n. 2/00/CIR, art. 7, comma 2 e art. 13., all. B, par. 7.

²⁴⁹ V. Delibera n. 2/00/CIR, art. 4, comma 5, e art. 9, comma 4.

tempestività e non discriminazione nell'accesso alla rete di Telecom Italia²⁵⁰. Con tale Delibera, l'ex *incumbent* è stato pertanto obbligato a coinvolgere tutti gli OLO interessati, sotto la vigilanza dell'AgCom che si è riservata, sentite anche le associazioni dei consumatori, di introdurre eventuali correttivi²⁵¹.

Parallelamente, la Delibera n. 34/06/CONS ha disciplinato l'obbligo di fornitura dei servizi *bitstream* e le modalità di attivazione dei servizi e passaggio dei clienti²⁵².

Un anno dopo, la Delibera n. 274/07/CONS ha dettato una nuova disciplina, unitaria, delle modalità di attivazione²⁵³, migrazione²⁵⁴ e cessazione dei servizi di accesso, applicabile sia ai clienti acquisiti dagli OLO sia ai clienti sottratti da Telecom Italia agli altri operatori (c.d. rientri).

Per tali procedure, con Delibera n. 274/07/CONS, l'AgCom ha obbligato tutti gli operatori a stilare, di comune accordo, un "*elenco esaustivo*" delle "*causali di rigetto e di rimodulazione della data di consegna*". Ogni causale di rigetto è associata al riscontro di un "*effettivo problema*"²⁵⁵.

Gli operatori hanno successivamente concluso un accordo quadro ("Accordo Quadro") che recepisce le procedure e individua le verifiche formali, contrattuali, tecniche e gestionali che devono essere effettuate da Telecom Italia. Inoltre, tale accordo individua le causali di scarto e le suddivide in cinque categorie dette "famiglie", identificate dalle lettere A-E²⁵⁶.

²⁵⁰ V. Delibera n. 4/06/CONS, artt. 17, 18 e 20.

²⁵¹ V. Delibera n. 4/06/CONS, art. 41.

²⁵² V. Delibera n. 34/06/CONS, art. 3, comma 1, e art. 9.

²⁵³ L'attivazione consiste nella fornitura all'OLO di un servizio ULL, *bitstream* o WLR, su una linea già attiva con un cliente di Telecom Italia o su una linea non ancora attiva. La linea attiva è una linea su cui viene fornito un servizio di fonia o internet. La linea non attiva è un collegamento telefonico non ancora esistente che deve essere costruito o un collegamento telefonico esistente sul quale non è ancora fornito alcun servizio. Mentre l'attivazione di una linea attiva comporta il passaggio dell'utente da Telecom Italia all'OLO, l'attivazione di una linea non attiva non comporta alcun passaggio del cliente da un operatore a un altro, in quanto comporta l'attivazione di una nuova utenza.

²⁵⁴ La "*migrazione*" è il passaggio di una linea attiva (e del cliente) da un OLO all'altro (migrazione OLO-OLO) o verso Telecom (c.d. rientro).

²⁵⁵ V. Delibera n. 274/07/CONS, parr. 52-53 e 56 e Delibera n. 4/06/CONS, art. 17, comma 12.

²⁵⁶ Cfr. All. 1, sub-All. 10 all'Accordo Quadro. In particolare, si tratta di: famiglia A ("*formato dati errato o incompleto*"), per cui "*l'ordinativo è rigettato nei casi di mancata o errata compilazione di campi obbligatori o errata compilazione di campi facoltativi per i quali, quando compilati, viene verificata la correttezza*"; famiglia B

L'Accordo Quadro obbliga gli operatori contraenti a non discostarsi dalle procedure concordate. Infatti, “[o]gni modalità proposta, condotta, adottata od espletata che non sia prevista dal presente Accordo costituisce una condotta illegittima ed abusiva da parte dell’Operatore che la conduce”. L’art. 4 della Delibera n. 41/09/CIR ha poi imposto tali procedure a tutti gli operatori, indipendentemente dall’adesione all’Accordo Quadro.

La Delibera n. 731/09/CONS e, all’esito dell’ultimo ciclo di analisi dei mercati, la Delibera n. 623/15/CONS hanno confermato tali procedure²⁵⁷.

2.5.3 La sintonia nelle finalità sanzionatorie

Dopo aver sottolineato la convergenza fra diritto *antitrust* e regolamentazione di settore dal punto di vista dei presupposti e degli strumenti di intervento, occorre analizzare le affinità fra i due campi del diritto sul piano delle finalità delle sanzioni collegate all’inottemperanza degli obblighi di accesso.

Infatti, la normativa attribuisce all’AgCom non solo il potere di imporre tali obblighi ma anche quello di vigilare sul loro corretto adempimento, e di intervenire sanzionando eventuali violazioni.

Dal punto di vista del procedimento, le modalità sanzionatorie sono state definite dalla Delibera n. 136/05/CONS, così come modificata dalle Delibere nn. 410/14/CONS e 529/14/CONS nonché, da ultimo, dalla Delibera n. 581/15/CONS²⁵⁸.

(“impossibilità gestionale di erogare il servizio richiesto”), per cui “l’ordinativo è rigettato in quanto non congruente con il processo di provisioning”; famiglia C (“impossibilità di individuare la risorsa tecnica oggetto della richiesta”), per cui “l’ordinativo è rigettato in quanto non è stato possibile individuare l’impianto oggetto della lavorazione”; famiglia D (“impossibilità tecnica di erogare il servizio richiesto”), per cui “l’ordinativo è rigettato in quanto sussistono impedimenti di tipo tecnico alla sua erogazione”; famiglia E (“impossibilità di erogare il servizio causa Cliente finale/OLO”), per cui “l’ordinativo è annullato su richiesta dell’OLO oppure causa Cliente finale”.

²⁵⁷ Cfr. Delibera n. 731/09/CONS, art. 29, comma 8, art. 33, comma 7, e art. 40, comma 6; e, da ultimo, Delibera n. 623/15/CONS, art. 21, comma 8, art. 37, comma 7, art. 47, comma 7, art. 48, comma 6.

²⁵⁸ In merito al procedimento sanzionatorio dell’AgCom, v., in dottrina, M. MONTEDURO, *Il procedimento sanzionatorio dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell’economia*, 3 (2013), pp. 232-288.

Sulla base dell'attuale Regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni, l'AgCom può esercitare il potere sanzionatorio d'ufficio o su segnalazione di parte. In tal contesto, il regolatore nazionale è titolare di un ampio potere di indagine che comprende la possibilità di fare ispezioni, richiedere informazioni e documenti, condurre audizioni e indagini conoscitive²⁵⁹.

Per la fase pre-istruttoria è fissato un termine ordinario di 90 giorni che decorre dalla data di conoscenza dei fatti da verificare. Superato questo termine, l'AgCom può decidere di procedere all'archiviazione ovvero avviare un procedimento sanzionatorio attraverso formale atto di contestazione al presunto responsabile²⁶⁰.

Il procedimento sanzionatorio dell'AgCom ricalca, sotto vari aspetti, quello *antitrust* dell'AGCM. Precisamente:

- i. il procedimento presenta una durata di 150 giorni che decorrono dalla notificazione dell'atto di contestazione. Il termine è sospeso fino a un massimo di 60 giorni nel caso in cui sia necessario svolgere approfondimenti istruttori²⁶¹;
- ii. a favore dei soggetti nei cui confronti si procede sono assicurati i diritti di difesa. In particolare, è previsto che tali soggetti possano: (i) presentare memorie, perizie e altri scritti difensivi, (ii) essere sentiti in audizione; (iii) accedere agli atti del procedimento²⁶²;
- iii. possono partecipare al procedimento i soggetti portatori di interessi pubblici o privati cui può derivare un pregiudizio diretto, immediato e attuale dai fatti per i quali è stato avviato il procedimento ovvero dal provvedimento che può essere adottato all'esito di quest'ultimo. A tal fine, questi soggetti devono presentare un'apposita istanza contenente, tra l'altro, la motivazione in ordine all'interesse a intervenire²⁶³;
- iv. al termine della fase istruttoria, il direttore trasmette all'organo collegiale la proposta di schema di provvedimento con una relazione dettagliata relativa all'istruttoria²⁶⁴;

²⁵⁹ Cfr. All. A alla Delibera n. 581/15/CONS, artt. 3 e 4.

²⁶⁰ Cfr. All. A alla Delibera n. 581/15/CONS, art. 5, comma 1.

²⁶¹ Cfr. All. A alla Delibera n. 581/15/CONS, art. 6, comma 1.

²⁶² Cfr. All. A alla Delibera n. 581/15/CONS, art. 9, comma 1.

²⁶³ Cfr. All. A alla Delibera n. 581/15/CONS, art. 9, comma 3.

²⁶⁴ Cfr. All. A alla Delibera n. 581/15/CONS, art. 10, comma 1.

- v. quando sia opportuno sulla base della specificità della sanzione, la proposta di provvedimento e la relazione istruttoria sono comunicati all'interessato, che può redigere memorie difensive ed essere sentito in audizione²⁶⁵;
- vi. l'organo collegiale adotta il provvedimento finale che deve essere adeguatamente motivato e deve contenere, tra l'altro, l'espressa indicazione del termine per ricorrere e dell'autorità giurisdizionale a cui è possibile proporre ricorso²⁶⁶.

È disciplinata in dettaglio anche la fase eventuale degli impegni. In particolare, entro 30 giorni dalla notifica dell'atto di contestazione, a pena di decadenza, l'operatore al quale sia stata contestata una violazione in materia di fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica, se ha cessato la condotta oggetto di contestazione, può presentare una proposta preliminare di impegni, finalizzata a migliorare le condizioni della concorrenza nel settore rimuovendo le conseguenze anticompetitive dell'illecito²⁶⁷.

Gli impegni proposti sono sottoposti a market test e vincolano l'operatore interessato fino alla definizione del procedimento²⁶⁸. Se approvati, determinano l'archiviazione del procedimento sanzionatorio previa verifica della loro effettiva attuazione²⁶⁹.

Nel caso in cui l'organo collegiale accerti la mancata o incompleta attuazione degli impegni, l'AgCom ha il potere di sanzionarne la violazione, revocando, previa diffida, la loro approvazione e condannando la società per l'inottemperanza all'ordine di esecuzione degli stessi²⁷⁰.

Per quanto concerne la sanzione applicabile, l'art. 98 CCE presenta un'evidente finalità repressiva.

Infatti, nel caso di mancata attuazione di provvedimenti adottati dall'AgCom in virtù della violazione delle norme relative alle imprese con significativo potere di mercato, *“si applica a ciascun soggetto interessato una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore al 2% e non superiore al 5% del fatturato realizzato dallo stesso soggetto nell'ultimo*

²⁶⁵ Cfr. All. A alla Delibera n. 581/15/CONS, art. 10, comma 3.

²⁶⁶ Cfr. All. A alla Delibera n. 581/15/CONS, art. 10, comma 4.

²⁶⁷ Cfr. All. A alla Delibera n. 581/15/CONS, art. 13, comma 1.

²⁶⁸ Cfr. All. A alla Delibera n. 581/15/CONS, art. 17.

²⁶⁹ Cfr. All. A alla Delibera n. 581/15/CONS, art. 18, comma 2.

²⁷⁰ Cfr. All. A alla Delibera n. 581/15/CONS, art. 18, comma 3.

*esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della contestazione, relativo al mercato al quale l'inottemperanza si riferisce*²⁷¹.

Risulta dunque chiaro come la sanzione, anche in ambito regolamentare, ha non solo la finalità di accertare l'esistenza di una situazione di fatto in contrasto con quella prevista dalla normativa e di ripristinare la legalità materiale violata, ma anche quella di verificare la responsabilità per un illecito, con conseguente natura sanzionatoria e repressiva.

Sono pertanto superate le linee di demarcazione tra regolamentazione di settore e diritto della concorrenza fondate sulla natura e le finalità della sanzione: preventiva e ripristinatoria della legalità materiale violata nel primo caso, repressiva e sanzionatoria della violazione accertata nel secondo caso²⁷²; secondo tale ricostruzione, i due sistemi avrebbero in comune solo la funzione compensativa della sanzione, strettamente connessa al carattere amministrativo della stessa.

L'approccio tradizionale che distingue tra intervento regolatorio *ex ante* con finalità conformativa del mercato, e intervento *antitrust* che interviene *ex post* con efficacia sanzionatoria di comportamenti illeciti posti in essere dalle imprese non rispecchia più la situazione di fatto esistente.

Dal quadro appena descritto emerge, al contrario, una palese esigenza di coordinare l'intervento regolatorio e l'intervento *antitrust* anche sotto il profilo sanzionatorio.

²⁷¹ V. CCE, art. 98, comma 11.

²⁷² Secondo tale ricostruzione, i due sistemi avrebbero in comune solo la funzione compensativa della sanzione, strettamente connessa al carattere amministrativo della stessa. V. sul punto M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, 1998, pp. 274-282.

Capitolo 3

INTERFERENZA FRA CONCORRENZA E REGOLAZIONE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE NELLA PRASSI ANTITRUST

SOMMARIO: 3.1 L'applicazione del diritto della concorrenza nei mercati regolati: principi generali – 3.1.1 Come affrontare un problema competitivo in un mercato regolato: approcci concettuali e criteri risolutivi – 3.2 Il problema dell'interazione tra regolazione e *antitrust* nel diritto dell'Unione europea – 3.2.1 Aspetti generali – 3.2.2 La dimensione costituzionale – 3.2.3 La c.d. *State action defense* – 3.3 La prassi *antitrust* nazionale ed europea – 3.3.1 Analisi – 3.3.1.1 A livello europeo – 3.3.1.2 A livello nazionale – 3.3.2 Critica – 3.3.2.1 Problematiche connesse all'applicazione della teoria delle complementarità – 3.3.2.2 La teoria della complementarità e le particolarità dei casi di specie

3.1 L'applicazione del diritto della concorrenza nei mercati regolati: principi generali

Sebbene una parte della dottrina abbia costruito il rapporto fra diritto della concorrenza e regolazione di settore in termini di diversità sotto vari profili, compreso quello relativo alle modalità di intervento²⁷³, è indubbio che gli ambiti di applicazione di questi due campi del diritto spesso si sovrappongono nel senso che alcuni difetti di mercato possono essere corretti sia con gli strumenti offerti dall'*antitrust* sia con quelli della normativa settoriale.

Il problema dell'applicazione concorrente sorge proprio da questa eventuale sovrapposizione. Infatti, piuttosto che scegliere tra diritto della concorrenza e regolazione e concepirli come strumenti alternativi di intervento, si potrebbe pensare di applicarli contemporaneamente per risolvere quei problemi che, nel mercato, sono stati generati dalla stessa condotta.

La questione da affrontare, quindi, è se ci sia spazio per un'applicazione *ex post* del diritto *antitrust* in mercati già sottoposti a regolamentazione *ex ante* ovvero, detto altrimenti, se e quando la normativa di settore costituisce un ostacolo allo scrutinio, sotto il profilo del diritto della concorrenza, delle condotte poste in essere dalle imprese regolate.

²⁷³ V. *supra*, Cap. 1, par. 1.3.

Ai fini della nostra analisi, assumiamo che vi sia un mercato soggetto a regolamentazione di settore (che potrebbe essere parziale o totale) e che sia stata posta in essere, da parte dell'impresa regolata, una condotta che, *prima facie*, violi il diritto della concorrenza.

Tale situazione potrebbe verificarsi per vari motivi. Come già evidenziato, gli obiettivi del diritto *antitrust* e della normativa specifica sono spesso compatibili ma non sempre perfettamente coincidenti²⁷⁴. Inoltre, un mercato che funziona bene, se si assume la prospettiva del regolatore, potrebbe presentare delle differenze col mercato efficiente secondo i parametri impiegati dall'autorità di concorrenza. Infine, non sempre la regolazione sortisce gli effetti sperati.

Possono essere distinte diverse ipotesi di interazione fra *framework* regolatorio e diritto *antitrust*. In particolare, la condotta potrebbe: (i) essere imposta, richiesta o approvata dal regolatore; (ii) essere in contrasto con la normativa di settore; (iii) porsi completamente al di fuori delle condotte regolate dal *framework* regolatorio ma pur sempre all'interno di un mercato regolato. La regolazione potrebbe persino facilitare alcune forme di condotte anticompetitive, come le pratiche discriminatorie o i sussidi incrociati. In sintesi, la questione che si pone è se il diritto della concorrenza può essere applicato all'interno di un mercato regolato, e, nel caso in cui fosse questo il caso, fino a che punto.

Si tratta di una problematica che emerge soprattutto nell'ambito di settori che, dopo l'avvio del processo di liberalizzazione, sono caratterizzati dalla coesistenza fra segmenti regolati e segmenti aperti alla concorrenza. L'apertura alla concorrenza, infatti, come visto nel dettaglio con riguardo alle comunicazioni elettroniche, è sempre graduale e fa sì che ci siano delle zone d'ombra in cui il mercato non è ancora maturo e l'intervento dello Stato si rende necessario²⁷⁵. La questione della applicazione concorrente di *antitrust* e regolazione di settore sorge quindi in contesti parzialmente regolati, che si trovano in una situazione intermedia fra la concorrenza completa e la regolazione pervasiva. Non è un caso che, quando il diritto della concorrenza è applicato in mercati regolati, si registrano numerosi esempi di utilizzo di tale campo del diritto in funzione regolatoria (si pensi soprattutto ai rimedi di diritto *antitrust* nei casi di *essential facilities*, molto simili a quelli individuati dalla normativa di settore²⁷⁶).

²⁷⁴ V. *supra*, Cap. 1, par. 1.1.

²⁷⁵ V. *supra*, Cap. 1, par. 1.5.1.

²⁷⁶ V. *supra*, Cap. 1, par. 1.4.

Mentre è pacifico che l'interferenza tra i due ambiti del diritto sorga in mercati in cui l'intervento regolatorio è stato ritenuto necessario per risolverne alcuni difetti, è altrettanto chiaro che, nel dibattito sulla legittimità dell'applicazione del diritto *antitrust* in settori sottoposti a una normativa specifica e dettagliata, occorrerebbe indagare l'utilità ulteriore dei rimedi offerti dal diritto della concorrenza in tali circostanze.

Partendo dall'idea che il diritto *antitrust* rappresenta uno strumento di supervisione generale applicabile a tutti i settori e colpisce specifiche condotte adottate dalle imprese, la questione della applicazione concorrente è problematica in virtù degli effetti che la regolazione ha prodotto sul mercato. Pertanto, l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza in settori regolati fa sorgere due tipi di questioni. In prima istanza, la regolazione potrebbe avere sul mercato un impatto tale da ridurre fortemente o addirittura annullare il margine di autonomia di cui le imprese dispongono per adottare comportamenti autonomi e indipendenti. In tali circostanze, il risultato anticompetitivo è riconducibile alla condotta dell'impresa, ma la responsabilità non può essere attribuita a quest'ultima. Inoltre, il *framework* normativo dettato per un settore potrebbe compromettere in modo significativo le naturali dinamiche di mercato, così riducendo il margine per l'adozione di condotte competitive.

In alcuni mercati regolati, emerge quindi il rischio che quelle che, *prima facie*, potrebbero apparire come riconducibili alla categoria delle condotte anticompetitive, non rispettano il principio della responsabilità²⁷⁷. Di fronte al rischio che l'*enforcement antitrust* violi detti fondamentali principi di diritto, sono state sollevate numerose critiche alla applicazione concorrente dei due ambiti del diritto alla stessa condotta, sulla scorta della considerazione che un duplice intervento potrebbe comportare un inutile dispendio di risorse pubbliche o ridurre gli incentivi a investire.

Dall'altra parte, è stato sostenuto che il doppio scrutinio è dettato dalla necessità di tutelare i benefici derivanti dalla stessa applicazione del diritto *antitrust*. In primo luogo, si ritiene che le norme a tutela della concorrenza operino come un meccanismo indiretto di

²⁷⁷

La giurisprudenza europea, ben prima del riconoscimento della natura penale delle sanzioni *antitrust*, ha riconosciuto la astratta applicabilità agli strumenti e alle sanzioni *antitrust* delle tutele tipiche della materia penale. V. Corte di Giustizia UE, sentenza 16 dicembre 1976, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73, 114/73, *Suiker Unie U.A. et al./Commissione europea*, in Racc. 1976, 1663, Tribunale UE, sentenza 9 luglio 2003, causa T-220/00, *Cheil Jedang Corp/Commissione europea*, in Racc. 2003, II-2473.

controllo del mercato, a tutela del valore della concorrenza, intesa come principio di organizzazione sociale²⁷⁸. Inoltre, il diritto *antitrust* è generalmente considerato più efficace della regolazione nella protezione della concorrenza in quanto le autorità chiamate ad applicarlo vantano un alto livello di *expertise* nel diritto della concorrenza ed economia, è meno probabile che siano catturate dalle imprese regolate e, perlomeno in teoria, rispetto ai regolatori, sono meno gravate dall'obbligo di contemperare obiettivi non economici²⁷⁹. In terzo luogo, si potrebbe argomentare che la presenza di un *framework* normativo in un dato settore rende necessario lo scrutinio *antitrust*, nella misura in cui la regolazione offre alle imprese l'opportunità di agire in violazione delle norme poste a tutela della concorrenza al fine di sottrarsi all'applicazione delle norme di settore o sfruttarle a proprio favore²⁸⁰.

Con l'avvio del processo di liberalizzazione e l'applicazione del diritto del concorrenza ad alcuni mercati o ad alcuni segmenti degli stessi, è divenuta più ardua la funzione del regolatore e, in modo particolare, l'adempimento di tale compito in modo effettivo²⁸¹. Dato il carattere pervasivo della regolamentazione in alcuni settori, una regola netta e precisa che impedisca ogni forma di duplice intervento rischierebbe di generare delle inefficienze e di limitare eccessivamente il ruolo del diritto *antitrust* quale principio di organizzazione sociale.

3.1.1 Come affrontare un problema competitivo in un mercato regolato: approcci concettuali e criteri risolutivi

Per comprendere meglio la problematica che ci occupa, possiamo considerare una specifica condotta anticoncorrenziale, la compressione di margini, esemplificativa di un problema competitivo che emerge in un mercato spesso oggetto di regolamentazione diffusa.

²⁷⁸ H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, 2005, pp. 10-12.

²⁷⁹ S. L. DOGAN, M. A. LEMLEY, *Antitrust Law and Regulatory Gaming*, in *Texas Law Review*, 87 (2009), p. 687 ss. Al contrario, si ritiene che i regolatori hanno una conoscenza più approfondita del mercato in cui sono chiamati a intervenire.

²⁸⁰ T. J. BRENNAN, *Essential Facilities and Trinko: Should Antitrust and Regulation be Combined?*, in *Federal Communications Law Journal*, 61 (2008), p. 141, S. L. DOGAN, M. A. LEMLEY, *Antitrust Law and Regulatory Gaming*, in *Texas Law Review*, 87 (2009), p. 687.

²⁸¹ H. A. SHELANSKI, *The Case for Rebalancing Antitrust and Regulation*, in *Michigan Law Review*, 109 (5) (2011), p. 725.

Le fattispecie del *margin squeeze* e del *price squeeze* si verificano quando un'impresa verticalmente integrata, dominante sul mercato di un prodotto indispensabile per la realizzazione di un prodotto derivato e attiva anche nel mercato di quest'ultimo prodotto, aumenta il prezzo del prodotto base (*margin squeeze*)²⁸² o riduce il prezzo del prodotto derivato (*price squeeze*)²⁸³ a un livello tale da impedire alle imprese concorrenti di efficienza

282

Ad esempio, nel caso *A280–Tiscali-Albacom/Telecom Italia*, l'AGCM ha stabilito che l'operatore *incumbent* nel settore delle telecomunicazioni aveva abusato della sua posizione dominante imponendo agli operatori di telecomunicazione concorrenti nel mercato al dettaglio condizioni economiche di interconnessione tanto onerose da rendere economicamente insostenibile l'offerta di nuovi servizi al dettaglio da parte di questi ultimi (provvedimento n. 8481, caso A280, *Tiscali-Albacom/Telecom Italia*, in Boll. 28/2000; parr. 131 ss.). Nel settore dei servizi aeroportuali, invece, l'AGCM ha censurato come “*strategia di tipo margin squeeze*” la pratica di un gestore aeroportuale consistente nel riconoscere ai vettori che si rivolgevano a operatori concorrenti per il servizio di movimentazione merci un rimborso sulle tariffe aeroportuali inferiore ai costi che un operatore efficiente quanto il gestore aeroportuale avrebbe dovuto sostenere per la fornitura del servizio in questione. A fronte di un rimborso così esiguo nessun operatore concorrente poteva effettivamente competere con il gestore aeroportuale nella fornitura del servizio di movimentazione merci (provvedimento n. 19020, caso A376, *Aeroporti di Roma-Tariffe aeroportuali*, in Boll. 40/2008, par. 223, confermato sul punto dalla sentenza del TAR Lazio, sez. I, del 22 settembre 2009, n. 9174). Con riferimento al settore dei servizi postali, l'AGCM ha ritenuto che il prezzo praticato dall'*incumbent* agli operatori concorrenti per il recapito della corrispondenza ibrida fosse talmente più alto di quello offerto alla propria divisione interna da essere non soltanto discriminatorio, ma anche tale da impedire a qualunque concorrente di offrire un servizio competitivo (provvedimento n. 6698, caso A218, *Consorzio Risposta/ Ente Poste Italiane*, in Boll. 51/1998). Anche il caso *A443–NTV/FS/Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri ad alta velocità* (chiuso con accettazione di impegni) originava, tra l'altro, da una presunta pratica di *margin squeeze* (provvedimento n. 24804, caso A443, *NTV/FS/Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri ad alta velocità*, in Boll. 11/2014). Fattispecie di *margin squeeze* sono state accertate anche dai giudici civili, ad esempio nell'ordinanza della Corte di Appello di Milano del 28 settembre 2005, *Tele 2/Telecom Italia* (applicazione, da parte di Telecom Italia, di costi aggiuntivi a livello *wholesale*, che rendevano non replicabili le offerte che la stessa Telecom Italia praticava ai suoi clienti al dettaglio). Ancora, nella sentenza del Tribunale di Milano del 1° ottobre 2013, *Teleunit/Vodafone*, il giudice ha accertato l'abuso di posizione dominante posto in essere da Vodafone nei confronti di Teleunit per aver applicato a quest'ultima per i servizi di terminazione sulla propria rete mobile a condizioni economiche meno vantaggiose di quelle applicate alle proprie divisioni commerciali e alla propria clientela *business*.

283

Nel caso *A351–Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, ad esempio, l'AGCM ha censurato Telecom Italia per aver praticato prezzi al dettaglio eccessivamente bassi e non replicabili dai concorrenti, tenuto conto dei prezzi all'ingrosso applicati a questi ultimi (provvedimento n. 13752, caso A351, *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*,

quantomeno pari a quella dell'*incumbent* nel mercato a monte di conseguire un adeguato margine di guadagno dalla vendita del prodotto derivato.

Gli elementi essenziali del *margin squeeze* e del *price squeeze* enucleati dalla giurisprudenza, oltre alla natura verticalmente integrata dell'impresa dominante, sono:

- i. l'indispensabilità del prodotto base dell'impresa dominante per la fornitura o produzione del prodotto derivato,
- ii. un differenziale tra il prezzo praticato dall'impresa dominante per il prodotto base e quello praticato per il prodotto derivato tale da rendere antieconomica l'attività di un concorrente altrettanto efficiente nel mercato a valle, e
- iii. un effetto anticoncorrenziale derivante dalla pratica tariffaria.

Di fronte al rischio che l'impresa dominante operi una compressione di margini, è possibile sia intervenire *ex ante* – tramite la regolamentazione di settore che mira a strutturare il mercato in modo tale da evitare che il problema competitivo emerga –, sia agire *ex post* – tramite *enforcement antitrust* che sanzioni condotte già realizzate²⁸⁴.

Pratiche di compressione dei margini sono in genere denunciate nei mercati dei servizi di rete (quali quelli delle telecomunicazioni, dell'energia, del trasporto ferroviario, ecc.), ove le infrastrutture necessarie all'erogazione dei servizi sono spesso qualificabili come *essential facilities*. Ciò giustifica un intervento da parte dell'autorità di regolazione sia per consentire l'accesso all'*input* essenziale sia per controllare o definire le tariffe all'ingrosso o al dettaglio. Sul piano del diritto *antitrust*, non vi è unanime riconoscimento in merito alla configurabilità della compressione di margini come autonoma condotta abusiva, visto che specifici elementi della fattispecie potrebbero di per sé costituire delle ipotesi di comportamento predatorio,

in Boll. 47/2004; la decisione dell'AGCM è stata parzialmente annullata dalla sentenza del TAR Lazio, sez. I, 11 maggio 2005, n. 3655, sul presupposto che l'AGCM avrebbe indebitamente comparato i prezzi praticati da Telecom Italia alla clientela *business* con le offerte all'ingrosso approvate dall'autorità regolamentare; la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, ha tuttavia annullato la sentenza di primo grado *in parte qua*, rilevando che l'AGCM aveva correttamente comparato i prezzi al dettaglio praticati da Telecom Italia non già con quelli indicati nelle offerte di riferimento all'ingrosso, bensì con i più ridotti costi regolatori). Un'altra ipotesi di *price squeeze* nel settore delle telecomunicazioni è stata accertata nel provvedimento n. 24339, caso A428, *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, in Boll. 20/2013 (confermato dal TAR Lazio, sez. I, sentenza 8 maggio 2014, n. 4801, e dal Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 15 maggio 2015, n. 2479).

284

D. GERADIN, R. O'DONOGHUE, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector* in *Journal of Competition Law and Economics*, 1(2) (2005), p. 360.

rifiuto di contrarre o semplicemente potrebbero integrare una violazione della regolazione di settore²⁸⁵.

Ai nostri fini, è interessante chiedersi se il diritto della concorrenza può essere applicato successivamente per correggere una compressione di margini posta in essere all'interno di un mercato già regolato.

Come vedremo nel prosieguo, la problematica, nel caso specifico, è stata affrontata in modo diverso in Europa e negli Stati Uniti²⁸⁶. Infatti, in Europa, la Commissione europea e i giudici non escludono la configurabilità di un abuso per compressione dei margini da parte dell'impresa che controlla le infrastrutture. Ad esempio, qualora la regolamentazione si limiti a controllare e/o definire le tariffe per l'utilizzo dell'infrastruttura da parte dei concorrenti dell'impresa che la detiene, l'operatore dominante mantiene comunque ampia autonomia nella definizione dei prezzi al dettaglio e può conseguentemente porre in essere pratiche di *price squeeze*²⁸⁷. Al contrario, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha ritenuto che, quando esiste una regolamentazione di settore volta a prevenire e risolvere i problemi della concorrenza, il ruolo del diritto *antitrust* dovrebbe essere più limitato, in quanto i "vantaggi aggiuntivi" derivanti dalla sovrapposizione di distinti controlli con fini omogenei "tenderanno a essere molto piccoli"²⁸⁸.

Tuttavia, al di là della casistica, occorrerebbe chiedersi il perché di questa differenza di approcci e se sia possibile una riconciliazione tra gli stessi.

Dal punto di vista teorico, concepire il diritto della concorrenza e la regolazione come strumenti alternativi, significa che l'adozione dell'uno impedisce il ricorso all'altro. Visto che spesso la regolamentazione di settore interviene *ex ante*, ciò implica che è esclusa

²⁸⁵ R. O'DONOGHUE R., J. A. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, p. 372, G. FAELLA, R. PARDOLESI, *Squeezing price squeeze: la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 12 (2010), p. 39 ss., A. HEIMLER, *Is a Margin Squeeze an Antitrust or a Regulatory Violation?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 6(4) (2010), p. 879 ss., D. W. CARLTON, *Should "Price Squeeze" be Recognised as a Form of Anticompetitive Conduct?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 4 (2008), p. 271 ss., J. G. SIDAK, *Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 4 (2008), pp. 307-308.

²⁸⁶ V. *infra*, par. 3.3.1.1.

²⁸⁷ V. Corte di Giustizia UE, sentenze 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom/Commissione europea*, in Racc. 2010, I-9555, par. 85, e 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige*, in Racc. 2011, I-527, par. 51.

²⁸⁸ *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis/Trinko*, 540 US 398 (2004), p. 412.

l'applicazione *ex post* di rimedi *antitrust*. Al contrario, se il diritto della concorrenza e la regolazione sono considerati complementari, si ammette che siano applicati persino alla medesima condotta di mercato. In breve, l'applicazione concorrente è esclusa dai sostenitori della teoria della diversità, mentre è ammessa dai teorici della complementarietà.

Un approccio alternativo potrebbe fondarsi sull'applicazione del principio *lex specialis derogat generali* che, nel conflitto fra due norme, prevede la prevalenza di quella speciale in luogo di quella generale. Tuttavia, non è sempre chiarissimo quale sia la norma con caratteri di specialità in questo caso. In altri termini, occorrerebbe chiedersi se le regole che riguardano direttamente il mercato, ma non necessariamente la tutela della concorrenza, sono più specifiche delle regole che disciplinano, in modo diretto, la concorrenza ma non sono state dettate per un unico settore²⁸⁹.

Altra possibilità sarebbe quella di tentare di ricostruire, attraverso i lavori preparatori, l'intento dell'autorità di regolazione, per comprendere, se e in che termini, nel dettare la normativa di settore, abbia preso in considerazione l'eventualità di uno scrutinio *antitrust* delle condotte realizzate nel mercato regolato. Per esempio, il *framework* dettato in Europa nel settore delle comunicazioni elettroniche prevede un'intensa interazione fra diritto della concorrenza e regolazione²⁹⁰. Il corpo normativo attualmente vigente stabilisce infatti che:

- i. le regole settoriali dovrebbero essere imposte solo quando il diritto della concorrenza non sia uno strumento, da solo sufficiente, a garantire una concorrenza effettiva e sostenibile²⁹¹;
- ii. il diritto della concorrenza è valido anche quando siano applicabili le disposizioni di settore²⁹²;
- iii. lo scopo del *framework* normativo europeo nel settore è ridurre progressivamente le regole settoriali *ex ante* via via che aumenta il grado di

²⁸⁹ Più in dettaglio, sul principio di specialità, v. *infra*, Cap. 4, par. 4.1.1.

²⁹⁰ Ciò è stato evidente fin dal principio del processo di liberalizzazione. Cfr. Commissione europea, *Towards a dynamic European economy. Green Paper on the development of a common market for telecommunications services and equipments*, 30.6.1987, COM(87)290 def., in cui si prevede, oltre agli obblighi regolatori, una “*strict continuous review*”, sotto il profilo del diritto della concorrenza, delle condotte delle imprese operanti nel settore.

²⁹¹ Cfr. Direttiva n. 2002/21/CE (“*Quadro*”), considerando n. 27; Direttiva 2009/140/CE (“*Better Regulation*”), considerando n. 5.

²⁹² Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni - Quadro normativo, mercati rilevanti e principi, 98/C 265/02, in GUUE 1998, C 265, parr. 57-58.

concorrenza sul mercato, per arrivare infine a un settore delle comunicazioni elettroniche disciplinato esclusivamente dal diritto della concorrenza²⁹³.

Tuttavia, in presenza di un mercato che è interamente dominato dalla regolazione settoriale, il problema è se il regolatore sia a favore dell'applicazione del diritto *antitrust* a segmenti parzialmente competitivi. A tal proposito, emergono spesso due visioni contrastanti che riflettono la distanza fra la teoria della diversità e quella della complementarità. Da un lato, si ritiene che i regolatori, nel dettare le norme di settore, debbano prendere in considerazione l'eventualità di un intervento da parte delle autorità di concorrenza²⁹⁴. Questa impostazione, che si basa sulla complementarità dei due strumenti, preannuncia l'applicazione del diritto *antitrust* anche ai settori oggetto di una normativa specifica. Dall'altro lato, si potrebbe argomentare che una regolamentazione di settore che non sia molto pervasiva e che coinvolga solo alcuni segmenti del mercato rispecchi la volontà di non incorrere in un eccessivo *enforcement* e di concepire i due interventi in termini di alternatività²⁹⁵.

Nonostante possa essere utile impostare la problematica della interazione sotto il profilo teorico, è opportuno non distogliere lo sguardo da quello che è l'obiettivo ultimo, vale a dire il corretto funzionamento del mercato. Potrebbe infatti essere il mercato, con le sue dinamiche più o meno efficienti, a suggerire la corretta via da seguire. In particolare, il desiderio di applicare le norme a tutela della concorrenza a imprese già soggette a obblighi regolamentari potrebbe essere un indice del fatto che la regolazione non è stata in grado di evitare condotte anticompetitive o alcune alterazioni del mercato. Nonostante l'intervento dell'autorità di regolamentazione, vi possono essere fattori che favoriscono la persistenza, nel settore disciplinato da *framework* regolatorio *ad hoc*, di alcune forme di fallimento (e proprio tale fallimento di mercato potrebbe essere un argomento molto forte a sostegno di un intervento *antitrust ex post*).

La normativa di settore potrebbe infatti incoraggiare – se non addirittura imporre il mantenimento di – alcuni difetti del mercato al fine di conseguire finalità non strettamente concorrenziali. Ad esempio, la regolazione potrebbe consentire sussidi incrociati fra diversi

²⁹³ Cfr. Direttiva 2009/140/CE (“*Better Regulation*”), considerando n. 5.

²⁹⁴ H. A. SHELANSKI, *The Case for Rebalancing Antitrust and Regulation*, in *Michigan Law Review*, 109 (5) (2011), p. 729.

²⁹⁵ P. J. WEISER, *The Relationship of Antitrust and Regulation in a Deregulatory Era*, in *Antitrust Bulletin*, 50(4) (2005), p. 576.

segmenti di mercato, anche se questa pratica produce l'effetto di impedire l'accesso dei nuovi entranti nel segmento sussidiato. Oppure la regolazione, sebbene miri all'efficienza, potrebbe presentare delle falle nell'architettura normativa e nella fase di implementazione, e non essere in grado di raggiungere gli obiettivi prefissati. Potrebbe anche accadere che il regolatore sia "catturato" dalle imprese regolate e consenta l'accumulo di guadagni sovracompetitivi o impedisca l'ingresso di nuovi concorrenti in segmenti di mercato potenzialmente competitivi. L'alterazione del mercato potrebbe anche trovare la sua fonte diretta nel comportamento dell'impresa regolata. Ad esempio, quest'ultima potrebbe tentare di aggirare la normativa di settore attraverso il c.d. "*regulatory gaming*" ovvero porre in essere delle condotte abusive nei segmenti di mercato che non sono normati²⁹⁶.

Questi esempi dimostrano che la questione che ci interessa deve essere affrontata sul piano sostanziale e avendo riguardo all'impatto dello schema regolatorio sia sul mercato sia sul comportamento dell'impresa. Questa impostazione è condivisa da molti studiosi i quali sottolineano come la problematica della concorrente applicazione di concorrenza e normativa di settore non può essere risolta *a priori* ma dipende dalle caratteristiche specifiche del contesto regolatorio e dalla presunta condotta anticompetitiva²⁹⁷.

Maggiore dibattito ha generato l'enucleazione dei parametri che dovrebbero guidare l'*enforcement antitrust* nei mercati regolati²⁹⁸. In generale, si assiste ad una relazione inversa tra la complessità e l'estensione dei rimedi imposti dal regime regolatorio e il margine per un successivo intervento da parte dell'autorità di concorrenza ma vi sono anche alcuni principi specifici enucleati dalla dottrina.

Ci sono certamente delle ipotesi in presenza delle quali si ritiene che il diritto della concorrenza dovrebbe cedere il passo alla regolazione. Precisamente, se la condotta anticompetitiva deriva direttamente dalle decisioni prese dal regolatore, l'intervento

²⁹⁶ Il "*regulatory gaming*" consiste nell'uso strategico delle procedure regolamentari per creare ostacoli ai concorrenti o conservare profitti monopolistici o di privilegio. Cfr., sul tema, S. L. DOGAN, M. A. LEMLEY, *Antitrust Law and Regulatory Gaming*, in *Texas Law Review*, 87 (2009), p. 685 ss. Detto ciò, è evidente che l'applicazione di sanzioni *antitrust* ai cc.dd. cartelli "*hard core*" risulta più facilmente giustificabile rispetto all'accertamento di una condotta abusiva posta in essere sulla base di tariffe adottate dal monopolista a seguito dell'approvazione dell'autorità di settore.

²⁹⁷ P. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, Aspen Publishers, 2006, p. 284.

²⁹⁸ R. NITSCHKE, L. WIETHAUS, *Competition Law in Regulated Industries: On the Case and Scope for Intervention*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 3(4) (2012), p. 409 ss., J. B. SPETA, *Antitrust and Local Competition under the Telecommunications Act*, in *Antitrust Law Journal*, 71 (2003), p. 99.

dell'autorità *antitrust* dovrebbe essere molto cauto²⁹⁹. Al contrario, l'*enforcement* a tutela della concorrenza appare più appropriato quando il risultato anticompetitivo sia riconducibile, in misura esclusiva o perlomeno prevalente, alla condotta realizzata dall'impresa e il regolatore non abbia il potere o gli strumenti idonei a risolvere il difetto di mercato³⁰⁰.

Nel caso di cattura del regolatore, l'analisi appare più sfumata. Difatti, mentre da un lato si considera che, anche in presenza di un regolatore catturato, la condotta anticompetitiva, se imposta dalla normativa di settore, lascia poco spazio all'autonomia delle imprese³⁰¹, dall'altro lato, un atteggiamento passivo del regolatore non risolve le alterazioni del mercato e rappresenta, a pare di qualcuno, un motivo per giustificare l'azione dell'autorità *antitrust*³⁰².

Ancora diversa è la situazione in cui il regolatore, pur avendo a disposizione strumenti adeguati di *enforcement*, non li utilizzi opportunamente e opti per un intervento meno incisivo sulle condotte contrarie alla disciplina di settore. Questa mancanza di "attenzione" da parte

²⁹⁹ R. O'DONOGHUE R., J. A. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, p. 26, S. L. DOGAN, M. A. LEMLEY, *Antitrust Law and Regulatory Gaming*, in *Texas Law Review*, 87 (2009), pp. 706-707, H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, 2005, p. 230, G. MONTI, *Managing the intersection of utilities regulation and EC Competition Law*, in *The Competition Law Review*, 4(2) (2008), p. 144, J. B. SPETA, *Antitrust and Local Competition under the Telecommunications Act*, in *Antitrust Law Journal*, 71 (2003), pp. 144-145.

³⁰⁰ R. O'DONOGHUE, J. A. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, pp. 26-27, S. L. DOGAN, M. A. LEMLEY, *Antitrust Law and Regulatory Gaming*, in *Texas Law Review*, 87 (2009), p. 708.

³⁰¹ S. L. DOGAN, M. A. LEMLEY, *Antitrust Law and Regulatory Gaming*, in *Texas Law Review*, 87 (2009), p. 707.

³⁰² R. O'DONOGHUE, J. A. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, p. 27, S. L. DOGAN, M. A. LEMLEY, *Antitrust Law and Regulatory Gaming*, in *Texas Law Review*, 87 (2009), pp. 707-708. Tra l'altro, l'inattività del regolatore potrebbe essere il frutto di una scelta precisa volta a lasciare spazio libero alle forze di mercato ovvero a dare priorità a obiettivi non economici. Cfr., sul punto, R. NITSCHKE, L. WIETHAUS, *Competition Law in Regulated Industries: On the Case and Scope for Intervention*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 3(4) (2012), p. 409, G. MONTI, *Managing the intersection of utilities regulation and EC Competition Law*, in *The Competition Law Review*, 4(2) (2008), p. 144, P. J. WEISER, *The Relationship of Antitrust and Regulation in a Deregulatory Era*, in *Antitrust Bulletin*, 50(4) (2005), p. 576. Ancora diversa è la situazione in cui il regolatore, pur avendo a disposizione strumenti adeguati di *enforcement*, non li utilizzi opportunamente e opti per un intervento meno incisivo sulle condotte contrarie alla disciplina di settore.

dell'autorità di settore potrebbe essere un motivo a sostegno di un intervento da parte dell'autorità di concorrenza³⁰³.

Quando si affronta la problematica del rapporto fra concorrenza e regolazione il nodo centrale è, a ben vedere, il grado di incidenza della regolazione già esistente sul successivo *enforcement antitrust*. Occorre quindi analizzare il grado di pervasività della regolazione e comprendere se sia tale da precludere l'intervento dell'autorità di concorrenza³⁰⁴. In alternativa, l'analisi potrebbe focalizzarsi sul margine di manovra di cui dispone l'impresa regolata per stabilire se possa adottare una condotta qualificabile come "indipendente".

Un altro approccio potrebbe infine guardare al beneficio marginale prodotto dalla successiva applicazione delle regole a tutela della concorrenza³⁰⁵. Sebbene, infatti, si possa avere una sorta di preferenza, in teoria, per il diritto *antitrust*, non si può non considerare i limiti dell'applicazione dello stesso nei mercati regolati, dove questo strumento potrebbe apparire meno effettivo e meno appropriato³⁰⁶.

3.2 Il problema dell'interazione tra regolazione e *antitrust* nel diritto dell'Unione europea

Ai fini del nostro studio, è interessante considerare come la questione della applicazione concorrente sia stata affrontata in Europa.

³⁰³ Sul punto, in commento alla dottrina della *Implied Immunity* statunitense, cfr. F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *Credit Suisse, ovvero la marginalizzazione dell'antitrust nei mercati finanziari americani*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1 (2008), p. 20. Gli Autori sottolineano altresì l'importanza di vagliare sempre l'effettivo fallimento della regolazione o dell'azione del regolatore perchè altrimenti si rischierebbe di riconoscere l'immunità *antitrust* anche a condotte che non sono state oggetto di alcuna forma di controllo o sulle quali non è stato esercitato un controllo adeguato.

³⁰⁴ R. O'DONOGHUE, J. A. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, p. 24, J. TAPIA, D. MANTZARI, *The Regulation/Competition Interaction*, 23 aprile 2012, disponibile *on-line* all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2044722, p. 2 (consultato il 24 settembre 2016), H. A. SHELANSKI, *The Case for Rebalancing Antitrust and Regulation*, in *Michigan Law Review*, 109 (5) (2011), p. 702.

³⁰⁵ H. A. SHELANSKI, *The Case for Rebalancing Antitrust and Regulation*, in *Michigan Law Review*, 109 (5) (2011), p. 709, P. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, Aspen Publishers, 2006, pp. 359-360.

³⁰⁶ H. A. SHELANSKI, *Justice Breyer, Professor Kahn and Antitrust Enforcement in Regulated Industries*, in *California Law Review*, 100 (2012), p. 509.

Il diritto dell'Unione europea incoraggia fortemente l'applicazione concorrente di *antitrust* e regolazione nei settori regolati, e tale approccio è diretta conseguenza dell'importanza che il primo strumento riveste nel corretto funzionamento del mercato unico.

Inoltre, il diritto della concorrenza ha un ruolo significativo nel processo di liberalizzazione.

Tale approccio rischia tuttavia di sottovalutare i rischi dell'intervento *antitrust* nei mercati già oggetto di misure da parte del regolatore e, indirettamente, potrebbe persino compromettere la legittimità dell'azione dell'autorità di concorrenza.

3.2.1 Aspetti generali

Nell'ambito del diritto dell'Unione europea, in tema di rapporto fra diritto della concorrenza e regolamentazione di settore vige la regola per cui il diritto *antitrust* è applicabile *ex post* nei mercati regolati. Inoltre, l'operatività della normativa *antitrust* si estende anche a quelle condotte private che siano state influenzate dal regolatore, purché l'impresa conservi un certo margine di manovra per agire in modo autonomo³⁰⁷.

Una caratteristica interessante della regolamentazione vigente in Europa è che trova nelle norme nazionali le fonti dirette e vincolanti degli obblighi che operano nei confronti delle imprese. La presenza preponderante di tali norme è essenzialmente riconducibile a due ragioni. In prima istanza, la regolamentazione settoriale è spesso dettata tramite uno strumento normativo particolare, le direttive che, come noto, vincolano gli Stati membri solo rispetto agli obiettivi da raggiungere e necessitano di una trasposizione nel diritto nazionale. Pertanto, sebbene molte regolamentazioni di settore siano previste da direttive europee, sono le norme nazionali di recepimento che ne determinano l'applicazione nei singoli ordinamenti. In seconda istanza, quando un determinato settore non è normato livello europeo o è soggetto a regolamentazione parziale, gli Stati membri sono liberi di dettare una regolamentazione nazionale.

³⁰⁷ Corte di Giustizia UE, sentenza 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG/Commissione europea*, in Racc. 2010, I-9555, parr. 81-84.

Come vedremo nel prosieguo, analizzando la casistica, è chiaro che non abbia mai rivestito importanza la specifica fonte delle norme di settore³⁰⁸. Per valutare in che misura la regolamentazione pre-esistente costituisca un limite all'*enforcement antitrust*, la Commissione e le corti europee hanno difatti focalizzato l'attenzione principalmente – se non esclusivamente – sull'esistenza e sull'impatto degli obblighi regolamentari sul comportamento dell'impresa interessata, piuttosto che sulla fonte di detti obblighi.

La presenza di una regolamentazione di settore, sia essa nazionale o europea, non ha in ogni caso impedito l'azione *ex post* dell'autorità di concorrenza, sia essa europea o nazionale. Questo sostegno molto forte a favore del diritto della concorrenza si può spiegare col fatto che le norme a tutela della concorrenza sono contenute nel Trattato, che è una fonte gerarchicamente sovraordinata ai regimi regolatori sia europei sia nazionali e quindi prevale nelle ipotesi di conflitto. Da un lato, l'esistenza del diritto *antitrust* non preclude l'emanazione di normative settoriali; dall'altro lato, queste ultime non costituiscono un ostacolo all'attuazione del diritto *antitrust*. L'Avvocato Generale Mazák, nel caso *Deutsche Telekom*, ha utilizzato la fortunata immagine delle due barriere: “[l]a normativa rappresenta uno dei due ostacoli; essa è rispettata se la ricorrente ne osserva le disposizioni e la decisione su questo punto spetta alla RegTP [ossia il regolatore di settore, Ndr] . L'art. [102 TFUE] rappresenta un secondo ostacolo e – a prescindere dall'obbligo di rispettare le disposizioni del Trattato CE incombente alla RegTP – spetta alla competente autorità per la concorrenza, nella specie la Commissione, decidere se tale secondo ostacolo sia stato rispettato o meno. Inoltre, (...) la normativa in materia di telecomunicazioni e l'applicazione dell'art. [102 TFUE] costituiscono strumenti separati, anche se, in definitiva, sono entrambi intesi a

³⁰⁸ G. MONTI, *Managing the intersection of utilities regulation and EC Competition Law*, in *The Competition Law Review*, 4(2) (2008), p. 123. V. inoltre Tribunale UE, sentenza 29 marzo 2012, causa T-398/07, *Regno di Spagna/Commissione europea*, pubblicata in Racc. elettronica ECLI:EU:T:2012:173, par. 55 (“*In ogni caso, anche ammesso che la regolamentazione settoriale cui il Regno di Spagna fa riferimento fosse il risultato di atti di diritto derivato dell'Unione, si deve sottolineare che, in considerazione dei principi che disciplinano la gerarchia delle norme, tali atti non possono, al di fuori delle disposizioni del Trattato che l'autorizzino, derogare ad una disposizione del Trattato, nella specie l'articolo 82 CE (v., in tal senso, sentenza del Tribunale del 10 luglio 1990, Tetra Pak/Commissione europea, T-51/89, Racc. pag. II-309, punto 25)*”).

promuovere la concorrenza”. Le imprese sono quindi tenute a rispettare obblighi e prescrizioni fissati da entrambe³⁰⁹.

In realtà, la circostanza che un dato mercato sia soggetto a regolamentazione non è del tutto ignorata nell’analisi *antitrust*. Infatti, la normativa settoriale costituisce un “*elemento pertinente*” ai fini dell’applicazione del diritto della concorrenza alla condotta seguita dall’impresa stessa, per definire i mercati interessati, per la sindacabilità della condotta, per valutare il carattere anticompetitivo della stessa o, ancora, per fissare l’importo delle ammende³¹⁰.

Occorre tuttavia constatare che, mentre la regolamentazione è stata un fattore che ha inciso sulla definizione dei mercati rilevanti³¹¹ o sulla determinazione della sanzioni³¹², sono pochi i casi in cui si è registrata una valutazione dell’impatto della normativa specifica sul comportamento dell’impresa. La prassi decisionale più recente della Commissione europea sembrerebbe suggerire che, laddove non ricorrano i requisiti per l’applicazione della *State action defense*, il ruolo della regolamentazione di settore nell’analisi relativa al carattere anticompetitivo della condotta posta in essere dall’impresa è trascurabile³¹³.

³⁰⁹ Conclusioni dell’Avvocato Generale Mazák, 22 aprile 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG/Commissione europea*, par. 21. Tuttavia, come vedremo *infra*, par. 3.2.2, la normativa nazionale di settore suscettibile di pregiudicare l’effetto utile degli artt. 101 e 102 TFUE deve essere disapplicata.

³¹⁰ Corte di Giustizia UE, sentenza 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom/Commissione europea*, in Racc. 2010, I-9555, par. 224.

³¹¹ Commissione europea, decisione 22 giugno 2011, caso COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska*, in GUUE 2011, C324/7, par. 625.

³¹² Gli Orientamenti della Commissione europea sul calcolo delle ammende hanno stabilito che l’esistenza di un “*contesto altamente regolamentato*” – che rende estremamente difficile percepire *ex ante* incompatibilità delle condotte con le regole di concorrenza – rappresenta una circostanza attenuante da prendere in esame nella determinazione della sanzione finale. Cfr. *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003*, GUUE 2006, C 210, par. 29. Cfr. Commissione europea, decisione 15 ottobre 2008, caso COMP/39.188, *Banane*, par. 467, in cui, in ragione del regime di regolamentazione cui era soggetto il settore delle banane durante il periodo interessato, l’importo dell’ammenda ha subito una riduzione pari al 60%; decisione 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, par. 765 e decisione 21 maggio 2003, casi COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, *Deutsche Telekom AG*, GUUE 2003, L 263/9, par. 212.

³¹³ V. *infra*, par. 3.3.1.1. La stessa conclusione emerge dall’analisi della prassi italiana, v. *infra*, par. 3.3.1.2.

3.2.2 La dimensione costituzionale

Nell'affrontare la questione dell'interazione fra diritto della concorrenza e normativa specifica è estremamente interessante la dimensione costituzionale che deve essere indagata sia rispetto alle norme regolamentari nazionali sia rispetto a quelle di derivazione europea.

Prendendo in considerazione la normativa di settore nazionale, in base al principio del primato del diritto europeo su quello interno, le norme che promanano dalle istituzioni europee, comprese quelle *antitrust*, prevalgono sul diritto nazionale contrastante. Il principio del primato impone inoltre “*non solo alle giurisdizioni, ma a tutte le istanze dello Stato membro di dare pieno effetto alla norma comunitaria*”³¹⁴ tramite la disapplicazione della normativa nazionale suscettibile di pregiudicare l'effetto utile degli artt. 101 e 102 TFUE³¹⁵. Tale principio rappresenta un corollario del dovere di leale cooperazione, così come sancito dall'art. 4, par. 3, del Trattato sull'Unione europea, in base al quale gli Stati Membri non possono “*adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o*

³¹⁴ Corte di Giustizia UE, sentenze 13 luglio 1972, causa 48/71, *Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana*, in Racc. 1972, 529, par. 7; 19 gennaio 1993, causa C-101/91, *Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana*, in Racc. 1993, I-191, par. 24 e 28 giugno 2001, causa C-118/00, *Gervais Larsy/Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants*, in Racc. 2001, I-5063, par. 52. Giova ricordare che tale principio, di derivazione giurisprudenziale, è stato sancito per la prima volta nella sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, in Racc. 1964, 1129, che ha chiarito che “*il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità*”.

³¹⁵ Tale obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto europeo incombe non solo sul giudice nazionale, ma su tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative, includendo in esse anche gli enti territoriali. Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenze 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo SpA/Comune di Milano*, in Racc. 1989, 1839, parr. 30-31 e 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Erich Ciola/Land Vorarlberg*, in Racc. 1999, I-2517. Cfr., altresì, Corte di Giustizia UE, sentenza 4 dicembre 1997, cause riunite C-253/96, C-254/96, C-255/96, C-256/96, C-257/96 e C-258/96, *Helmut Kampelmann e a./Landschaftsverband Westfalen-Lippe (C-253/96 - C-256/96), Stadtwerke Witten GmbH/Andreas Schade (C-257/96) e Klaus Haseley contro Stadtwerke Altena GmbH (C-258/96)*, in Racc. 1997, I-6907, par. 46.

regolamentare, idonei ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese"³¹⁶.

Il ruolo delle regole di concorrenza, che rappresentano un fondamentale meccanismo di supervisione del mercato, non può pertanto essere messo a rischio dall'applicazione della normativa settoriale nazionale³¹⁷. Il diritto *antitrust* deve essere rispettato, indipendentemente dal fatto che, nei singoli settori, siano stati dettati degli obblighi specifici per le imprese che vi operano.

Inoltre, è previsto un obbligo per gli Stati membri di astenersi dal dettare delle norme nazionali contrastanti con il diritto della concorrenza, a meno che l'applicazione di quest'ultimo non sia di ostacolo all'erogazione di servizi di interesse economico generale³¹⁸.

Per quanto concerne invece la regolamentazione di derivazione europea, le norme a tutela della concorrenza sono dettate nel Trattato, che è posto al vertice della gerarchia delle fonti. Da ciò discende che, qualora la normativa settoriale, dettata da fonti secondarie come direttive o regolamenti, sia in contrasto con il diritto *antitrust*, in base al principio della gerarchia delle fonti, non può derogare alle disposizioni del Trattato³¹⁹.

³¹⁶ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia UE, sentenze 16 novembre 1977, causa 13/77, *GB-Inno/ATAB*, in Racc. 1977, 2115, 21 settembre 1988, causa 267/86, *Van Eycke*, in Racc. 1988, 4769, par. 16; del 17 novembre 1993, causa C-185/91, *Reiff*, in Racc. 1993, 9801, par. 14; 9 giugno 1994, causa C-153/93, *Delta Schiffarts-und Speditionsgesellschaft*, in Racc. 1994, I-2517, par. 14; 5 ottobre 1995, causa C-96/94, *Centro Servizi Spediporto*, in Racc. 1995, I-2883, parr. 20-21; 19 febbraio 2002, causa C-35/99, *Arduino*, in Racc. 2002, I-1529; del 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04 *Cipolla*, in Racc. 2006, I-11421; 13 marzo 2008, causa C-446/05, *Doulamis*, in Racc. 2008, I-1377.

³¹⁷ Corte di Giustizia UE, sentenza 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom/Commissione europea*, in Racc. 2010, I-9555, par. 90 e, in dottrina, M. HELLWIG, *Competition Policy and Sector-specific Regulation for Network Industries*, in X. VIVES, *Competition Policy in the EU*, Oxford University Press, 2009, p. 208.

³¹⁸ Cfr. art. 106(1) TFUE (“*Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi*”) e art. 106(2) TFUE (“*Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione*”).

³¹⁹ Tribunale UE, sentenza 29 marzo 2012, causa T-398/07, *Regno di Spagna/Commissione europea*, pubblicata in Racc. elettronica ECLI:EU:T:2012:173, par. 55.

Tali principi ben si sposano con una concezione del rapporto fra diritto della concorrenza e regolazione in termini di complementarità. Non a caso, questa impostazione è stata accolta dalla Corte di Giustizia UE che, nel caso *Deutsche Telekom*, ha chiarito che “*le norme in materia di concorrenza previste dal Trattato CE completano a tal riguardo, per effetto di un esercizio di controllo ex post, il contesto normativo adottato dal legislatore dell’Unione ai fini della regolamentazione ex ante dei mercati delle telecomunicazioni*”³²⁰.

3.2.3 La c.d. *State action defense*

Dai principi enucleati nei paragrafi precedenti, risulta chiaro che i mercati regolati – e, pertanto, i comportamenti delle imprese oggetto di regolazione *ex ante* – sono soggetti al doppio scrutinio dell’autorità di regolazione e dell’autorità *antitrust*.

Questa regola generale conosce tuttavia tre eccezioni.

L’eccezione principale alla duplicità degli interventi è rappresentata dalla c.d. *State action defense*, in base alla quale se una condotta anticompetitiva è imposta dalla legge o dalle pubbliche autorità, o se la legge crea un contesto regolamentare che elimina qualsiasi possibilità di concorrenza, la normativa *antitrust* non si applica. In analogia al diritto penale, si può ritenere che, in queste circostanze, l’ingerenza dello Stato può rappresentare una sorta di scriminante. Questo perché, in tali situazioni, il comportamento delle imprese non è a esse attribuibile come comportamento volontario e autonomo e, per questo motivo, non sarebbe equo applicare loro una sanzione.

In assenza di tale scriminante, le imprese sarebbero costrette a decidere se non rispettare le disposizioni di legge o regolamentari che impongono una condotta contraria alla normativa *antitrust* (e sopportare le conseguenze legali di tale scelta) o conformarsi ai precetti di legge,

³²⁰ Corte di Giustizia UE, sentenza 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom/Commissione europea*, in Racc. 2010, I-9555, par. 92. Nella sentenza *Regno di Spagna/Commissione europea*, la Corte di Giustizia UE ha tuttavia sottolineato che il controllo *ex ante* effettuato dal regolatore e quello *ex post* svolto dalla Commissione europea “*hanno un oggetto ed una finalità distinti, poiché le norme in materia di concorrenza previste dal Trattato completano, per effetto dell’esercizio di un controllo ex post, il contesto normativo adottato dal legislatore dell’Unione ai fini della regolamentazione ex ante dei mercati delle telecomunicazioni*” (cfr. Tribunale UE, sentenza 29 marzo 2012, causa T-398/07, *Regno di Spagna/Commissione europea*, pubblicata in Racc. elettronica ECLI:EU:T:2012:173, par. 56).

esponendosi al rischio di subire una condanna da parte dell'autorità di concorrenza e la relativa sanzione per la condotta illecita³²¹.

Le autorità di concorrenza, con l'avallo delle corti, valutano con un certo rigore la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della *State action defense* e sono quindi piuttosto frequenti i casi in cui la sua invocazione è avvenuta senza alcun successo³²².

³²¹ Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 11 novembre 1997, cause riunite C-359P e 379/95P, *Commissione e Francia/Ladbroke Racing*, in Racc. 1997, I-6265. In tale sentenza, la Corte ha affermato che “*se un comportamento anticoncorrenziale viene imposto alle imprese da una normativa nazionale (...) gli artt. [101 e 102 TFUE] non trovano applicazione*”, in quanto “*in una situazione del genere la restrizione alla concorrenza non trova origine, come queste norme implicano, in comportamenti autonomi delle imprese*”. La Corte ha anche chiarito che ciò si verifica solo quanto “*una normativa nazionale (...) crea un contesto giuridico che di per sé elimina ogni possibilità di comportamento concorrenziale*” (par. 33). Solo in queste circostanze, a parere della Corte, un'impresa non può essere ritenuta responsabile di una violazione del diritto della concorrenza.

³²² Cfr., ad esempio, Corte di Giustizia UE, sentenza 29 ottobre 1980, cause riunite 209/215 e 218/78, *Van Landewyck/Commissione europea*, in Racc. 1980, 3125. Alcune imprese belghe produttrici di tabacchi avevano sostenuto che la decisione adottata dalla propria associazione di categoria, consistente nella fissazione dei margini spettanti ai grossisti ed ai dettaglianti di sigarette, non ricadesse nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE a causa dell'incidenza sul gioco della concorrenza dovuto alle varie normative e prassi amministrative nazionali vigenti in Belgio nel settore dei manifatturati del tabacco. La Corte, pur riconoscendo che la normativa belga aveva l'effetto di rendere quasi insistente la possibilità per i produttori e gli importatori di sigarette di farsi una concorrenza i cui effetti si ripercuotessero sul prezzo di vendita al dettaglio di tali prodotti (PVD), ha però concluso che “*non è stato affatto provato che detta normativa, o la sua esecuzione, impedisca al produttore o all'importatore di attribuire individualmente, sulla quota che loro spetta nell'ambito di un dato PVD, un margine maggiore a determinati grossisti. Orbene, concertandosi sul livello massimo dei margini che esse attribuiscono ai grossisti le ricorrenti si vietano collettivamente di farsi una concorrenza del genere e riducono al tempo stesso l'incentivo per questi intermediari a seguire una politica di vendita che avvantaggerebbe i prodotti del fabbricante o dell'importatore da cui essi ottengono o sperano di ottenere un margine più favorevole*” (par. 131). La Corte ha quindi ritenuto che “*anche se la quota del PVD spettante al fisco è rilevante, resta al produttore o all'importatore un margine sufficiente per consentire una concorrenza effettiva e ciò a proposito di merci di consumo corrente, prodotte in massa, per le quali una riduzione di prezzo molto esigua a livello della produzione o dell'importazione può avere un effetto rilevante a livello del consumo*” (par. 133). Sulla base di questa giurisprudenza, la Commissione europea, in un caso riguardante i produttori di tabacco olandesi che avevano fissato collettivamente i margini dei grossisti e dei dettaglianti di tabacchi, ha persino affermato che “*anche se il quadro giuridico dei Paesi Bassi restringe, in una certa misura, il gioco della concorrenza nel settore industriale, non si può affermare che la concorrenza sia del tutto impedita o limitata in modo tale da eliminare ogni*

Sul punto, un ruolo chiarificatore molto importante è stato svolto dalla sentenza *CIF*³²³, in cui la normativa nazionale oggetto di controversia era italiana e concerneva la regolamentazione dell'industria dei fiammiferi.

Nel definire il test legale rilevante, la Corte di Giustizia UE ha ribadito che se una legge nazionale si limita a sollecitare o a facilitare l'adozione di comportamenti anticoncorrenziali autonomi da parte delle imprese, queste rimangono soggette alle regole di concorrenza e

«concorrenza attiva». Inoltre, precisamente in situazioni in cui il gioco della concorrenza è limitato dalla legislazione, è importante che le imprese non concludano accordi o s'impegnino in pratiche che eliminino il margine residuo. Ciò dicasi in particolare per i beni di consumo non durevoli prodotti in grandi serie, come le sigarette, per le quali anche la minima riduzione di prezzo nello stadio dell'importazione o della produzione può incidere sensibilmente sul prezzo al consumo" (Commissione europea, decisione 15 luglio 1982, caso IV/29.525 e IV/30.000, SSI, par. 100). In sede di appello contro questa decisione, la Corte di Giustizia UE ha respinto gli argomenti delle ricorrenti secondo le quali la disciplina olandese impediva qualsiasi possibilità di concorrenza sia sui prezzi di vendita al minuto delle sigarette sia sui margini praticabili nei confronti dei rivenditori (Corte di Giustizia UE, sentenza 10 dicembre 1985, cause riunite 240-242, 261, 262, 268 e 269/82, *Stichting Sigarettenindustrie/Commissione europea*, in Racc. 1985, 383). Relativamente alla concorrenza sui prezzi, la Corte ha affermato che "la disciplina olandese, benché renda meno elastica l'azione dei produttori di tabacchi manifatturati per quel che riguarda la concorrenza mediante i prezzi lascia tuttavia loro delle possibilità di creare una differenza di prezzo tra le loro merci e quelle dei concorrenti, o diminuendo i prezzi, o conservandoli immutati quando gli altri aumentano" (par. 29), mentre relativamente ai margini dei rivenditori la Corte ha osservato che "stipulando vari accordi per fissare il margine utile dei grossisti e dei dettaglianti e per concedere uno sconto speciale a taluni di essi, i membri della SSI hanno fatto collettivamente quello che essi sostengono di non aver potuto fare individualmente. L'indole collettiva della loro azione non avrebbe impedito ai beneficiari di detti accordi di incorrere in sanzioni, se la normativa olandese avesse la portata che i ricorrenti le attribuiscono" (par. 32). Infine, in una pronuncia concernente un ricorso avverso una decisione della Commissione europea, che aveva condannato alcune intese in materia di prezzi da parte di produttori di reti saldate, il Tribunale UE ha chiarito che "benché, com'è stato rilevato dalla ricorrente, il prezzo della rete saldata dipenda ampiamente da quello della vergella, ciò non implica, tuttavia, che in questo settore sia esclusa qualsiasi possibilità di concorrenza effettiva. Ai produttori restava ancora, infatti, un margine sufficiente per consentire una concorrenza effettiva sul mercato. Conseguentemente, le intese hanno potuto avere una incidenza rilevante sulla concorrenza" (Tribunale UE, sentenza 6 aprile 1995, causa T-144/89, *Cockerill Sambre/Commissione europea*, in Racc. 1995, II-947, par. 67; nello stesso senso, cfr. Tribunale UE, sentenza 6 aprile 1995, causa T-143/89, *Ferriere Nord/Commissione europea*, in Racc. 2006, II-3889 par. 29).

323

Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 9 settembre 2003, causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)/Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Racc. 2003, I-8055.

possono incorrere in sanzioni. Inoltre, ha ricordato di avere ammesso in passato solo in maniera restrittiva la possibilità che un determinato comportamento anticoncorrenziale fosse escluso dall'ambito di applicazione del divieto di intese restrittive, per il fatto di essere stato imposto alle imprese dalla normativa nazionale esistente, ovvero per il fatto che quest'ultima aveva eliminato ogni possibilità di condotta concorrenziale da parte delle imprese stesse.

Dopo aver ricordato che la concorrenza sui prezzi non è la sola forma efficace di concorrenza, né quella cui si debba dare in ogni caso la preminenza assoluta, la Corte ha ritenuto che la legislazione italiana sembrava lasciare un certo margine di manovra alle imprese. In particolare, la legge non fissava direttamente i criteri e le modalità di ripartizione delle quote tra i consorziati, e il monopolio commerciale del Consorzio Industrie Fiammiferi ("CIF") sembrava essere venuto meno già a far data dal 1983. Inoltre, a giudizio della Corte, il fatto che le decisioni della commissione del CIF in materia di ripartizione delle quote fossero soggette ad approvazione da parte del Ministero delle Finanze non escludeva che esse rimanessero comportamenti imputabili alle imprese e, in quanto tali, sanzionabili. Infatti, nulla impediva alla commissione stessa di adottare le proprie decisioni nell'interesse esclusivo delle imprese, anziché nel preminente interesse pubblico, dal momento che essa era composta in maggioranza da rappresentanti delle imprese stesse, e che il Ministero delle Finanze non disponeva di un effettivo potere di controllo.

Proprio in applicazione della giurisprudenza *CIF*, l'AGCM ha recentemente riconosciuto che *"la condotta di Poste adottata fino alla decisione del presente caso (...) non [era] sanzionabile in quanto giustificata da una norma nazionale imperativa in contrasto con l'articolo 102 TFUE"*. Nella specie, l'AGCM ha contestato all'*ex incumbent* del settore postale di non aver applicato l'IVA ai servizi postali forniti a condizioni negoziate individualmente, in contrasto con i principi sanciti dalle norme europee in tema di esenzione IVA. La condotta sarebbe stata imposta dalla normativa tributaria interna, che prevede l'esenzione per i servizi postali rientranti nel servizio universale, senza escludere espressamente quelli forniti a condizioni negoziate individualmente. In applicazione dei principi sanciti dalla sentenza *CIF*, l'AGCM non ha imposto sanzioni per la condotta contestata, ma ha soltanto adottato una decisione di disapplicazione della norma in questione

per contrasto con il combinato disposto degli artt. 102 e 106 TFUE e 4 TUE, nella parte in cui non esclude dall'esenzione i servizi ritenuti negoziati individualmente³²⁴.

Sotto altro profilo, il comportamento delle imprese non è punibile qualora sia stato imposto dalle autorità pubbliche con pressioni insostenibili³²⁵. Per pressione insostenibile deve intendersi, ad esempio, la minaccia da parte di tali autorità di adottare provvedimenti suscettibili di causare perdite significative alle imprese qualora queste ultime non tengano il comportamento richiesto³²⁶.

Oltre a non applicarsi quando una normativa statale impone alle imprese l'adozione di comportamenti anticoncorrenziali, secondo la giurisprudenza dei giudici europei, il diritto *antitrust* non trova applicazione neppure qualora questa normativa regolamenti un mercato in

³²⁴ Cfr. provvedimento n. 24293, caso A441, *Applicazione dell'IVA sui servizi postali*, in Boll. 16/2013. In questo caso, l'applicazione dell'esenzione dall'IVA a tutti i servizi postali rientranti nel servizio universale così come individuati dall'art. 3 del d.lgs. n. 182/19, le cui condizioni di fornitura siano state negoziate individualmente, è stata considerata abusiva della posizione dominante di Poste Italiane. L'AGCM nota come *“la natura imperativa della disciplina fiscale nazionale sopra richiamata escluda il permanere di margini di autonomia comportamentale in capo a Poste Italiane e, pertanto, la condotta abusiva posta in essere da Poste per il periodo precedente la decisione di disapplicazione della stessa normativa nazionale non risulta sanzionabile. Tale normativa, infatti, prevedendo l'esenzione per le prestazioni del servizio universale fornite da Poste, senza escludere i servizi le cui condizioni siano state negoziate individualmente, giustifica, a livello nazionale, la pregressa condotta di Poste come sopra descritta. Tale ricostruzione è confermata dalle dichiarazioni dei soggetti deputati all'applicazione della normativa fiscale a livello nazionale, cioè il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Agenzia delle Entrate, i quali hanno precisato, in sede di audizione, che Poste non poteva, autonomamente, decidere di versare l'IVA sulla base di una propria interpretazione di “servizi negoziati individualmente” in quanto «il regime di esenzione non è opzionale e non è quindi legato ad un'autonoma scelta del contribuente. A ciò deve aggiungersi che la riduzione del perimetro dell'esenzione determina, per un soggetto come Poste Italiane, l'aumento dell'IVA detraibile sugli acquisti effettuati a monte». Il rappresentante dell'Agenzia delle Entrate ha, inoltre, affermato che «Poste avrebbe potuto effettuare un interpello ma non era obbligata a farlo non rientrando il caso di specie in quelli in cui è previsto un obbligo di interpello. Nei casi come quello che qui si analizza, invece, di regola il privato determina la propria condotta effettuando un'interpretazione della norma che, se non ritenuta corretta dall'Agenzia delle Entrate, viene sottoposta ad un procedimento di accertamento»“.*

³²⁵ Cfr. Tribunale UE, sentenza 18 settembre 1996, causa T-387/94, *Asia Motor France/Commissione europea*, in Racc. 1996, I-961, parr. 65 e 71, parr. 65-73.

³²⁶ Ad esempio, un regolamento interno non mutua la sua natura di atto della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri per il mero fatto di essere sottoposto a un *controllo di legittimità* del Ministero della Sanità (cfr. TAR Lazio, sez. I, sentenza 21 giugno 2001, n. 5486).

maniera tale che il gioco della concorrenza vi risulti così ridotto da escludere che condotte private, normalmente restrittive della concorrenza, abbiano effetti negativi su questo mercato. In tali casi, è il contesto regolamentare la causa diretta di un comportamento parallelo delle imprese e, per questo motivo, le imprese non sono punibili ai sensi del diritto *antitrust*³²⁷.

Analogamente, quando per l'adozione di una delibera (ad esempio, in materia tariffaria di una data categoria professionale), la normativa preveda un complesso *iter* pubblico di approvazione, i singoli contributi e interventi nella “*sequenza procedimentale*” normativamente prevista possono perdere “*autonoma rilevanza per fondersi nella determinazione finale che rappresenta il temperamento coordinato delle diverse istanze chiamate dalla legge a esprimersi in vista dell'interesse pubblico da soddisfare*”³²⁸.

Qualora però la legge si limiti semplicemente a rendere più difficili comportamenti autonomi da parte delle imprese, senza eliminare del tutto la possibilità di competere, il divieto di adottare condotte anticompetitive resta applicabile. Per questo, quando la legge, il

³²⁷ Cfr., ad esempio, Corte di Giustizia UE, sentenza 16 dicembre 1976, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73, 114/73, *Suiker Unie U.A. et al./Commissione europea*, in Racc. 1976, p. 1663. La regolamentazione italiana del mercato dello zucchero definiva prezzi e quote di produzione e prevedeva meccanismi che pareggiassero sistematicamente domanda e offerta, eliminando sostanzialmente qualsiasi margine di autonomia per le imprese. La Corte ha riconosciuto quindi che la pratica concordata tra produttori di zucchero, censurata dalla Commissione, non poteva avere effetti restrittivi tali da influire in modo sensibile sul gioco della concorrenza. Per un'applicazione di tale giurisprudenza a livello nazionale, cfr., ad esempio, Consiglio di Stato, sentenza 27 luglio 2001, n. 4053. Il Consiglio di Stato ha riconosciuto che la regolamentazione pubblica del settore della distribuzione dei carburanti aveva creato di per sé i presupposti per i comportamenti paralleli degli operatori, che di conseguenza non risultavano punibili. L'AGCM non aveva quindi correttamente accertato l'esistenza di una pratica concordata in quanto i comportamenti degli operatori presi in esame si iscrivevano in un sistema normativo che “*pur non fornendo una copertura totale alle condotte oggettivamente anticoncorrenziali*” offriva “*gli strumenti per l'adozione di condotte parallele, aventi di mira il profitto di tutti gli operatori*”.

³²⁸ Cfr. TAR Lazio, sez. I, sentenza 28 gennaio 2000 n. 466, in cui il giudice si è pronunciato sull'imputabilità ai Consigli Nazionali della determinazione di tariffe professionali caratterizzate appunto da un complesso *iter* pubblico di formazione e approvazione, culminante con l'adozione di un decreto del Capo dello Stato, nell'ambito del quale i Consigli Nazionali avevano un mero compito consultivo. Accogliendo le censure delle ricorrenti avverso il provvedimento, il TAR Lazio ha statuito che l'AGCM, nell'imputare ai Consigli intese restrittive della concorrenza, avrebbe trascurato “*che i suddetti comportamenti ritenuti lesivi della concorrenza (...) hanno concorso all'adozione di provvedimenti amministrativi formali e tipici di natura regolamentare, imputabili esclusivamente all'autorità di governo*”.

contesto regolamentare o le pubbliche autorità abbiano (come nella maggior parte dei casi) semplicemente incoraggiato o sostenuto³²⁹, ovvero controllato o favorito (ma non imposto) un comportamento anticoncorrenziale, quest'ultimo rimarrà punibile, in quanto conseguente in ogni caso a una scelta autonoma delle imprese. Anzi, in questi casi, le autorità *antitrust* sono particolarmente preoccupate di salvaguardare il residuo margine di concorrenza che permane nonostante i vincoli imposti dalla legge, sanzionando eventuali comportamenti che tendano a restringerlo ulteriormente.

Analogamente, il fatto che una normativa nazionale si limiti a rafforzare o approvare gli effetti di una condotta vietata ai fini *antitrust*, non vale quale esimente. Le Corti europee hanno, infatti, stabilito il principio secondo cui “*se un provvedimento statale ricalca gli elementi di un'intesa stipulata tra gli operatori economici di un settore o è adottato su consultazione e con l'accordo degli operatori economici interessati, detti operatori non possono invocare l'indole coercitiva della disciplina per sottrarsi all'applicazione*” delle regole di concorrenza³³⁰.

Lo stesso approccio piuttosto restrittivo è stato adottato dai giudici nazionali che hanno chiarito che “*la 'copertura normativa' dei comportamenti anticoncorrenziali delle imprese e*

³²⁹ In base a un orientamento ormai consolidato della Commissione e delle Corti europee, qualora una condotta anticompetitiva sia semplicemente autorizzata, in qualsiasi modo, ma non imposta, da uno Stato membro, il diritto della concorrenza rimane pienamente applicabile alle imprese che abbiano posto in essere la condotta contestata (cfr. Commissione europea, decisione 6 agosto 1984, caso IV/30.350, *Gruppo Produttori di Zinco*, par. 74; Corte di Giustizia UE, sentenza 17 gennaio 1984, cause riunite 43/82 e 63/82, *VBVB e VVVB/Commissione europea*, in Racc. 1984, 19, par. 40). Ciò vale anche quando lo Stato incoraggi o spinga le imprese a concludere un'intesa vietata dalle regole di concorrenza, in quanto in tali ipotesi la Commissione ritiene che queste conservino pur sempre un grado di autonomia sufficiente a giustificare l'applicabilità dell'art. 101(1) TFUE (cfr. Commissione europea, decisione 19 dicembre 1984, caso IV/26.870, *Importazioni alluminio dell'Europa dell'Est*, parr. 10.2 e 14.8). Ciò avviene, ad esempio, quando l'accordo anticoncorrenziale è stato posto in essere per conseguire determinati obiettivi imposti dall'autorità, quando quest'ultima non abbia specificamente previsto che tali obiettivi debbano essere raggiunti proprio tramite detti comportamenti (Corte di Giustizia UE, sentenza 10 dicembre 1985, cause riunite 240-242, 261, 262, 268 e 269/82, *Stichting Sigarettenindustrie/Commissione europea*, in Racc. 1985, 383, par. 40).

³³⁰ Cfr. Tribunale UE, sentenza 18 settembre 1996, causa T-387/94, *Asia Motor France e Altri/Commissione europea*, in Racc. 1996, II-961, par. 60 e, in particolare, tra la giurisprudenza ivi richiamata, Corte di Giustizia UE, sentenza 30 gennaio 1985, causa 123/83, *Bureau national interprofessionnel du cognac/Guy Clair*, in Racc. 1985, 391, parr. 19-23.

*la conseguente loro imputabilità per condotte poste in essere in contesti regolamentati deve, tuttavia, essere intesa in senso restrittivo, potendo essere ammessa solo in presenza di condotte specificamente imposte che rappresentino puntuale attuazione di disposizioni normative inequivocabili*³³¹.

In secondo luogo, il diritto della concorrenza non si applica quando vi sia una deroga espressa in tal senso, sebbene qualsiasi schema regolatorio nazionale che deroghi espressamente alle norme europee a tutela della concorrenza rischierebbe di violare il principio di leale cooperazione³³².

Infine, l'intervento dell'autorità *antitrust* è escluso quando il settore in questione non sia aperto alla concorrenza, per esempio in presenza di un monopolio legale o di fatto³³³. In tali circostanze, considerato che non ci sono condizioni di concorrenza, la presunta condotta illecita di un operatore non può avere un impatto negativo sul mercato.

3.3 La prassi *antitrust* nazionale ed europea

A livello europeo e nazionale è prevalente un approccio che accorda una chiara preferenza per l'*enforcement antitrust*, nonostante la pre-esistenza di una normativa di settore.

Spesso giustificata sulla base della superiorità, nella gerarchia delle fonti, delle norme a tutela della concorrenza rispetto a quelle regolamentari, questa forte tendenza a favore della applicazione concorrente potrebbe avere delle conseguenze significative sul piano sostanziale, soprattutto nel caso in cui il diritto *antitrust* sia applicato in circostanze in cui il margine di manovra di cui dispone l'impresa nell'adozione di autonomi comportamenti è talmente ridotto da compromettere fortemente la legittimità dell'intervento.

Nel valutare l'opportunità di questo approccio, occorrerebbe considerare almeno cinque aspetti:

³³¹ TAR Lazio, sez. I, sentenza 9 gennaio 2013, n. 125; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 20 maggio 2011, n. 3013.

³³² Tribunale UE, sentenza 29 marzo 2012, causa T-398/07, *Regno di Spagna/Commissione europea*, pubblicata in Racc. elettronica ECLI:EU:T:2012:173, par. 50.

³³³ Tribunale UE, sentenza 29 giugno 2012, causa T-360/09, *E.ON Ruhrgas AG e E.ON AG/Commissione europea*, non ancora pubblicata in Racc., parr. 84-86.

- i. l'uso, da parte delle autorità di concorrenza nazionali e della Commissione, del diritto *antitrust* come strumento per favorire o accelerare il processo di liberalizzazione;
- ii. la maggiore attenzione accordata, dalle stesse autorità, all'*enforcement antitrust* piuttosto che alla tutela di valori sociali;
- iii. il problema della responsabilità dei regolatori nazionali o degli Stati membri nelle violazioni *antitrust*;
- iv. i problemi potenziali che si potrebbero presentare sul piano del *private enforcement*;
- v. le autorità di concorrenza tendono ad agire ritenendo la propria azione sempre indispensabile e che il diritto antitrust debba sempre prevalere. Questo in quanto, da un lato gli ex monopolisti cercano di frapporre degli ostacoli alla evoluzione del mercato in senso concorrenziale, dall'altro lato i regolatori potrebbero essere stati catturati dalle imprese regolate o comunque potrebbero modulare il proprio intervento in modo tale da garantire che il proprio ruolo sia sempre necessario (detto altrimenti, se il mercato divenisse concorrenziale, la stessa esistenza di un regolatore potrebbe essere messa in discussione).

È unanimemente riconosciuto che la Commissione europea utilizza il diritto della concorrenza come strumento di liberalizzazione del mercato³³⁴. Precisamente, il diritto *antitrust* può supportare la liberalizzazione del mercato – mediante la correzione di alcune alterazioni dello stesso – ovvero persino innescarne il processo. Inoltre, nonostante la volontà delle istituzioni europee di assicurare l'armonizzazione oltre all'apertura del mercato, l'ampia discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri nel dare attuazione alle direttive ha spesso creato delle disparità tra i mercati nazionali sotto il profilo dell'ampiezza del processo di liberalizzazione³³⁵. La Commissione europea dispone di poteri molto limitati per richiedere

³³⁴ H. AUF'MKOLK, *The "Feedback Effect" of Applying EU Competition Law to Regulated Industries: Doctrinal Contamination in the Case of Margin Squeeze*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 3(2) (2012), 149 ss., p. 159, G. FAELLA, R. PARDOLESI, *Squeezing price squeeze: la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 12 (2010), p. 267, R. O'DONOGHUE, *Regulating the Regulated: Deutsche Telekom v European Commission*, in *Global Competition Policy Online*, maggio 2008, pp. 16-17, G. MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, p. 240.

³³⁵ J. TAPIA, D. MANTZARI, *The Regulation/Competition Interaction*, 23 aprile 2012, disponibile [on-line](#) all'indirizzo

agli Stati membri di modificare le norme di attuazione delle direttive europee di regolamentazione dei mercati, a meno che non decida di avviare una procedura d'infrazione ex art. 258 TFUE³³⁶. Pertanto, la Commissione europea difficilmente rinuncia a intervenire con gli strumenti propri del diritto *antitrust* nei settori regolati, spesso accertando, a carico di imprese regolate, delle violazioni delle norme a tutela della concorrenza in circostanze in cui l'origine del difetto di mercato accertato non è riconducibile alla singola condotta privata bensì all'inadeguatezza della regolamentazione nazionale.

Nonostante questo approccio sia funzionale all'esercizio di un controllo sul mercato e sul suo funzionamento, è indubbio che possa creare dei problemi.

In primo luogo, vi è il rischio che il diritto *antitrust* sia utilizzato in funzione regolatoria e per raggiungere obiettivi che si collocano al di fuori di quelli propri di tale area del diritto³³⁷. Difatti, sebbene le norme a tutela della concorrenza e quelle che promuovono la liberalizzazione hanno in comune un omogeneo e funzionale sviluppo del mercato interno, si tratta di strumenti che presentano delle differenze sul piano degli obiettivi e dell'armamentario tecnico³³⁸.

La liberalizzazione cerca di raggiungere l'apertura del mercato e di promuovere la concorrenza in nuovi settori. A tal fine, potrebbe prevedere l'imposizione di obblighi positivi a carico delle imprese e potrebbe eventualmente introdurre una regolamentazione asimmetrica vale a dire applicata solo a carico di imprese con significativo potere di mercato per promuovere l'ingresso dei nuovi entranti³³⁹. Il punto è che tali finalità e rimedi vanno spesso al di là dei comuni parametri impiegati dalle autorità di concorrenza. A tal proposito, la dottrina più attenta ha messo in luce come l'asserita necessità di un'applicazione concorrente del diritto della concorrenza e della regolamentazione di settore per assicurare un corretto

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2044722, pp. 8-11 (consultato il 24 settembre 2016).

³³⁶ In realtà, come giustamente nota G. MONTI, il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri nell'implementare la regolamentazione nazionale dei singoli settori economici riflette una precisa volontà politica di mantenere un controllo degli stessi Stati in queste aree. Cfr. G. MONTI, *Managing the intersection of utilities regulation and EC Competition Law*, in *The Competition Law Review*, 4(2) (2008), p. 130.

³³⁷ V. *supra*, Cap. 1, par. 1.5.2.

³³⁸ A. F. BAVASSO, *Electronic Communications: A New Paradigm for European Regulation*, in *Common Market Law Review*, 41(1) (2004), p. 111-112.

³³⁹ A. E. KAHN A. E., *Deregulatory Schizophrenia*, in *California Law Review*, 75 (1987), p. 1059-1061.

funzionamento dei mercati liberalizzati non garantisce la legittimità del doppio scrutinio mentre, al contrario, è indice di un fallimento dello schema normativo ispirato alla liberalizzazione ovvero del suo recepimento o della sua attuazione a livello nazionale³⁴⁰. Visto l'approccio così generosamente favorevole al doppio scrutinio, non è escluso che, in Europa, il diritto *antitrust* sia applicato in mercati e con riferimento a questioni per le quali quest'area del diritto non sempre rappresenta la cura migliore.

Questo utilizzo strumentale del diritto della concorrenza potrebbe produrre una serie di effetti negativi: la *ratio* delle norme *antitrust* è forzata per conseguire obiettivi regolamentari³⁴¹; è fortemente compromessa la certezza del diritto per le imprese regolate in quanto il rispetto della normativa di settore non assicura la legittimità della medesima condotta sotto il profilo *antitrust*³⁴²; gli accertamenti di violazione delle norme a tutela della concorrenza spesso si sostanziano nella sostituzione di una decisione del regolatore con un'altra decisione che tenga conto delle preferenze regolatorie dell'autorità *antitrust*³⁴³.

Nell'appello contro la decisione adottata dalla Commissione europea nel caso *Telefónica*, sia l'impresa sanzionata sia il governo spagnolo hanno sostenuto che la Commissione avrebbe applicato l'art. 102 TFUE al di là dei poteri conferitile nel settore della concorrenza, ovvero *ultra vires*³⁴⁴. Sebbene questo motivo sia stato rigettato³⁴⁵, a ben vedere

³⁴⁰ G. MONTI, *Managing the intersection of utilities regulation and EC Competition Law*, in *The Competition Law Review*, 4(2) (2008), p. 130 ss.

³⁴¹ P. LAROCHE, *Competition and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing, 2000.

³⁴² P. IBÁÑEZ COLOMO, *On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory*, in *Yearbook of European Law*, 29(2) (2010), p. 261 ss.

³⁴³ G. MONTI, *Managing the intersection of utilities regulation and EC Competition Law*, in *The Competition Law Review*, 4(2) (2008), p. 141.

³⁴⁴ Cfr. Tribunale UE, sentenze 29 marzo 2012, causa T-336/07, *Telefónica, SA e Telefónica de España, SA/Commissione europea*, in Racc. elettronica ECLI:EU:T:2012:172, par. 288 e 29 marzo 2012, causa T-398/07, *Regno di Spagna/Commissione europea*, pubblicata in Racc. elettronica ECLI:EU:T:2012:173, parr. 97-99.

³⁴⁵ Tribunale UE, sentenze 29 marzo 2012, causa T-336/07, *Telefónica, SA e Telefónica de España, SA/Commissione europea*, in Racc. elettronica ECLI:EU:T:2012:172, parr. 288-295 e 29 marzo 2012, causa T-398/07, *Regno di Spagna/Commissione europea*, pubblicata in Racc. elettronica ECLI:EU:T:2012:173, parr. 100-105. In particolare, il Tribunale, nella causa T-336/07, ha chiarito che tale motivo non era stato adeguatamente argomentato dalle ricorrenti e ha ribadito che, quando interviene su condotte di imprese regolate, la Commissione è libera di ricorrere all'armamentario *antitrust* per sanzionare eventuali comportamenti illeciti in quanto "le norme in materia di concorrenza previste dal Trattato CE completano, per effetto di un

sembrerebbe riguardare l'argomento per cui la Commissione europea, nei mercati liberalizzati, utilizza il diritto della concorrenza come strumento per conseguire obiettivi di politica regolatoria e non di politica *antitrust*.

3.3.1 Analisi

I principi e le argomentazioni appena esposte trovano conferma nell'analisi della prassi e della giurisprudenza *antitrust* nazionale ed europea, che ha sempre escluso che l'esistenza di una normativa di settore dettagliata nel settore delle comunicazioni elettroniche esimesse le imprese regolate dal rispetto delle norme a tutela della concorrenza³⁴⁶.

3.3.1.1 A livello europeo

Nel caso *Deutsche Telekom*, la Commissione europea ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere da Deutsche Telekom e consistito nell'imposizione di tariffe non eque, sotto forma di compressione di margini, a concorrenti e consumatori finali

esercizio di controllo ex post, il contesto normativo adottato dal legislatore dell'Unione ai fini della regolamentazione ex ante dei mercati delle telecomunicazioni". La sentenza del Tribunale UE (causa T-336/07) è stata confermata in appello (cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 10 luglio 2014, causa C-295/12 P, *Telefónica SA e Telefónica de España SAU/Commissione europea*, pubblicata in Racc. elettronica ECLI:EU:C:2014:2062).

³⁴⁶

La prassi e la giurisprudenza europea in tema di rapporti tra diritto *antitrust* e regolamentazione è antitetica rispetto a quella statunitense. La Corte Suprema ha infatti affermato che un'impresa che non sia soggetta a obblighi *antitrust* di fornitura non è passibile di alcuna responsabilità ai sensi del diritto della concorrenza per le sue politiche tariffarie, ancorché tali obblighi sussistessero in base a previsioni regolamentari. Inoltre, il giudice nordamericano ha anche espresso un generale *disfavor* avverso gli abusi tariffari in quanto costringono le corti incaricate di applicare il diritto *antitrust* a svolgere un continuo monitoraggio dei prezzi, trasmodando così in attività più propriamente regolamentari (sentenza 25 febbraio 2009, caso 555 U.S. (2009), *Pacific Bell*). Sul tema del rapporto tra regolamentazione e diritto *antitrust* nell'ordinamento statunitense, v. anche le precedenti sentenze della Corte Suprema *Trinko*, caso 540 U.S. (2004), e *Credit Suisse*, che hanno di fatto limitato l'applicazione del diritto della concorrenza nei settori regolamentati, ricorrendo alcune specifiche circostanze (essenzialmente, che il problema competitivo sia affrontato da idonei *remedies*). Cfr., in dottrina, F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *Credit Suisse, ovvero la marginalizzazione dell'antitrust nei mercati finanziari americani*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1 (2008), p. 7 ss.

per l'accesso alle sue reti locali, sebbene l'autorità di regolazione tedesca avesse fissato le tariffe dei servizi all'ingrosso e approvato le tariffe dei servizi al dettaglio applicate dal gestore della rete.

In tema di rapporti fra disciplina *antitrust* e previsioni regolatorie, la Commissione europea ha sottolineato la circostanza che la normativa di settore non privava Deutsche Telekom del margine discrezionale necessario per ridurre ovvero annullare la compressione dei margini tra prezzi e costi, riequilibrando progressivamente le tariffe³⁴⁷.

Il Tribunale UE ha confermato la decisione della Commissione europea.

In particolare, ha rigettato la censura mossa da Deutsche Telekom – secondo cui la Commissione avrebbe sottoposto le tariffe oggetto di contestazione ad una doppia regolamentazione – sulla base del rilievo per cui il quadro normativo-regolamentare di settore non inficia minimamente la competenza della Commissione ad accertare le violazioni della normativa *antitrust*³⁴⁸. Allo stesso tempo, ha escluso che la possibile violazione del diritto europeo da parte della medesima autorità di regolazione – che avrebbe “*opta[to] per un riequilibrio progressivo fra le tariffe delle connessioni e quelle delle comunicazioni*”³⁴⁹ – facesse venire meno la constatazione dell'abuso visto che la ricorrente disponeva comunque di un margine di manovra sufficiente per ridurre la compressione dei margini fra costi e prezzi.

Nel caso *Telefónica*, la Commissione europea ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere da Telefónica e consistito nell'imposizione di prezzi non equi sotto forma di compressione dei margini nei mercati spagnoli delle comunicazioni a banda larga. In

³⁴⁷ Commissione europea, decisione 21 maggio 2003, casi COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, *Deutsche Telekom AG*, in GUUE L 263/9, par. 56 e, più in particolare, 57 secondo cui “[i]l presente caso riguarda un abuso commesso da DT sotto forma di compressione dei margini tra prezzi e costi, ottenuta mantenendo un divario non equo tra le tariffe all'ingrosso e quelle al dettaglio per l'accesso alla rete locale. Vero è che entrambe le tariffe sono soggette a una regolamentazione specifica del settore (cfr. rispettivamente considerando 17 e segg. e considerando 31 e segg.), tuttavia DT dispone di un proprio margine discrezionale in materia di politica aziendale, che le consente in conclusione di ridurre ovvero di annullare la compressione dei margini tra prezzi e costi riequilibrando progressivamente le tariffe (cfr. considerando 163 e segg.). Detta compressione dei margini corrisponde quindi a prezzi di vendita non equi ai sensi dell'articolo 82, lettera a), del trattato CE”.

³⁴⁸ Tribunale UE, sentenza 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom AG/Commissione europea*, in Racc. 2008, II-477, par. 263.

³⁴⁹ Tribunale UE, sentenza 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom AG/Commissione europea*, in Racc. 2008, II-477, par. 265.

tema di rapporti fra autorità *antitrust* e autorità di regolazione (nel presente caso, rispettivamente, fra la Commissione europea e CMT, “*Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*”, autorità spagnola di regolazione delle telecomunicazioni), la Commissione ha affermato che il regolatore spagnolo “*non è un’ autorità antitrust*” e “*non è competente ad applicare in Spagna gli artt. [101] e [102] del Trattato*”³⁵⁰.

Infine, la Commissione ha chiarito che “*la competenza attribuita al regolatore spagnolo di promuovere la concorrenza è molto più generica dell’ applicazione del diritto antitrust*”³⁵¹, e “*il regolatore spagnolo esercita questa competenza insieme ad altri obiettivi e principi regolamentari (...), come ad esempio la promozione degli investimenti*”³⁵².

Il Tribunale UE, nel confermare la decisione, ha escluso che la Commissione, sanzionando un comportamento posto in essere dall’*ex incumbent* in un settore fortemente regolamentato da CMT, avesse violato il principio della tutela del legittimo affidamento sulla base dei seguenti rilievi:

- i. la regolamentazione settoriale non incideva sulla competenza della Commissione ad accertare le infrazioni di cui agli artt. 101 e 102 TFUE³⁵³;
- ii. CMT non è un’ autorità di concorrenza, ma un’ autorità di regolamentazione e non è mai intervenuta per far rispettare l’ art. 102 TFUE, né ha adottato decisioni vertenti sulle pratiche sanzionate dalla decisione impugnata;
- iii. CMT non ha mai analizzato l’ esistenza di una compressione dei margini durante il periodo considerato dell’ infrazione³⁵⁴.

³⁵⁰ Commissione europea, decisione 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, par. 511, 665 e ss.

³⁵¹ Ai sensi dell’ art. 8, comma 2, Direttiva Quadro, “*le autorità nazionali di regolamentazione promuovono la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica, dei servizi di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati*”. Tale disposizione comunitaria è stata recepita dall’ art. 13 (“*Obiettivi e principi dell’ attività di regolamentazione*”) del CCE.

³⁵² Commissione europea, decisione 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, par. 678, 680 e 681.

³⁵³ Tribunale UE, sentenza 29 marzo 2012, causa T-398/07, *Regno di Spagna/Commissione europea*, pubblicata in Racc. elettronica ECLI:EU:T:2012:173, par. 52.

³⁵⁴ Tribunale UE, sentenza 29 marzo 2012, causa T-398/07, *Regno di Spagna/Commissione europea*, pubblicata in Racc. elettronica ECLI:EU:T:2012:173, par. 118-122. Per rigettare la violazione del principio di leale collaborazione, il Tribunale ha notato, tuttavia, come – pur non essendo obbligatorio – il regolatore spagnolo sia stato, di fatto, effettivamente coinvolto nel procedimento amministrativo

Nel caso *Telekomunikacja Polska*³⁵⁵, la Commissione europea ha qualificato come abusivo il comportamento posto in essere da Telekomunikacja Polska (“TP”) che ha frapposto degli ostacoli agli operatori alternativi nella fase di accesso a banda larga all’ingrosso e disaggregato all’ingrosso. In particolare, tale condotta è consistita nel: (i) rifiuto di un gran numero – fino al 50% – di ordini per motivi formali (ovvero opposti per l’assenza di requisiti formali inutili imposti da TP per completare gli ordini) o tecnici; (ii) ritardo nell’esecuzione degli ordini e nella realizzazione di alcuni lavori di condivisione della postazione; (iii) applicazione di migliori condizioni alla controllata PTK Centertel Sp. z o.o. (“PTK”). In particolare, quanto a quest’ultimo profilo, particolarmente sviluppato dalla Commissione in quanto tassello fondamentale nella dimostrazione del carattere discriminatorio della condotta posta in essere da TP, è stato rilevato che PTK: (i) avesse accesso al sistema IT di TP; (ii) beneficiasse di condizioni migliori relativamente ai servizi di accesso a banda larga; (iii) godesse dell’applicazione di condizioni migliori anche relativamente all’utilizzo della rete di TP; (iv) determinasse la propria strategia di concerto con TP tramite un struttura gestionale organizzata chiamata “ExeCom”.

Sebbene, per le medesime condotte, TP fosse stata già sanzionata dall’autorità di regolamentazione locale, la Commissione europea ha escluso la violazione del *ne bis in idem* poiché gli obiettivi perseguiti dai due interventi delle diverse autorità sono diversi e al gestore storico non sono state contestate violazioni degli obblighi regolamentari³⁵⁶.

svolto dalla Commissione europea, avendo la possibilità di intervenire a più riprese, ma che la stessa non abbia formulato “osservazioni scritte” sulle proposte della Commissione.

³⁵⁵ Commissione europea, decisione 22 giugno 2011, caso COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska*.

³⁵⁶ Commissione europea, decisione 22 giugno 2011, caso COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska*, par. 144. In quel caso, tuttavia, l’esecutivo europeo ha detratto dall’ammontare della sanzione finale quelle ammende che l’operatore polacco aveva già pagato al regolatore locale per gli stessi fatti. Sul punto, cfr., in dottrina, K. KUIK, A. MOSCIBRODA, *2010 and 2011 EU Competition Law and Sector-specific Regulatory Case Law Developments with a Nexus to Poland*, in *Yearbook of Antitrust and regulatory Studies*, 5 (7) (2012), p. 157 ss., E. MARTINEZ RIVERO, *Telekomunikacja Polska: Antitrust Enforcement in a Highly Regulated Environment*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 3 (2012), p. 45 ss., D. KAMINSKI, A. ROGOZINSKA, B. SASINOWSKA, *Telekomunikacja Polska decision: Competition Law enforcement in regulated markets*, in *Competition Policy Newsletter*, 3 (2011). La decisione della Commissione è stata confermata dal Tribunale UE, sentenza 17 dicembre 2015, causa T-486/11, *Orange Polska S.A., anciennement Telekomunikacja Polska S.A./Commissione europea*, non ancora pubblicata in Racc.

Da ultimo, la Commissione europea è tornata nel settore delle comunicazioni elettroniche sanzionando l'*incumbent* slovacco *Slovak Telekom* per aver commesso due abusi di posizione dominante di natura escludente: rifiuto di accesso e *margin squeeze*³⁵⁷. In quell'occasione, citando la sentenza *Deutsche Telekom*, la Commissione europea ha affermato che l'esistenza di una regolamentazione di settore definisce le condizioni concorrenziali del mercato e, quindi, deve essere tenuta in considerazione quando si applica l'art. 102 TFUE³⁵⁸. Quindi, la Commissione europea ha accertato l'illiceità della condotta, facendo riferimento alla sostanziale elusione del quadro regolamentare, sia europeo che nazionale, da parte dell'impresa dominante³⁵⁹. Degna di nota la circostanza che, in quel caso, nonostante le segnalazioni dei concorrenti, la locale autorità di regolamentazione non fosse intervenuta³⁶⁰.

3.3.1.2 A livello nazionale

Lo stesso approccio è ravvisabile nella prassi applicativa dell'AGCM e nella giurisprudenza nazionale in vari casi³⁶¹. In particolare, il caso studio è certamente

La sentenza è oggetto di appello, ancora pendente, di fronte alla Corte di Giustizia (causa C-123/16 P).

³⁵⁷ Commissione europea, decisione 5 novembre 2015, caso COMP/39523, *Slovak Telekom*. Per un commento a questa decisione v. F. MARINI BALESTRA, *Margin squeeze overstretched? A comment on the European Commission's decision in Slovak Telekom*, in *European Competition Law Review*, 5 (2016), p. 25 *ess*.

³⁵⁸ Commissione europea, decisione 5 novembre 2015, caso COMP/39523, *Slovak Telekom*, par. 376.

³⁵⁹ Commissione europea, decisione 5 novembre 2015, caso COMP/39523, *Slovak Telekom*, parr. 435 *ss.*, 450, 488, 537, 545.

³⁶⁰ Commissione europea, decisione 5 novembre 2015, caso COMP/39523, *Slovak Telekom*, parr. 398-400, 406, 418.

³⁶¹ Considerazioni analoghe sono state svolte dai giudici nazionali in altri Stati membri. Cfr., ad esempio, K. MANIADAKI, *A Greek Court upholds the concurrent application of Art. 102 TFEU and sector-specific regulation to practices of the incumbent operator in the local loop access market (Hellenic Telecommunications Organization)*, in *e-Competitions* 16 novembre 2010, n. 33087, T. VEN EMELLEN, *The Brussels Court of Appeal annuls the interim decision of the President of the Competition Council on the telecom incumbent's bundled tariffs (Belgacom)*, in *e-Competitions* 18 dicembre 2007, n. 15915, P. CALLOL, J. MANZARBEITIA, *The Spanish telecommunications regulator fines the incumbent € 20 M for abuse related to access to the subscriber loop but raises questions on its relationship with Spanish NCAs regarding competition law enforcement (Telefónica)*, in *e-Competitions* 16 novembre 2006, n. 13773.

rappresentato da *Telecom A428*³⁶², nel quale l'AGCM ha contestato all'*ex incumbent* due condotte abusive:

- i. un rifiuto costruttivo di fornitura con cui Telecom, “*nell’esercizio della propria discrezionalità, ha trattato gli ordinativi provenienti dagli OLO in modo discriminatorio rispetto a quelli provenienti dalle proprie divisioni interne*”³⁶³. Il gestore storico avrebbe quindi adottato “*scelte organizzative e gestionali autonome*”³⁶⁴ idonee a generare “*rilevanti criticità nel processo di delivery*”³⁶⁵, che avrebbero causato un numero ingiustificatamente elevato di rifiuti di attivazione dei servizi all’ingrosso (c.d. KO)³⁶⁶. Telecom, obbligando gli operatori concorrenti a effettuare inefficienti risottomissioni degli ordinativi³⁶⁷, avrebbe in tal modo rallentato il processo di crescita degli stessi nei mercati dei servizi di accesso al dettaglio;
- ii. una compressione dei margini desunta dalle c.d. *marketing guidelines*, delle quali l’AGCM ha contestato l’“*idoneità ad escludere*” i concorrenti, “*nel caso in*

³⁶² Cfr. provvedimento n. 24339, caso A428, *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, in Boll. 20/2013, confermato, in sede giurisdizionale, dal TAR Lazio, sez. I, sentenza 8 maggio 2014, n. 4801, e dal Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 15 maggio 2015, n. 2479.

³⁶³ Cfr. provvedimento n. 24339, caso A428, *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, in Boll. 20/2013, par. 390.

³⁶⁴ Cfr. provvedimento n. 24339, caso A428, *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, in Boll. 20/2013, par. 386. Tali scelte organizzative sarebbero consistite, per esempio, nel “*riservare unicamente alle proprie divisioni il meccanismo delle sospensioni degli ordinativi, in caso di impossibilità di attivazione del servizio*” (parr. 390, 454, 459, 485-489, 495); garantire alle proprie divisioni commerciali “*accesso a database aggiornati e completi*”, mentre “*gli OLO hanno accesso a sottoinsieme di tali dati estratti solo periodicamente e con procedure che non garantiscono l’integrità e correttezza dei dati*” (par. 456); la previsione di un “*iter complesso*” per l’attivazione di offerte *double play* (fonia e internet) nelle aree non aperte all’ULL, che prevede che gli ordini di lavorazione siano trattati “*sequenzialmente e non in parallelo*” (par. 458). L’AGCM ha ritenuto che queste “*differenze di processo*” fossero di per sé discriminatorie (par. 390) e costituissero “*condizioni irragionevoli*” di fornitura (par. 415), “*indipendentemente dalla eventuale uguaglianza o disparità in termini di effettive attivazioni di servizi al termine del processo rispetto alle divisioni commerciali*” (par. 497).

³⁶⁵ Cfr. provvedimento n. 24339, caso A428, *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, in Boll. 20/2013, par. 430.

³⁶⁶ Cfr. provvedimento n. 24339, caso A428, *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, in Boll. 20/2013, parr. 430, 435-444, 448, 465 e 492.

³⁶⁷ Cfr. provvedimento n. 24339, caso A428, *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, in Boll. 20/2013, parr. 431, 437-442, 478.

cui Telecom applichi il livello massimo di sconto per ciascuna tipologia di linea di accesso”³⁶⁸. In particolare, l’AGCM ha criticato la “potenzialità escludente” delle *marketing guidelines*, sostenendo che negli anni 2009-2011 l’ipotetica applicazione contestuale degli sconti massimi ivi previsti per ciascuna delle tre tipologie di servizi di accesso avrebbe potuto lasciare ai concorrenti un margine pari ad appena il 10% dei costi di rete, insufficiente a coprire i costi commerciali³⁶⁹.

Relativamente alla prima fattispecie abusiva, le verifiche formali, tecniche e gestionali svolte da Telecom nei processi esterni di attivazione dei servizi di accesso (al pari dell’uso dei meccanismi di scarto in luogo delle sospensioni) erano individuate dalla normativa vigente, in attuazione e nel rispetto anche dell’art. 1, comma 3, l. n. 40/2007, che garantisce la “*facoltà del contraente di (...) trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati*”. In particolare, la normativa di settore prevedeva:

- i. l’elenco tassativo e concordato delle necessarie verifiche da effettuare per la gestione degli ordinativi;
- ii. le conseguenze dell’esito negativo delle verifiche prestabilite (ovvero l’interruzione della procedura);
- iii. le modalità di comunicazione dell’esito negativo agli OLO (ovvero l’utilizzo della specifica causale di rigetto corrispondente alla verifica concordata)³⁷⁰.

³⁶⁸ Cfr. provvedimento n. 24339, caso A428, *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, in Boll. 20/2013, par. 544. A parere dell’AGCM, Telecom avrebbe distribuito al proprio personale commerciale un documento interno confidenziale (le *marketing guidelines* per l’appunto), che li autorizzava ad applicare in sede di gara e nelle sole aree territoriali aperte alla fornitura di servizi ULL percentuali di sconto massimo sui prezzi di listino talmente elevate da rendere non replicabili le offerte eventualmente formulate dai concorrenti (parr. 196-198).

³⁶⁹ Cfr. provvedimento n. 24339, caso A428, *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, in Boll. 20/2013, parr. 545-546.

³⁷⁰ Cfr., in particolare, le delibere nn. 274/07/CONS, 249/07/CONS (All. A, parr. 270 e 291), 71/09/CIR e 694/06/CONS (art. 22), i cui dettami erano stati recepiti nei rispettivi contratti tra gli OLO e Telecom. L’art. 4, commi 1 e 4, della delibera n. 274/07/CONS e l’art. 4 della delibera n. 41/09/CIR obbligano tutti gli operatori, Telecom inclusa, al rispetto rigoroso delle suddette procedure. L’AgCom vigila sulla correttezza del sistema come confermato, tra l’altro, dalla delibera n. 8/12/DIR del 5 dicembre 2012, recante “*Archiviazione della controversia Teletu/Fastweb in materia di retention e di utilizzo illegittimo delle causali di scarto dei codici di migrazione*”.

Come visto, per consolidata giurisprudenza europea e nazionale, il fatto che le condotte delle imprese siano “*impost[e dalla] legge*” è di per sé “*una causa giustificatrice che sottrae le imprese interessate a qualsiasi conseguenza della violazione degli artt. [101 TFUE] e [102 TFUE]*”,³⁷¹.

Ciò nondimeno, l’AGCM ha ritenuto che l’elevato numero di KO, soprattutto se comparato ai KO opposti alle divisioni *retail* di Telecom, non si potesse attribuire ad una sorta di fenomeno fisiologico né potesse essere spiegato con l’inefficienza degli OLO e che, al contrario, fosse ascrivibile a precise scelte strutturali, organizzative e procedurali adottate da Telecom nella gestione dei processi di fornitura dei servizi *wholesale* agli OLO, differente dal c.d. processo interno.

A parere dell’AGCM, sebbene operi in un contesto di riferimento fortemente regolamentato, Telecom dispone di un notevole margine di discrezionalità nella definizione dei sistemi e dei processi utilizzati per il *provisioning* e, dunque, nella determinazione del livello di efficienza con il quale tale processo è svolto e delle condizioni operative funzionali al rispetto del principio di non discriminazione. Tale margine gli avrebbe consentito di effettuare scelte organizzative e gestionali autonome, idonee ad ascrivere a Telecom il comportamento restrittivo. Questa impostazione è stata condivisa anche dall’AgCom nel suo parere reso sul provvedimento finale³⁷².

La complementarità del diritto *antitrust* rispetto alla normativa di settore è stata confermata anche in sede giurisdizionale³⁷³. Precisamente, il Consiglio di Stato ha ribadito “*la distinzione tra la regolazione ex ante, preordinata a realizzare in modo progressivo un assetto del mercato quanto più possibile vantaggioso per gli utilizzatori, e controllo ex post sull’abuso della concorrenza*”. Infatti, secondo il supremo giudice amministrativo, “*i rapporti tra disciplina antitrust e regolazione settoriale non sono in rapporto di esclusione e*

³⁷¹ Cfr., Corte di Giustizia UE, sentenze 9 settembre 2003, causa C-198/01, *CIF/AGCM*, in Racc. 2003, I-8055, par. 53-54; 11 novembre 1997, cause riunite C-359/95 P e C-379/95 P, *Commissione e Repubblica francese/Ladbroke Racing Ltd.*, in Racc. 1997, I-6265, par. 33-34; 16 dicembre 1975, cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Coöperatieve Vereniging “Suiker Unie” UA et al./Commissione europea*, in Racc. 1975, 1663, par. 71-72. In Italia, cfr. TAR Lazio, sez. I, sentenze 9 gennaio 2013, n. 125, e 25 giugno 2012, n. 5769.

³⁷² AGCM, provvedimento n. 24339, 9 maggio 2013, caso A428, *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, in Boll. n. 20/2013, par. 354 ss.

³⁷³ Cfr. TAR Lazio, sez. I, sentenza 8 maggio 2014, n. 4801, e dal Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 15 maggio 2015, n. 2479.

*sovrapposizione, ma di complementarità. L'Autorità deve tenere conto del quadro di riferimento nel cui ambito si muovono gli operatori del settore, ma ciò non le impedisce di valutare autonomamente le loro condotte, sicché l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza non è esclusa nei casi in cui, come nella fattispecie, le disposizioni regolamentari lascino sussistere la possibilità per le imprese di adottare comportamenti autonomi atti ad ostacolare, restringere o falsare la concorrenza, confermando la esistenza di un doppio controllo, regolatorio e antitrust". Tanto più che "la regolazione ex ante definisce soltanto la cornice regolatoria, i criteri di comportamento, in cui possono annidarsi, nella situazione concreta, condotte con effetti comunque escludenti, sia pure comprese in quel quadro" e, comunque, "la presenza di un atto di approvazione o ratifica da parte del regolatore delle condotte investigate non impedisce in ogni caso all'autorità della concorrenza di sindacare e condannare la medesima condotta"*³⁷⁴.

Questa vicenda ha prodotto non poche ricadute sul piano regolatorio.

Infatti, dopo aver ricevuto la sanzione *antitrust*, Telecom Italia ha ripensato il sistema di *equivalence* vigente, proponendo nel 2013 al regolatore nazionale il passaggio al modello di *equivalence of input*, che si differenzia da quello esistente di *equivalence of output* perché postula l'equiparazione completa dei processi di fornitura usati dalle divisioni interne e dagli operatori concorrenti e, quindi, il superamento di qualsiasi asimmetria di processo.

Tuttavia, come risulta dalla recente Delibera n. 623/15/CONS conclusiva dell'ultima analisi di mercato³⁷⁵, gli OLO non hanno accolto con entusiasmo la proposta di Telecom, che l'ha poi abbandonata nel 2014, ritenendo preferibile un rafforzamento (c.d. "*fine tuning*") del modello esistente.

Per tale ragione, l'AgCom ha confermato il vigente modello di *equivalence of output*, introducendo alcune nuove misure (come, ad esempio, la richiesta a Telecom Italia di rafforzare l'indipendenza dell'Organo di Vigilanza e di presentare una proposta di

³⁷⁴ L'importanza del doppio scrutinio è stata chiaramente sottolineata anche dal Presidente dell'AGCM secondo cui, "*se la regolazione settoriale interviene ex ante a definire un quadro di regole ispirate al principio della concorrenza e compatibili con il mercato, l'intervento antitrust si colloca nella fase a valle, essendo volto a verificare ex post l'eventuale illiceità di comportamenti che, pur formalmente conformi alla regolazione, sono tuttavia idonei a generare effetti anticompetitivi*" (audizione del Presidente dell'AGCM del 4 giugno 2013 innanzi alla X Commissione della Camera dei Deputati). La complementarità è stata ribadita nel protocollo di intesa AGCM/AgCom stipulato il 22 maggio 2013.

³⁷⁵ All. B, parr. 473 ss.

integrazione delle attuali garanzie di parità di trattamento). Tali misure non richiedono comunque l'assimilazione delle divisioni commerciali interne ad un OLO né l'uso dei medesimi processi e sistemi per rifornirle dei servizi di accesso, come aveva spontaneamente offerto Telecom Italia nel 2013. Come sottolineato dalla dottrina³⁷⁶, l'AgCom è stata, in particolare, preoccupata degli impatti delle modifiche necessarie a realizzare il modello *equivalence of input* sul livello di qualità né ha totalmente escluso che un modello di *equivalence of output* rafforzato non potesse raggiungere gli stessi obiettivi di parità di trattamento.

Infine, a luglio 2015 l'AGCM ha avviato il procedimento A428C, in cui contesta a Telecom Italia la permanenza di criticità nel processo di fornitura dei servizi di accesso. Di conseguenza, a febbraio 2016 l'ex *incumbent* ha proposto all'AgCom di ridisegnare completamente i processi di attivazione e riparazione delle linee di accesso in una logica di *equivalence of input* mediante la sostanziale assimilazione delle sue divisioni commerciali agli OLO infrastrutturati³⁷⁷.

3.3.2 Critica

La prassi *antitrust* nazionale ed europea appena delineata produce l'effetto di estendere l'ambito di applicazione del diritto della concorrenza anche ai settori regolamentati in modo pervasivo – come, per l'appunto, il settore delle comunicazioni elettroniche. In tal modo, si vuole evitare che gli operatori economici utilizzino a proprio favore l'eccesso di regolamentazione come esimente dei comportamenti contrari alle norme *antitrust*.

Tuttavia, è indubbio che questo approccio pone una serie di problematiche.

³⁷⁶ A. PRETO, *In principio è la rete. Suggestioni comunicative per una società connessa*, Marsilio, 2014, p. 95 ss.

³⁷⁷ Cfr. Delibera n. 122/06/CONS. Al momento, è in corso l'istruttoria sulla proposta di Telecom Italia.

3.3.2.1 Problematiche connesse all'applicazione della teoria delle complementarità

Principi consolidati di certezza del diritto, nonché di leale cooperazione e buon andamento della pubblica amministrazione impongono un'applicazione delle norme *antitrust* coerente con la regolamentazione pro-concorrenziale del settore delle comunicazioni elettroniche.

La coerenza dell'ordinamento giuridico è un principio di rilievo costituzionale³⁷⁸ ed europeo³⁷⁹. Esso impone all'azione amministrativa di esprimersi con modalità funzionali e adeguate alla cura dell'interesse pubblico perseguito, per assicurare che il privato sia destinatario di precetti armonici, coerenti e non contraddittori, tali da consentirgli di determinare il proprio comportamento alla luce di regole certe, univoche e conoscibili *ex ante*³⁸⁰.

In virtù di tale principio, l'autorità di concorrenza, sia essa nazionale o europea, non può ignorare la regolamentazione di settore³⁸¹.

Pertanto, la Commissione europea o l'AGCM dovrebbero accertare quali norme settoriali regolino le condotte delle imprese e, qualora esse impongano comportamenti

³⁷⁸ Da ultimo, Corte costituzionale, sentenza 29 maggio 2013, n. 103.

³⁷⁹ Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 15 giugno 1993, causa C-225/91, *Matra/Commissione europea*, in Racc. 1997, I-3203, par. 41 e 42; sentenza 27 gennaio 2000, causa C-164/98 P, *DIR International Film et al./Commissione europea*, in Racc. 2000, I-447, par. 21 e 30, e Tribunale UE, sentenza 31 gennaio 2001, causa T-156/98, *RJB Mining/Commissione europea*, in Racc. 2001, I-337, par. 112.

³⁸⁰ L'attività amministrativa deve dare “indirizzi univoci al mercato” (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 13). A tal fine, l'azione delle diverse autorità deve “coordinarsi in un'ottica di leale collaborazione”, “evitare sovrapposizioni” (TAR Lazio, sez. I, sentenza 21 giugno 2012, n. 5689), nonché “bis in idem o difformi valutazioni” (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 10 marzo 2006, n. 1271).

³⁸¹ La regolamentazione “contribuisce a determinare le condizioni di concorrenza” entro cui le imprese si muovono e rappresentano “un elemento pertinente ai fini dell'applicazione dell' [102 TFUE] alla condotta seguita dall'impresa stessa, vuoi per definire i mercati interessati, vuoi per valutare il carattere abusivo di tale condotta” (Corte di Giustizia UE, sentenza 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, in Racc. 2010, I-9555, par. 224). Negli stessi termini, si è ritenuto che ai test di prezzo regolamentari “deve, di regola, attenersi anche l'AGCM quando accerta se è stato o meno commesso un abuso di posizione dominante mediante offerta non replicabile” (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 10 marzo 2006, n. 1271).

anticoncorrenziali, disapplicarle senza comminare alcuna sanzione alle imprese per i comportamenti progressi³⁸².

Inoltre, l'AGCM ha l'obbligo di non discostarsi dagli accertamenti svolti dall'autorità di settore nei procedimenti di definizione dei rimedi regolamentari o sanzionatori, se non con adeguata motivazione e dimostrazione dell'inattendibilità di un simile accertamento³⁸³, dell'inidoneità del rimedio regolamentare a risolvere il problema concorrenziale individuato³⁸⁴ o ancora della sostanziale elusione del rimedio regolamentare da parte dell'impresa³⁸⁵.

Ciò vale a maggior ragione nei casi come *Telecom A428*, visto che: (i) il nuovo quadro europeo delle comunicazioni elettroniche prevede strumenti e procedure che assicurano un'applicazione convergente con i principi di diritto della concorrenza³⁸⁶, perseguendo il fine comune del corretto funzionamento del mercato interno³⁸⁷; (ii) le fattispecie oggetto dell'intervento dell'AGCM (rifiuto costruttivo di fornitura e compressione dei margini) individuavano i medesimi problemi competitivi per prevenire i quali il rimedio regolamentare è stato appositamente disegnato³⁸⁸; (iii) gli obiettivi dei rimedi regolamentari coincidevano con quelli che l'AGCM dichiarava di voler perseguire nel provvedimento *antitrust*, ossia la parità di trattamento e la tutela della concorrenza.

³⁸² Corte di Giustizia UE, sentenza 9 settembre 2003, causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)/Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Racc. 2003, I-8055, par. 53. In termini, da ultimo, TAR Lazio, sez. I, sentenza 9 gennaio 2013, n. 125.

³⁸³ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 10 marzo 2006, n. 1271, par. 6.6.4 e sentenze ivi citate.

³⁸⁴ Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, in Racc. 2010, I-9555, par. 265; Commissione europea, decisione 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, par. 501.

³⁸⁵ Cfr. Commissione europea, decisione 22 giugno 2011, caso COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska*, par. 400-405 e 578.

³⁸⁶ Cfr. art. 8, comma 2 Direttiva Quadro; art. 7, Direttiva Quadro; Direttiva Accesso, considerando 13. Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato (2002/C - 165/03), par. 14, 19 e 31; Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni (98/C 265/02), par. 15.

³⁸⁷ Cfr. art. 3, comma 3, TUE, art. 3 TFUE e il Protocollo n. 27 al Trattato di Lisbona sul mercato interno e sulla concorrenza.

³⁸⁸ Artt. 49-50 CCE e artt. 12-13 Direttiva Accesso.

Se ciò non avviene, l'AGCM non si limita a sanzionare una condotta, bensì agisce quale nuovo e diverso regolatore, arrogandosi “*funzioni spettanti*” all'AgCom³⁸⁹ – il che nell'attuale sistema di ripartizione delle competenze costituisce un *vulnus* al principio di certezza giuridica – e dettando criteri opinabili senza neanche possedere le necessarie competenze tecniche³⁹⁰.

In ogni caso, particolarmente quando l'AGCM si sostituisce impropriamente al regolatore di settore, il principio del legittimo affidamento non consente di addebitare all'impresa la responsabilità per condotte conformi alla normativa di settore e ai provvedimenti attuativi di questa, specialmente in presenza di accertamenti che ne abbiano constatato la legittimità³⁹¹.

³⁸⁹ Ad esempio, il giudice amministrativo ha censurato l'intervento *antitrust* che imponeva “*una repentina apertura alla concorrenza nel settore*” (TAR Lazio, sez. I, sentenza 3 settembre 2012, n. 7481), ovvero che realizzava in concreto “*una determinazione 'regolativa' del mercato stesso (...) esorbitante rispetto alle attribuzioni di vigilanza, controllo e verifica in ordine al corretto svolgimento delle dinamiche competitive, che l'ordinamento disciplina e demanda all'[AGCM]*” (TAR Lazio, sez. I, sentenza 8 maggio 2009, n. 5005). In termini anche TAR Lazio, sez. I, sentenza 18 febbraio 2013, n. 1742, che ha annullato una delibera AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette perché “*l'AGCM è andata a sanzionare condotte la cui repressione è dall'ordinamento affidata, in virtù di specifiche disposizioni normative, ad altro soggetto pubblico, ossia l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni; sotto connesso profilo, vertendosi in tema di modalità di vendita delle SIM presso i punti vendita di Vodafone, ed in particolare dell'utilizzo della tecnica dell'opt out, la stessa Autorità si è arrogata l'esercizio di una potestà regolamentare che certamente non le compete, con il risultato di incidere su una materia che dalla legge è demandata alla cura e alla potestà regolatoria dell'AgCom*”.

³⁹⁰ Direttiva Accesso, artt. 5 e 8; CCE, artt. 18 e 19; art. 3, comma 3, TUE e art. 26 TFUE.

³⁹¹ La tutela del legittimo affidamento costituisce principio generale dell'azione amministrativa, che si risolve “*in un limite all'azione della Pubblica Amministrazione, la quale, nel rispetto dei principi fondamentali fissati dall'art. 97 della Costituzione, è tenuta ad improntare la sua azione non solo agli specifici principi di legalità, imparzialità e buon andamento, ma anche al principio generale di comportamento secondo buona fede, cui corrisponde l'onere di sopportare le conseguenze sfavorevoli del proprio comportamento che abbia ingenerato nel cittadino incolpevole un legittimo affidamento*” (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 15 luglio 2008, n. 3536, e TAR Lazio, sez. I, sentenza 16 maggio 2012, n. 4455). Invero, “*secondo una giurisprudenza costante, la possibilità di far valere il principio della tutela del legittimo affidamento è prevista per ogni operatore economico nel quale un'istituzione abbia fatto sorgere fondate aspettative*” (*ex multis*, Corte di Giustizia UE, sentenza 26 giugno 2012, causa C-335/09P, *Repubblica di Polonia/Commissione europea*, non

3.3.2.2 La teoria della complementarità e le particolarità dei casi di specie

Per circoscrivere la portata dei precedenti europei e nazionali nel settore, nonché per mitigare i rischi appena descritti, si può tuttavia considerare come essi siano il frutto delle particolarità del caso di specie, e siano piuttosto stati dettati dalla necessità di “*curare*”, tramite le norme a tutela della concorrenza, i fallimenti di mercato provocati o quantomeno non impediti dalle autorità di regolamentazione nazionale³⁹².

Nel caso *Deutsche Telekom*, è chiaro che l’attività svolta dell’autorità di regolamentazione nazionale non aveva minimamente impedito gli abusi del gestore storico (essendone, semmai, corresponsabile). Emblematicamente il Tribunale evidenzia che “*non si può escludere che le autorità tedesche abbiano parimenti violato il diritto comunitario*”³⁹³.

Infine, nel rigettare l’argomento per cui l’approvazione delle tariffe da parte del regolatore nazionale avrebbe fatto sorgere in *Deutsche Telekom* un legittimo affidamento relativamente alla legittimità delle stesse, il Tribunale ha replicato che le decisioni dell’autorità tedesca di regolamentazione del settore:

- i. pur avendo constatato lo scarto negativo fra tariffe all’ingrosso e al dettaglio praticata dall’*ex incumbent*, avevano concluso che la sovvenzione incrociata tra

ancora pubblicata in Racc., par. 180, e sentenza 22 giugno 2006, causa C-182/03, *Forum187ASBL/Commissione europea*, in Racc. 2006, I-2, par. 147).

³⁹² Sul tema dei fallimenti di mercato, *ex multis*, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, Giappichelli, 2014, p. 5 ss., A. OGUS, *Regulation. Legal form and economic theory*, Clarendon Press, 1994, G. J. STIGLER, *Mercato, informazione, regolamentazione*, Il Mulino, 1994, p. 301 ss., A. PETRETTO, *Mercato, organizzazione industriale e intervento pubblico*, Il Mulino, 1993, C. R. SUNSTEIN, *After rights revolution - Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, 1990, p. 49 ss., G. J. STIGLITZ, *Economics of the public sector*, W. W. Norton, 1988, p. 61 ss., R. BALDWIN, C. MCCRUDDEN, *Regulation and Public Law*, Weidenfeld & Nicolson, 1987.

³⁹³ Tribunale UE, sentenza 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom AG/Commissione europea*, in Racc. 2008, II-477, par. 265. Molto interessante, sul punto, G. MONTI, *Managing the intersection of utilities regulation and EC Competition Law*, in *The Competition Law Review*, 4(2) (2008), pp. 123-145, secondo il quale questa sentenza dimostrerebbe come la Commissione europea “*curi*” con il diritto *antitrust* i fallimenti di mercato provocati dai regolatori nazionali. Questa soluzione sarebbe tuttavia solo temporanea nell’attesa che le autorità di regolamentazione nazionale raggiungano un maggior grado di indipendenza dai poteri nazionali (i quali hanno condizionato sia l’autorità di regolamentazione tedesca sia quella spagnola).

- servizi di accesso e servizi di telefonia vocale dovesse consentire agli altri operatori di offrire tariffe concorrenziali ai propri abbonati³⁹⁴;
- ii. non contenevano alcun riferimento all'art. 82 del Trattato CE, ora art. 102 TFUE. Anzi, tali decisioni “*non escludono che le pratiche tariffarie della ricorrente falsino la concorrenza ai sensi dell'art. [102 TFUE]*”, posto che “*risulta implicitamente*” da esse come “*i concorrenti devono fare ricorso a una sovvenzione incrociata per poter rimanere competitivi sul mercato*”³⁹⁵;
 - iii. implicitamente riconoscevano che le pratiche tariffarie della ricorrente avessero un effetto anticoncorrenziale, dato che i concorrenti dovevano fare ricorso a una sovvenzione incrociata per poter rimanere competitivi sul mercato dei servizi di accesso³⁹⁶;
 - iv. avevano violato il diritto europeo e, in particolare, le disposizioni di cui alla direttiva 90/388, come modificata dalla direttiva 96/19, in quanto avevano optato per un riequilibrio progressivo fra le tariffe delle connessioni e quelle delle comunicazioni, vietato espressamente dal ventesimo considerando della direttiva 96/19/CE che, *inter alia*, impone agli Stati membri di “*eliminare con la massima rapidità possibile tutte le restrizioni ingiustificate in relazione al progressivo riequilibrio tariffario da parte degli organismi di telecomunicazioni*”³⁹⁷.

In sostanza, il Tribunale ha sostenuto che le valutazioni dell'autorità di regolamentazione del settore non erano state svolte correttamente o, addirittura, erano fondate su violazioni del quadro regolamentare previsto a livello comunitario per assicurare “*full competition*” nel mercato delle telecomunicazioni³⁹⁸.

³⁹⁴ Tribunale UE, sentenza 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom AG/Commissione europea*, in Racc. 2008, II-477, par. 267.

³⁹⁵ Tribunale UE, sentenza 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom AG/Commissione europea*, in Racc. 2008, II-477, par. 268.

³⁹⁶ Tribunale UE, sentenza 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom AG/Commissione europea*, in Racc. 2008, II-477, par. 268.

³⁹⁷ Commissione europea, decisione 21 maggio 2003, casi COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, *Deutsche Telekom AG*, in GUUE L 263/9, parr. 122 e 265.

³⁹⁸ Quest'ultima considerazione ha ricevuto l'avallo della Corte di Giustizia UE (sentenza 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG/Commissione europea*, in Racc. 2010, I-9555, par. 14 dove, per l'appunto, la Corte riporta interamente il par. 265 della sentenza del Tribunale).

In merito al principio del *ne bis in idem*, e con particolare riguardo al requisito dell'*idem*³⁹⁹, il Tribunale ha rilevato che “*le tariffe al dettaglio per l’accesso alle linee analogiche che sono state in vigore per l’intero periodo compreso fra il 1 gennaio 1998 e il 31 dicembre 2001 non erano state autorizzate dalla RegTP*”⁴⁰⁰. A tal proposito, è interessante notare come, sebbene la Commissione avesse accertato che l’infrazione era stata posta in essere fra il 1998 e il 2003, tuttavia, in sede di quantificazione della sanzione, per il periodo compreso tra gennaio 2002 e il maggio 2003 ha tenuto conto delle limitazioni regolamentari che riducevano il margine di manovra di cui disponeva Deutsche Telekom per modificare le tariffe e non ha applicato la maggiorazione dell’ammenda che sarebbe stata richiesta dalla lunga durata della condotta abusiva⁴⁰¹.

Alla luce di questi rilievi, è possibile concludere che due fattori erano d’ostacolo alla piena operatività del principio del *ne bis in idem*:

- i. non era presente il requisito dell’ “*idem*”, inteso come stessi fatti ovvero fatti sostanzialmente identici relativi allo stesso autore e indissolubilmente legati tra loro nel tempo e nello spazio⁴⁰²,
- ii. era mancante anche il requisito della “*sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato*” (art. 4, co. 1, del Protocollo n. 7 della CEDU). Tale requisito è stato infatti interpretato nel senso che è necessario che sia intervenuto un apprezzamento nel merito⁴⁰³. In tal caso, le analisi condotte dal regolatore non potevano essere considerate un “accertamento” nel

³⁹⁹ Come vedremo in seguito (v. *infra*, Cap. 4, par. 4.1.2) in relazione alla materia *antitrust*, le corti europee hanno chiarito che, il requisito dell’ “*idem*” sia configurabile solo allorché sussista, insieme all’identità dei fatti e del contravventore, l’unicità dell’interesse giuridico tutelato (cfr., Corte di Giustizia UE, sentenza 14 febbraio 2012, causa C-17/10, *Toshiba Corporation et al./Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, non ancora pubblicata in Racc., par. 97).

⁴⁰⁰ Tribunale UE, sentenza 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom AG/Commissione europea*, in Racc. 2008, II-477, par. 109 e Corte di Giustizia UE, sentenze 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom/Commissione europea*, in Racc. 2010, I-9555, par. 60.

⁴⁰¹ Commissione europea, decisione 21 maggio 2003, casi COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, *Deutsche Telekom AG*, in GUUE L 263/9, par. 211.

⁴⁰² Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenze 10 febbraio 2009, *Sergueï Zolotoukhine/Russie*, dec. n. 14939/03, parr. 81-84 ; 16 giugno 2009, *Ruotsalainen/Finland*, dec. n. 13079/03, parr. 50 e 82.

⁴⁰³ Corte di Giustizia UE, sentenza 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Hüseyin Gözütok e Klaus Brüggel*, in Racc. 2003, I-1345.

senso proprio del termine visto che sia la Commissione sia le corti europee hanno messo in luce le carenze delle valutazioni dell'autorità di regolazione, che era addirittura incorsa in violazioni del diritto europeo.

Nel caso *Telefónica*, in tema di rapporti fra autorità *antitrust* e autorità di regolazione (nel presente caso, rispettivamente, fra la Commissione europea e CMT, autorità spagnola di regolazione delle telecomunicazioni) ha negato che potesse venire in rilievo il principio del *ne bis in idem*, *inter alia*, alla luce delle seguenti considerazioni:

- i. CMT non è mai intervenuta per far rispettare l'art. 102 TFUE, né ha adottato decisioni vertenti sulle pratiche oggetto di analisi da parte della Commissione⁴⁰⁴
- ii. CMT non ha mai analizzato l'esistenza di una compressione dei margini nel corso del periodo dell'infrazione visto che non aveva introdotto alcuna regolamentazione dei prezzi per l'accesso all'ingrosso fino a dicembre 2006⁴⁰⁵. Anzi, a tal proposito, la Commissione ha accertato che l'abuso fosse stato realizzato dal 2001 al 2006 e fino all'introduzione della regolamentazione di settore sui prezzi per l'accesso all'ingrosso, sia a livello nazionale sia a livello regionale⁴⁰⁶.

Inoltre, è interessante notare come la Commissione abbia sottoposto ad attento vaglio il modello di costo utilizzato dal regolatore spagnolo contestando il fatto che non fosse basato sui dati storici relativi ai costi effettivamente sostenuti dall'*ex incumbent*, bensì su stime *ex ante* elaborate da un consulente esterno sulla base di informazioni fornite da Telefónica nel 2001⁴⁰⁷.

A parere della Commissione, tali costi utilizzati dal regolatore nazionale per applicare il test del *margin squeeze*, erano più bassi di quelli storici effettivamente sostenuti dall'*ex incumbent* per tre ordini di ragioni:

⁴⁰⁴ Commissione europea, decisione 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, par. 678 e 683.

⁴⁰⁵ Commissione europea, decisione 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, par. 726, 727.

⁴⁰⁶ Commissione europea, decisione 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, par. 759.

⁴⁰⁷ Commissione europea, decisione 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, par. 493-501.

- i. le quote di mercato e le conseguenti economie di scala realizzate dalla società erano state sovrastimate così comportando una sottostima dei costi sostenuti dalla società⁴⁰⁸;
- ii. i costi incrementali di rete considerati erano inferiori sia rispetto a quelli stimati dalla società nel *business plan* sia rispetto a quelli effettivamente sostenuti dalla società⁴⁰⁹;
- iii. nei costi non di rete erano stati inclusi anche dei parametri di costo (non meglio identificato “*service margin*”, pari addirittura al 30% del prezzo al dettaglio) sul cui valore/significato economico né il regolatore né il consulente avevano fornito delle chiarificazioni alla Commissione⁴¹⁰. Pertanto, in considerazione del fatto che sia l’autorità di regolazione spagnola sia il consulente esterno avevano espressamente dichiarato di non essere in realtà in possesso di tutte le informazioni necessarie per applicare correttamente il test del *margin squeeze*, la Commissione ha ritenuto ingiustificata l’applicazione, nella decisione, dei costi elaborati dal regolatore spagnolo⁴¹¹.

In breve, anche nel caso in esame non era soddisfatto né il requisito dell’*idem* né quello del *bis*. In ogni caso, Telefónica non è stata sanzionata per condotte poste in essere nel rispetto della regolamentazione di settore atteso che la condotta abusiva è stata accertata solo nel periodo in cui la medesima regolamentazione di settore non era ancora stata adottata.

Nel caso *Telekomunikacja Polska*, la Commissione ha rigettato l’obiezione mossa dalla società in merito alla violazione del principio del *ne bis in idem* anche sulla base del rilievo secondo cui TP aveva posto in essere delle condotte in più occasioni sanzionate anche dall’Autorità nazionale di regolazione (“UKE”) in quanto qualificate come contrarie alla

⁴⁰⁸ Commissione europea, decisione 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, par. 502.

⁴⁰⁹ Commissione europea, decisione 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, parr. 503-507.

⁴¹⁰ Commissione europea, decisione 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, parr. 508-510.

⁴¹¹ Commissione europea, decisione 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, par. 511.

normativa di settore⁴¹². Tuttavia, nonostante le sanzioni irrogate, la società non aveva modificato la propria condotta⁴¹³.

Allo stesso tempo, però, sembra che la Commissione applichi il principio del *ne bis in idem* “sostanziale” nel senso che, per le condotte già scrutinate dall’UKE, dalla sanzione finale astrattamente applicabile alla società ha sottratto quelle ammende applicate dalla medesima autorità di regolazione⁴¹⁴. In tal modo, in ossequio al principio del *ne bis in idem*, è stata di fatto esclusa una doppia valutazione e l’imposizione di una duplice ammenda alle medesime fattispecie.

Da ultimo, nel caso *Slovak Telekom*, la Commissione europea ha accertato l’elusione del quadro regolamentare, sia europeo che nazionale, da parte dell’impresa dominante⁴¹⁵.

Alla luce di quanto esposto, possiamo quindi concludere che il diritto della concorrenza, nonostante la sua apparente pervasività causata dall’applicazione della teoria della complementarità, abbia di fatto rivestito, perlomeno in ambito europeo, un ruolo sussidiario, con applicazione circoscritta ai casi in cui la regolazione di settore, nella sua concreta applicazione, produceva un fallimento di mercato e non era effettivamente in grado di promuovere e assicurare una conformazione del mercato sufficientemente pro-concorrenziale⁴¹⁶.

In ambito nazionale, nel caso *Telecom A428*, a differenza di quanto accaduto nella decisione *Telekomunikacja Polska*, l’AGCM non ha contestato a Telecom di aver opposto dei KO falsi, o di aver posto in essere verifiche ulteriori e diverse rispetto a quelle imposte dalla regolamentazione. L’AGCM ha invece messo in discussione le scelte organizzative del gestore storico che, a suo avviso, sarebbero state la causa principe della proliferazione dei KO.

⁴¹² Commissione europea, decisione 22 giugno 2011, caso COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska*, par. 131.

⁴¹³ Commissione europea, decisione 22 giugno 2011, caso COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska*, par. 131.

⁴¹⁴ Commissione europea, decisione 22 giugno 2011, caso COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska*, parr. 142 e 919-920.

⁴¹⁵ Commissione europea, decisione 5 novembre 2015, caso COMP/39523, *Slovak Telekom*, parr. 435 ss., 450, 488, 537, 545.

⁴¹⁶ Cfr. sul punto M. FILIPPELLI, *Telecom Italia e Trinko: la dialettica tra norme antitrust generale e disciplina regolatoria nelle telecomunicazioni in Europa e negli Stati Uniti*, in *Rivista Diritto Industriale*, (2009), p. 24 ss.

Probabilmente tale approccio è stato dettato dal fatto che i servizi *wholesale* rappresentano *input* essenziali di accesso alla rete e non esiste una struttura alternativa su scala nazionale che possa sostituire la rete di Telecom e su cui i concorrenti possano contare per operare nel mercato a valle (pertanto la negazione o la concessione a condizioni non ragionevoli dell'accesso compromette l'effettivo dispiegarsi della concorrenza nei mercati a valle). Inoltre, gli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria mostrano una maggiore incidenza dei rifiuti di attivazione per il processo "esterno" rispetto a quello "interno" (in particolare per i rifiuti ascrivibili a causali direttamente connesse al funzionamento di processo) e che la percentuale più elevata riguarda i KO per attivazioni su linee non attive, ovvero quando Telecom ricorre alla posa di un nuovo collegamento in rame *ad hoc* per l'attivazione dell'utenza. L'AGCM ha prestato particolare attenzione a questi casi, che farebbero pensare a condotte strumentali da parte dell'*ex incumbent*.

Capitolo 4

IPOTESI PER UNA SOLUZIONE DEL PROBLEMA

SOMMARIO: 4.1 Il piano dei principi – 4.1.1 L'applicazione concorrente delle due discipline e la possibile violazione di principi generali dell'ordinamento giuridico – 4.1.2 Individuazione di possibili strumenti di temperamento – 4.1.3 Considerazioni finali – 4.2 Il piano istituzionale e procedimentale – 4.2.1 Il modello inglese: *pro* e *contra* – 4.2.2 Meccanismi di cooperazione verticale e orizzontale – 4.2.2.1 L'art. 7 della Direttiva Quadro – 4.2.2.2 I protocolli di intesa tra AGCM e AgCom – 4.2.2.3 Possibili (e ulteriori) strumenti di cooperazione informale

4.1 Il piano dei principi

Come abbiamo visto nel capitolo precedente, secondo la prassi e la giurisprudenza nazionale ed europea, mentre la regolazione di settore interviene *ex ante* ed essenzialmente mira a stabilire la normativa che si applica a un determinato settore e persegue finalità pro-competitive, il diritto *antitrust* interviene *ex post* al fine di accertare l'eventuale carattere illecito di condotte che, sebbene, perlomeno formalmente, conformi alla regolazione settoriale, sono tuttavia idonee a produrre effetti anticompetitivi. In particolare, le autorità di concorrenza e i giudici hanno chiarito che ciò accade nell'ipotesi in cui la normativa specifica lasci alle imprese dei margini di discrezionalità e consenta loro di adottare dei comportamenti qualificabili come “*autonomi*” e non “*imposti*” dal legislatore. Conformemente a tale approccio, le due modalità di intervento garantiscono, assieme, un corretto funzionamento del mercato.

Questa impostazione genera, tuttavia, una serie di problematiche. Abbiamo visto, infatti, che non sempre valutare – se non addirittura sanzionare – due volte la medesima condotta è auspicabile. Inoltre, si tratta di un approccio che non sempre consente di individuare l'utilità del doppio intervento – *antitrust* e regolamentare – nei mercati regolati.

Partendo dalla constatazione che non esiste, ad oggi, una formula risolutiva in grado di superare questa ambiguità applicativa, potremmo tentare di individuare degli strumenti interpretativi e procedimentali che possano mitigare questo stato di incertezza che nuoce al mercato e ai suoi attori.

In particolare, per ovviare a quella che il Consiglio di Stato ha qualificato espressamente come una “*lacuna*” dell’ordinamento giuridico⁴¹⁷ che, allo stato, non dispone di uno strumento che consenta una preventiva risoluzione dei conflitti di competenza tra autorità concorrenti, l’interprete non può non ricercare nei principi generali dell’ordinamento giuridico le indicazioni utili per definire i limiti dell’intervento dell’AgCom e dell’AGCM.

In questa prospettiva, nei paragrafi che seguono, partendo dai problemi che la relazione fra concorrenza e regolazione pone, si tenteranno di individuare le soluzioni che le autorità o i giudici possono o non possono accogliere per i medesimi⁴¹⁸.

⁴¹⁷ Consiglio di Stato, sez. I, parere 29 marzo 2010, n. 4931.

⁴¹⁸ In tale analisi, particolare importanza rivestono i principi di ragionevolezza e proporzionalità, specialità, leale cooperazione, *ne bis in idem*, buon andamento e coerenza dell’azione amministrativa, legittimo affidamento. Come vedremo nel prosieguo di questo capitolo, molti di tali principi sono richiamati nelle decisioni dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 11-16/2012 che, superando il criterio della specialità “per settori” (che evocava la teoria degli ordinamenti sezionali di M. S. Giannini, v. *infra*, nota n. 444), ha riconosciuto la specialità della disciplina in materia di telecomunicazioni rispetto a quella prevista dal Codice del Consumo. In particolare, questa pronuncia ha ritenuto che occorra disapplicare la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette anche a un intero settore, qualora la disciplina settoriale: (i) annoveri la tutela del consumatore tra le sue finalità; (ii) presenti elementi di specialità; (iii) sia difforme – ma non necessariamente antinamica – rispetto al Codice del Consumo; (iv) sia completa ed esaustiva; (v) attribuisca all’autorità di settore adeguati poteri sanzionatori. Alla luce di questi criteri, l’Adunanza Plenaria ha ritenuto che nel settore del credito (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 14), l’AGCM poteva applicare la normativa sulle pratiche commerciali scorrette, poiché la normativa settoriale allora vigente non era volta a tutelare i consumatori. Al contrario, nel settore delle comunicazioni elettroniche (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenze 11 maggio 2012, nn. 11-13 e 15-16), tutte le suddette condizioni sussistevano. In merito a questa pronuncia, è interessante notare come, secondo autorevole dottrina, non fosse in realtà ravvisabile alcun contrasto fra norma generale e norma speciale in quanto “*le norme speciali contenute nelle discipline di settore, ove siano state poste da fonti sub legislative (delibere delle autorità di settore), comunque non potrebbero porsi in contrasto con le norme generali contenute in una fonte primaria qual è il Codice del Consumo*” (M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1 (2010), p. 688 ss.).

4.1.1 L'applicazione concorrente delle due discipline e la possibile violazione di principi generali dell'ordinamento giuridico

L'approccio fondato sulla diversità dell'intervento *antitrust* rispetto a quello regolatorio (che, allo stato attuale, sembrerebbe essere quello sposato dalla prassi e dalla giurisprudenza nazionale ed europea) pone inevitabilmente il rischio che una condotta formalmente conforme alla regolazione e avallata dall'autorità di settore sia successivamente valutata idonea a produrre effetti anticompetitivi.

Tale impostazione genera diversi problemi.

Sul piano degli effetti che un dato provvedimento produce sia sulle singole imprese destinatarie sia sul sistema economico nel suo complesso, si pone l'esigenza di garantire che l'intervento dell'autorità di regolazione o di concorrenza tenga conto anche degli interessi privati coinvolti nel procedimento.

Sarebbe pertanto auspicabile che, nel rispetto del principio di ragionevolezza, le autorità interessate bilancino gli interessi compresenti nel procedimento cosicché il sacrificio di uno dei valori in gioco risulti “ragionevole”⁴¹⁹ e, per garantire la proporzionalità dell'azione amministrativa, evitino di “*ecced[ere] i limiti di ciò che è necessario*”⁴²⁰. Maggiore cautela

⁴¹⁹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 6 febbraio 1993, n. 3, laddove è stato chiarito che “*ai fini del sindacato di legittimità non ci si deve chiedere se un certo valore, isolatamente considerato, sia stato sacrificato, ma ci si deve chiedere piuttosto se il sacrificio sia «ragionevole» tenuto conto della pluralità di valori e della necessità di stabilire un equilibrio fra loro*”. Sull'applicazione diretta del principio di ragionevolezza cfr., altresì, TAR Sardegna, sez. II, sentenza 4 giugno 1992, n. 647 e Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 3 maggio 1995, n. 673.

⁴²⁰ Corte di Giustizia UE, sentenza 8 settembre 2011, cause riunite C-78/08 a C-80/08, *Ministero dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle Entrate/Paint Graphos Soc. coop. arl et al.*, in Racc. 2011, I-7611, par. 75. Il principio di proporzionalità, così come elaborato dalla giurisprudenza nazionale ed europea, richiede invece che il mezzo utilizzato per perseguire un determinato scopo sia idoneo e, allo stesso tempo, efficace in modo proporzionato (cfr., da ultimo, TAR Lazio, sez. I, sentenza 11 agosto 2011, n. 7083 che ha chiarito che il principio di proporzionalità, in quanto parametro alla stregua del quale deve essere orientata l'azione della Pubblica Amministrazione, comporta un obbligo, per la parte pubblica, di “*adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minore sacrificio possibile per gli interessi compresenti e si risolve nell'affermazione per cui l'Autorità non può imporre, con atti normativi od amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'Autorità è tenuta a realizzare, in modo che il*”

sarebbe richiesta in sede di scrutinio *ex post* di condotte già esaminate – se non addirittura sanzionate – dal regolatore quando risulta dubbia l’effettiva utilità del suo intervento, nell’ottica di evitare ciò che non è necessario per garantire gli obiettivi dei Trattati.

La divergenza fra le valutazioni del regolatore e quelle dell’autorità di concorrenza pone inoltre un problema di tutela del legittimo affidamento degli operatori del mercato in merito alla correttezza della condotta posta in essere⁴²¹.

provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all’obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile). In sostanza, la proporzionalità deve informare l’esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione così da assicurare un’azione idonea e adeguata alle circostanze di fatto (Cfr., Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 19 marzo 2009, n. 1615). Nel diritto dell’Unione europea, il principio di proporzionalità, espressamente sancito all’art. 5, par. 4, TUE, deve essere inteso nel senso che l’azione dell’Unione europea non deve andare al di là di “quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati”. Tuttavia, in giurisprudenza, è stata chiarita la portata generale del principio *de qua*, che esige che ogni misura della pubblica amministrazione che incide su posizioni private non deve “ecced[ere] i limiti di ciò che è necessario, nel senso che il legittimo obiettivo perseguito non potrebbe essere raggiunto attraverso misure di portata minore” (Corte di Giustizia UE, sentenza 8 settembre 2011, cause riunite C-78/08 a C-80/08, Ministero dell’Economia e delle Finanze e Agenzia delle Entrate/Paint Graphos Soc. coop. arl et al., in Racc. 2011, I-7611, par. 75).

421

La tutela dell’affidamento rappresenta un “*principio connaturato allo Stato di diritto*” (Corte Costituzionale, sentenza 29 maggio 2013, n. 103) che trova il suo fondamento negli artt. 2, 3 e 97 della Costituzione, quale espressione del dovere di solidarietà e dei principi di uguaglianza, ragionevolezza e imparzialità (Corte costituzionale, sentenza 4 novembre 1999, n. 416). La giurisprudenza amministrativa ha osservato come detto principio “*trova fondamento nell’ordinamento comunitario quale corollario del generale principio di certezza del diritto nonché, secondo diversa ricostruzione, quale espressione del generale obbligo di comportarsi lealmente e secondo buona fede all’interno del rapporto giuridico*” e “*si traduce, nel nostro ordinamento, in un limite all’adozione di provvedimenti negativi o sfavorevoli solo in presenza di un contegno tenuto dall’Amministrazione che rivesta chiara ed univoca idoneità a suscitare falsi affidamenti*” (TAR Lazio, sez. I, sentenza 16 maggio 2012, n. 4455. Sul principio della tutela del legittimo affidamento come regola comportamentale, iscrivibile nel generale canone delle buona fede cfr. TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, sentenza 24 febbraio 1997, n. 107 e TAR Lazio, sez. II-ter, sentenza 11 ottobre 2004, n. 10692, secondo cui “*il comportamento successivo dell’ufficio contrario al precedente, che ha ingenerato un affidamento del privato, viola il principio di buona fede, sancito dall’art. 1175 c.c.*”). Al riguardo, la Corte di Giustizia UE ha affermato che il principio della tutela del legittimo affidamento “*fa parte dell’ordinamento giuridico comunitario e la sua inosservanza costituirebbe, ai sensi del predetto articolo, una violazione del trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione*” (Corte di Giustizia UE, sentenza 3 maggio 1978, causa 112/77, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer &*

Nel rispetto di questo principio, l'autorità che voglia esercitare i suoi poteri nei confronti del privato deve tenere in conto l'interesse alla conservazione di beni della vita conseguiti dal privato in buona fede in virtù di un previo atto di un'altra autorità, al quale sia seguito il decorso di un ragionevole lasso di tempo. Questo implica che perché l'affidamento di una determinata impresa diventi tutelabile devono ricorrere alcuni requisiti che sono stati chiaramente individuati dalla giurisprudenza⁴²²:

- i. elemento oggettivo, che impone che il vantaggio (bene o utilità) conseguito e difeso dal privato sia chiaro e univoco⁴²³. In ambito nazionale, è stato precisato che il principio della tutela dell'affidamento può essere invocato non solo in presenza di “*provvedimenti negativi o sfavorevoli*” rispetto ad un'antecedente “*fattispecie legittimante*” ma anche “*in presenza di elementi che rendano razionalmente ammissibile la conservazione di effetti prodotti dal provvedimenti illegittimi, ovvero in*

Co./Commissione europea, in Racc. 1978, 1019, par. 19. Cfr., in materia di aiuti di Stato, Corte di Giustizia UE, sentenza 14 ottobre 2010, causa C-67/09 P, *Nuova Agricast Srl e Cofra Srl/Commissione europea*, in Racc. 2010, I-9811). Nel diritto positivo, al principio del legittimo affidamento fa indirettamente riferimento l'art. 1 della l. n. 241/1990 che, dopo la riforma di cui alla l. n. 15/2005, rinvia ai principi generali dell'ordinamento comunitario ai fini della regolazione dell'azione amministrativa (Cfr., TAR Puglia, sez. I, sentenza 9 maggio 2011, n. 688 nonché Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 13 maggio 2013, n. 2593, in cui il giudice amministrativo ha ritenuto fondata la doglianza relativa alla violazione dell'art 1 della l. n. 241/90, per contrarietà ai principi dell'ordinamento europeo e, in particolare, del principio del legittimo affidamento). Un positivo riconoscimento da parte del legislatore italiano è stato altresì raggiunto, nella nuova disciplina dettata in materia di autotutela, con il riferimento al tempo trascorso ed agli interessi consolidati in capo ai beneficiari che si legge sia nell'art. 21-*nonies* della legge sul procedimento (Cfr. TAR Calabria, sez. II, sentenza 7 luglio 2011, n. 973), sia nella disposizione di cui all'art. 1, comma 136, della l. n. 311/2004.

⁴²² Corte di Giustizia UE, sentenza 15 dicembre 2005, causa C-148/04, *Unicredito Italiano SpA/Agenzia delle Entrate*, in Racc. 2005, I-11137, par. 104.

⁴²³ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia UE, sentenza 15 luglio 2004, causa C-459/02, *Willy Gerekens/Lussemburgo*, in Racc. 2004, I-7315, par. 28, che chiarisce che “*il principio della tutela del legittimo affidamento può essere fatto valere dall'operatore economico nel quale un'istituzione abbia fatto sorgere fondate aspettative*” nonché, nello stesso senso, Tribunale UE, sentenza 29 marzo 2012, causa T-398/07, *Regno di Spagna/Commissione europea*, pubblicata in Racc. elettronica ECLI:EU:T:2012:173, par. 118; in ambito nazionale cfr. TAR Calabria, sez. II, sentenza 7 luglio 2011, n. 973 secondo cui l'affidamento deve essere inteso non quale “*generica e soggettiva aspettativa di un beneficio, ma quale situazione ingenerata dagli atti posti in essere dalla pubblica amministrazione che, in base ad una valutazione obiettiva, sia tale da indurre i destinatari ad operare determinate scelte e ad effettuare opzioni in funzione del risultato da raggiungere*”.

presenza di un contegno tenuto dall'Amministrazione che sia idoneo a suscitare falsi affidamenti, ovvero ancora in presenza di mutamenti normativi o giurisprudenziali che rendano incerta per il destinatario la validità o l'efficacia di atti emanati dall'Amministrazione"⁴²⁴;

- ii. elemento soggettivo, che rimanda alla buona fede del privato che si concreta nell'assenza di dolo o colpa⁴²⁵;
- iii. decorso del tempo che, se congruo, consolida l'affidamento del privato, stabilizza e rende certo il rapporto giudicio⁴²⁶.

Nello stesso senso si sono espressi i giudici nazionali che hanno sottolineato come un *revirement* di un indirizzo interpretativo da parte dell'amministrazione sia possibile purché accompagnato da:

- i. una "*congrua motivazione*" delle mutate esigenze di interesse pubblico;
- ii. un contemperamento dei nuovi interessi pubblici in gioco – che devono essere necessariamente "*concret[i] e attual[i]*"⁴²⁷ – con la posizione soggettiva del privato⁴²⁸. Detto bilanciamento deve essere effettuato "*tene[ndo] conto delle particolarità del caso e del concreto atteggiarsi degli interessi, in relazione alla tipologia dell'atto da annullare ed alle previsioni di esso*"⁴²⁹. Precisamente, "*occorre chiedersi se, nel caso concreto, al momento dell'intervento del provvedimento di annullamento di ufficio si fossero consolidate, in capo ai soggetti partecipanti alla procedura, situazioni di affidamento di tale consistenza da costituire ostacolo al perseguimento dell'interesse pubblico in funzione del quale si è inteso esercitare il potere di autotutela*"⁴³⁰. La necessità di tutela degli interessi dei privati è ancora più prestante oggi in considerazione sia dell'"*esigenza delle imprese di acquisire certezza, in tempi brevi, circa la liceità o no dei propri comportamenti (indispensabile per consentire una*

⁴²⁴ Cfr., TAR Puglia, sez. I, sentenza 9 maggio 2011, n. 688.

⁴²⁵ Sulla necessità che l'affidamento non sia colposo, cfr., da ultimo, in materia di aiuti di Stato, Corte di Giustizia UE, sentenza 14 ottobre 2010, causa C-67/09 P, *Nuova Agricast Srl e Cofra Srl/Commissione europea*, in Racc. 2010, I-9811, par. 71.

⁴²⁶ Cfr. TAR Lazio, sez. I, sentenza 16 maggio 2012, n. 4455 e TAR Calabria, sez. II, sentenza 7 luglio 2011, n. 973 che richiama la necessaria presenza di una "*notevole distanza temporale*" che deve intercorrere tra la "*fattispecie legittimante*" e i successivi provvedimenti "*negativi o sfavorevoli*".

⁴²⁷ Cfr. TAR Lazio, sez. III-bis, sentenza 8 gennaio 2005, n. 94.

⁴²⁸ Cfr. TAR Liguria, sez. I, sentenza 15 gennaio 2009, n. 52.

⁴²⁹ Cfr. TAR Calabria, sez. II, sentenza 7 luglio 2011, n. 973.

⁴³⁰ *Id.*

tempestiva dinamica dei mercati, soprattutto nell'odierna realtà dei fenomeni economici)"⁴³¹, sia del rischio che il *revirement* possa produrre in termini di "sconvolg[imento] [del]l'equilibrio organizzativo e finanziario nell'ambito del quale si erano mosse le imprese interessate"⁴³².

Una volta verificata la sussistenza di questi requisiti, l'autorità coinvolta dovrà procedere a una ponderazione degli interessi in gioco, valutando, caso per caso, se dare prevalenza all'interesse pubblico alla legalità dell'azione amministrativa o all'interesse privato al mantenimento della posizione acquisita, nonché alla certezza del diritto⁴³³.

Al di là dell'esigenza di dare maggiore certezza alle imprese in merito alla correttezza del loro operato, emerge la necessità di impedire interventi disarmonici fra autorità di concorrenza e autorità di regolazione in termini di violazione del principio del *ne bis in idem* nel caso in cui un'impresa sia sanzionata per la medesima condotta anche dall'autorità di regolamentazione.

Il principio del *ne bis in idem* vieta di processare (*ne bis in idem* processuale) o sanzionare (*ne bis in idem* esecutivo) il medesimo soggetto due volte per gli stessi fatti che siano stati già oggetto di una decisione definitiva. Esso è previsto come diritto individuale nei trattati internazionali sui diritti umani e, in particolare, all'art. 14, par. 7, del Patto internazionale sui diritti civili e politici. A livello europeo, è previsto dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU e dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴³⁴.

Tale principio è da tempo considerato un principio generale del diritto europeo⁴³⁵.

Relativamente all'ordinamento nazionale, la Corte Costituzionale ritiene che il principio del *ne bis in idem*, benché non espressamente contemplato nella nostra Carta fondamentale,

⁴³¹ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 20 luglio 2001, n. 4053.

⁴³² Cfr., Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 20 luglio 2001, n. 4053.

⁴³³ Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 12 luglio 1962, causa 14-61, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken N.V./Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, in Racc. 1962, ed. italiana, 473.

⁴³⁴ È interessante notare come M. CLARICH (*Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1 (2010), p. 688 ss.), ritenendo che esista un problema di *bis in idem* nel caso di intervento dell'AGCM e delle autorità di regolazione in materia di pratiche commerciali scorrette, propone il ricorso al criterio cronologico: "il primo accertamento preclude o rende inutiliter dato il secondo".

⁴³⁵ V., *ex multis*, Tribunale UE, sentenze 9 luglio 2003, causa T-224/00, *Archer Daniels Midland Company et al./Commissione europea*, in Racc. 2003, II-2597, parr. 85 e 27 settembre 2006, causa T-322/01, *Roquette Frères SA/Commissione europea*, in Racc. 2006, II-3137, par. 277.

sia un valore costituzionalmente protetto, in quanto discendente sia dal diritto di tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. sia dal principio della ragionevole durata del processo⁴³⁶, così da poter essere qualificato come “*principio tendenziale cui si ispira oggi l'ordinamento internazionale*”⁴³⁷. Il principio è espressamente riconosciuto all'art. 649 c.p.

Il principio del *ne bis in idem* trova applicazione principalmente in ambito penale⁴³⁸, nonché relativamente alle sanzioni amministrative, fiscali, doganali o disciplinari che rivestano carattere penale in base ai c.d. “*Engel's criteria*”⁴³⁹.

Al riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto il carattere “quasi-penale” dei procedimenti *antitrust* delle autorità nazionali⁴⁴⁰ e delle sanzioni *antitrust*, a

⁴³⁶ V. Corte Costituzionale, sentenze 17 novembre 2000, n. 501 e 30 aprile 2008, n. 129.

⁴³⁷ Corte Costituzionale, sentenza 3 marzo 1997, n. 58, in particolare punto 6.

⁴³⁸ Art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU.

⁴³⁹ Ossia: (i) la qualificazione giuridica data dal diritto interno; (ii) la natura dell'infrazione, e (iii) la gravità della stessa (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 8 giugno 1976, *Engel et al./Paesi Bassi*, decisioni n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72; con riferimento all'art. 4 del Protocollo n. 7 cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze 29 gennaio 2001, *Franz Fischer/Austria*, dec. n. 37950/97, par. 29 e 31 maggio 2011, *Kurdov e Ivanov/Bulgaria*, dec. n. 16137/04, par. 37 ss.). Il secondo e terzo criterio sono alternativi e non necessariamente cumulativi (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 10 febbraio 2009, *Sergey Zolotukhin/Russia*, dec. n. 14939/03, par. 53). Nulla esclude però di ricorrere ad una valutazione cumulativa qualora l'analisi distinta di ciascun criterio non consenta di addivenire ad una chiara considerazione circa l'esistenza o meno di un'accusa in materia penale (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 31 maggio 2011, *Kurdov e Ivanov/Bulgaria*, dec. n. 16137/04, par. 37).

⁴⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 15 luglio 2003, *Fortum Corporation/Finland*, dec. n. 32559/96. Un ragionamento analogo è stato compiuto di recente relativamente alle sanzioni inflitte dalla Consob. La Corte ha infatti chiarito che, dopo che siano state comminate delle sanzioni amministrative dalla Consob e che esse siano divenute definitive, l'avvio di un processo penale sugli stessi fatti viola il principio giuridico del *ne bis in idem*. Infatti, anche se il procedimento di fronte alla Consob è di carattere amministrativo, le sanzioni inflitte possono essere ritenute a tutti gli effetti penali, considerata la loro natura repressiva, l'eccessiva severità delle stesse (sia per l'importo sia per le sanzioni accessorie) oltre che per le loro ripercussioni sugli interessi del condannato. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens et al./Italia*, dec. n. 18640/10. In dottrina, su questo caso, *ex multis*, F. PALLADINO, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti tra matière pénale e divieto di bis in idem (note a margine della sentenza Corte EDU, Grande Stevens e altri c. Italia, 4 marzo 2014)*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2 (2014). p. 247 ss.

prescindere dalla esplicita previsione del loro carattere “non penale” di cui all’art. 23, comma 5, del Regolamento (CE) n. 1/2003⁴⁴¹.

In ambito nazionale, è stato chiarito che il principio “è pacificamente ritenuto estensibile agli illeciti amministrativi, segnatamente quelli contemplati dal diritto della concorrenza”⁴⁴². In particolare, si è ritenuto che “non si possano irrogare, per la medesima condotta valutata sotto il medesimo profilo (...) due sanzioni aventi medesima natura (pecuniaria), l’una comminata dall’organo con competenza speciale di settore (la CONSOB) e l’altra dall’organo con competenza generale (l’Autorità garante della concorrenza e del mercato)”⁴⁴³.

⁴⁴¹ Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV et al./Commissione europea*, in Racc. 2002, I-8375, in particolare par. 59, laddove è sancito che “il principio ne bis in idem, principio fondamentale del diritto comunitario, sancito peraltro dall’art. 4, n. 1, del Protocollo n. 7 della CEDU, vieta, in materia di concorrenza, che un’impresa venga condannata o perseguita un’altra volta per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia stata sanzionata o dichiarata non responsabile in forza di una precedente decisione non impugnabile”. Nello stesso senso v. Tribunale UE, sentenza 13 dicembre 2006, cause riunite T-217/03 e T-245/03, *FNCBV e FNSEA et al./Commissione europea*, in Racc. 2006, II-4987, par. 340 e Corte di Giustizia UE, sentenza 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S et al./Commissione europea*, in Racc. 2004, I-123, par. 338).

⁴⁴² Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 20 dicembre 2010, n. 9306.

⁴⁴³ Consiglio di Stato, sez. I, parere 3 dicembre 2008, n. 3999. Nel caso di specie, il principio è stato invocato per risolvere il conflitto di competenza fra AGCM e CONSOB in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra professionisti, laddove tanto la normativa settoriale che quella generale tutelavano l’interesse concreto alla correttezza, informativa e/o di condotta, nella prestazione di servizi finanziari. L’interpretazione resa dal Consiglio di Stato in questo parere è stata criticata da più punti di vista. In primo luogo, il giudice tende a sovrapporre il piano relativo all’individuazione della norma da applicare con quello riguardante l’autorità competente a intervenire. Inoltre, la decisione di sancire come criterio risolutivo del conflitto un principio di specialità per settori, che evoca la teoria sugli ordinamenti sezionali elaborata da M. S. Giannini, potrebbe essere in contrasto con la finalità principe del processo di liberalizzazione dei mercati promosso a livello europeo, ossia la realizzazione di un mercato unico e non frammentato in tanti mercati settoriali. Cfr., sul punto, 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 A.A. V.V., *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 1963 ss. e ID., *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1 (2010), p. 688 ss.

L'applicazione del principio presuppone innanzitutto l'esistenza di uno "stesso fatto"⁴⁴⁴. In base alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il requisito si riferisce alla identità dei fatti materiali e non l'*idem* legale (ossia identità del bene giuridico protetto dalla norma violata). Conseguentemente, il principio impedisce di giudicare un individuo per una seconda "infrazione" qualora scaturisca dagli stessi fatti o da fatti sostanzialmente identici, indipendentemente dalla definizione legale dell'incriminazione ovvero dall'identità dei valori tutelati dalle fattispecie normative che vengono in rilievo nel caso di specie⁴⁴⁵.

In relazione alla materia *antitrust*, la Corte di Giustizia sembra aver adottato un'interpretazione più restrittiva della nozione di *idem*, richiedendo oltre all'identità dei fatti materiali anche l'"unità dell'interesse giuridico tutelato"⁴⁴⁶. Inoltre, la Commissione europea ha ritenuto che tale requisito non sussisterebbe in relazione alle sanzioni irrogate con riferimento ai procedimenti nazionali dell'autorità di regolamentazione⁴⁴⁷, richiamando sul punto l'osservazione del Tribunale UE per cui "*le autorità di regolamentazione nazionali agiscono conformemente al diritto nazionale, il quale può perseguire obiettivi che, rientrando nelle politiche in materia di telecomunicazioni, sono diversi da quelli della politica comunitaria in materia di concorrenza*"⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ Cassazione penale, sentenza 15 gennaio 2008, n. 2168. Nel testo delle convenzioni europee ci si riferisce alla stessa "infrazione" (art. 4 del Protocollo n. 7) o "reato" (art. 50 della Carta europea).

⁴⁴⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze 10 febbraio 2009, *Sergey Zolotukhin/Russia*, dec. n. 14939/03, parr. 81-84 e 16 giugno 2009, *Ruotsalainen/Finland*, dec. n. 13079/03, parr. 50 e 82.

⁴⁴⁶ Corte di Giustizia UE, sentenza 14 febbraio 2012, causa C-17/10, *Toshiba Corporation*, pubblicata in Racc. elettronica ECLI:EU:C:2012:72, par. 97; sentenza 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland*, in Racc. 2004, I-123, par. 338.

⁴⁴⁷ Commissione europea, decisione 22 giugno 2011, caso COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska*, par. 138.

⁴⁴⁸ Tribunale UE, sentenza 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom AG/Commissione europea*, in Racc. 2008, II-477, par. 113. In tal caso, la Commissione ha in realtà applicato il principio del *ne bis in idem* esecutivo posto che, dalla sanzione finale astrattamente applicabile, ha sottratto le ammende irrogate dall'autorità nazionale di regolazione in relazione alle condotte da essa scrutinate. Cfr. il par. 920 della decisione, secondo cui "*having regard to the above-mentioned fines imposed by UKE on TP for conduct in violation of regulatory obligations which partially overlaps with the facts described in the present decision, the Commission has decided to deduct from the final amount of the fine the sum of all fines paid by TP referred to in the previous recital. To that effect, the total amount of PLN 33 800 000, that is EUR 8 450 000, is to be deducted from the final amount of the fine*".

L'orientamento è stato criticato dall'Avvocato Generale Kokott, che ha sottolineato la necessità di una interpretazione uniforme del principio, anche ai sensi del canone di omogeneità di cui all'art. 52, n. 3 della Carta europea⁴⁴⁹, con la conseguenza “*che per la determinazione della nozione di idem ai sensi del principio del ne bis in idem viene in rilievo soltanto l'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro. In altre parole, deve trattarsi degli stessi fatti o di fatti sostanzialmente uguali*”⁴⁵⁰.

Alla luce di questa analisi, potremmo concludere che, “*in un'ottica sistematico-funzionale alle esigenze di un sistema misto*” di enforcement, caratterizzato dalla presenza di azione pubblica e privata, il principio del *ne bis in idem* esecutivo dovrebbe essere garantito maggiormente⁴⁵¹.

A livello europeo, in tutti i casi di applicazione del diritto *antitrust* al settore delle comunicazioni elettroniche⁴⁵², la Commissione e i giudici europei hanno rigettato la censura relativa alla violazione del principio del *ne bis in idem* affermando che le autorità di regolazione e le autorità *antitrust* perseguono fini diversi.

Tuttavia, come emerso nell'analisi fatta nel capitolo precedente, la Commissione ha di fatto applicato il principio del *ne bis in idem* esecutivo nel senso che, per le condotte già scrutinate dal regolatore, dalla sanzione finale astrattamente applicabile alla società ha sottratto quelle ammende applicate dalla medesima autorità di regolazione. In tal modo, in ossequio al principio del *ne bis in idem*, è stata in realtà esclusa una doppia valutazione e l'imposizione di una duplice ammenda alle medesime fattispecie⁴⁵³.

⁴⁴⁹ Secondo cui, laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, “*il significato e la portata*” degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla CEDU.

⁴⁵⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott, 8 settembre 2011, causa C-17/10, *Toshiba Corporation*, pubblicate in Racc. elettronica ECLI:EU:C:2011:552, par. 124 ss.

⁴⁵¹ F. TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Giappichelli, 2012, p. 197.

⁴⁵² V. *supra* Cap. 3, par. 3.3 e ss.

⁴⁵³ V. *supra* Cap. 3, par. 3.2.2.2.

4.1.2 Individuazione di possibili strumenti di contemperamento

Alla luce delle problematiche sopra esposte, occorre cercare di individuare i possibili strumenti interpretativi in grado di circoscrivere l'incertezza applicativa che deriva dall'approccio adottato dalla prassi e dalla giurisprudenza nazionale ed europea.

Innanzitutto, come sostenuto da Deutsche Telekom nel ricorso presentato di fronte al Tribunale UE⁴⁵⁴, si potrebbe argomentare che la normativa sulle comunicazioni elettroniche abbia un carattere speciale rispetto alla disciplina *antitrust* e che, dunque, le determinazioni del regolatore debbano prevalere su quelle dell'AGCM⁴⁵⁵.

Con riferimento all'ordinamento nazionale, questa soluzione si fonda sul rilievo che la normativa di settore:

- i. assegna all'AgCom il compito di individuare i mercati rilevanti e di dettare le regole per impedire gli abusi⁴⁵⁶, e
- ii. attribuisce all'AgCom il potere di irrogare sanzioni per l'eventuale violazione delle prescrizioni relative alle imprese aventi notevole forza di mercato⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ Causa T-271/03, ricorso di *Deutsche Telekom AG/Commissione*, proposto il 30 luglio 2003, in GUUE C 264/29, laddove si afferma che l'intervento della Commissione europea, contrario e successivo al provvedimento del regolatore nazionale, cui il diritto comunitario ha affidato la competenza *antitrust* in materia di comunicazioni elettroniche, è illegittimo, in quanto ha come effetto quello di sottoporre “*corrispettivi della ricorrente per l'accesso alla rete locale ad una duplice normativa e mette in pericolo la certezza del diritto, a cui è preordinata la ripartizione di competenze secondo il diritto comunitario per i corrispettivi nel settore delle telecomunicazioni*”. Per un'analisi approfondita del caso e degli argomenti opposti dai giudici europei nel rigettare i motivi addotti dalla ricorrente, v. *supra*, Cap. 3, par. 3.3.1.1.

⁴⁵⁵ Relativamente all'applicazione del principio di specialità in tema dei rapporti fra autorità *antitrust* e autorità di regolamentazione di settore cfr., altresì, Consiglio di Stato, sez. I, parere 29 marzo 2010, n. 4931, par. 4 dei considerata, e Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenze 11 maggio 2012, nn. 11-13 e 15-16, punto 5, in cui il principio di specialità – immanente nel nostro ordinamento in virtù di quanto previsto dall'art. 15 c.p. e dall'art. 9 l. n. 689/1981 – è richiamato come strumento idoneo ad individuare l'autorità competente a intervenire così da: (i) evitare duplicazioni/sovrapposizioni che si traducono in un inutile spreco di risorse pubbliche; (ii) assicurare l'esercizio efficiente del potere pubblico e la proporzionalità del carico imposto ai privati.

⁴⁵⁶ Cfr. art. 19 CCE.

⁴⁵⁷ Cfr. art. 98, comma 11, CCE.

Questa impostazione, tuttavia, rischia di essere fuorviante in quanto il principio di specialità può essere applicato a tre livelli che sono logicamente distinti e non possono essere confusi.

Precisamente, il concetto di specialità può essere riferito ai rapporti tra ordinamenti (ordinamento generale e ordinamenti di settore), ai rapporti tra norme (norme generali e norme speciali), e ai rapporti tra autorità incaricate di applicare le norme stesse⁴⁵⁸. Si tratta di comprendere se ci sia almeno una delle declinazioni del principio in esame in grado di orientare l'interprete nella difficile questione che ci occupa.

La teoria degli ordinamenti giuridici settoriali⁴⁵⁹, che ha avuto una certa fortuna in passato soprattutto nel settore del credito, non è risolutiva se riferita alle regolazioni di settore emerse a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso. Infatti, se da un lato il settore delle comunicazioni elettroniche (e le sue norme) è distinto rispetto al mercato in generale, dall'altro è evidente che il perseguimento del mercato unico europeo mal si concilia con la suddivisione del mercato nazionale in tanti mercati settoriali.

Per quanto riguarda la possibilità di ricorrere al criterio di specialità riferito ai rapporti fra norme generali (a tutela della concorrenza) e norme speciali (relative ad un settore specifico), occorre considerare che la normativa di settore attua un principio fondamentale dello spazio giuridico europeo ossia la libera circolazione dei servizi, che riveste importanza fondamentale nella costituzione del mercato comune e non può ritenersi inferiore rispetto a quello della tutela della concorrenza. Inoltre, sebbene la disciplina di settore appaia molto dettagliata, non si può escludere che lasci alle imprese un margine di manovra per condotte illecite da un punto di vista concorrenziale.

Quanto, infine, al terzo profilo della specialità, concernente i rapporti tra le autorità competenti ad applicare le norme, “*rileva il diverso tipo di specialità che caratterizza l'Autorità garante della concorrenza e del mercato rispetto alle autorità di settore*”⁴⁶⁰. Infatti,

⁴⁵⁸ Il concetto di specialità, nelle sue tre diverse declinazioni, applicato ai rapporti fra disciplina generale e settoriale a tutela dei consumatori, è discusso da 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 A.A. V.V., *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 1963 ss.

⁴⁵⁹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Istituto di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 2 (1949), p. 105 ss.

⁴⁶⁰ M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1 (2010), p. 688 ss. (cfr., in particolare, p. 691).

si potrebbe argomentare che l'AGCM è un'autorità investita di una funzione specializzata sebbene riferita alla generalità dei settori, delle attività o delle imprese. Al contrario, le autorità di settore sono preposte a un settore speciale di imprese regolate, “*ma nei confronti di queste esercitano funzioni de-specializzate*”⁴⁶¹, come quella di porre norme generali e astratte, verificare il rispetto delle regole nei casi concreti, o risolvere in via non giurisdizionale le controversie tra operatori e tra questi e gli utenti⁴⁶². Sia l'AGCM sia l'AgCom, in forma diversa, sono chiamate a perseguire varie finalità, anche se nel contesto di una regolazione pro-concorrenziale⁴⁶³.

Un'altra strada percorribile per assicurare una maggiore prevedibilità dell'intervento *antitrust* nei settori soggetti a regolamentazione di settore è rappresentata dall'applicazione del principio di coerenza e buon andamento dell'azione amministrativa.

La Corte Costituzionale ha più volte affermato come la “*coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico*” siano “*principi di rilievo costituzionale*”⁴⁶⁴. In particolare, la coerenza dell'ordinamento giuridico è un “*valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un Paese civile (...) che nel campo delle norme di diritto è l'espressione del principio di eguaglianza di trattamento tra eguali posizioni sancito dall'art. 3*”⁴⁶⁵.

In materia amministrativa, il principio di coerenza dell'azione amministrativa è stato richiamato al fine di regolare eventuali conflitti di competenza in caso di duplicazione di interventi autoritativi in relazione ad una medesima fattispecie. Al riguardo si è stabilito che:

- i. è “*fisiologico*” che un medesimo fatto o situazione rilevi per più ordinamenti di settore (e sia oggetto di più interventi amministrativi), qualora “*gli interessi generali tutelati mediante i due interventi fossero, nel caso concreto, intrinsecamente diversi*”; mentre

⁴⁶¹ M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1 (2010), p. 688 ss. (cfr., in particolare, p. 692).

⁴⁶² Sul tema, cfr. L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, relazione svolta al convegno *Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati* – Roma, Palazzo Spada, 28 febbraio 2013, disponibile *on-line* all'indirizzo <http://www.irpa.eu/area-bibliografica/scritti/gli-scritti-di-luisa-torchia/> (consultato il 12 novembre 2016).

⁴⁶³ Cfr. M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come Autorità pubblica indipendente*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Giappichelli, 2010, p. 239 ss.

⁴⁶⁴ Corte costituzionale, sentenza 29 maggio 2013, n. 103.

⁴⁶⁵ Corte costituzionale, sentenza 15 maggio 1982, n. 204.

- ii. “*non è tollerabile*” la duplicazione degli interventi qualora l’“*interesse generale da curare risulti in concreto il medesimo per entrambi gli interventi*” (“*seppure da perseguire non con i medesimi strumenti*”).

In tal caso, una duplicazione di interventi “*sarebbe causa di incoerenze, quando non di turbative, rispetto alla naturale autodeterminazione dei soggetti del mercato*”⁴⁶⁶.

Applicando tale principio alla problematica che ci occupa, si deve ritenere che sarebbe opportuno assicurare che l’intervento pubblico nei due spazi normativi avvenga in modo coordinato e cercando di evitare decisioni che, provenendo da diverse autorità ma attinenti allo stesso caso di specie, siano tra loro contraddittorie.

Tale esigenza appare strettamente correlata al canone di buon andamento dell’azione amministrativa di cui all’art. 97 Cost, “*atteso che i procedimenti in questione sono estremamente onerosi sia per l’amministrazione che per i privati*”. In tal senso, il principio richiede “*che si dettino indirizzi univoci al mercato, che altrimenti verrebbe a trovarsi in una situazione di possibile disorientamento, con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti/consumatori e sui costi che questi ultimi sono chiamati a pagare*”⁴⁶⁷.

Con riferimento alla materia *antitrust*, pur ritenendo che le competenze generali dell’AGCM siano complementari con le attribuzioni dell’AgCom in materia di telecomunicazioni, si è riconosciuta l’esigenza di garantire l’“*uniformità della loro azione*”⁴⁶⁸ e, in particolare, “*l’esigenza di coerenza tra la regolamentazione, a monte, dei mercati e delle posizioni dominanti nel settore delle telecomunicazioni, e l’accertamento, a valle, degli abusi che costituiscono violazione della regolamentazione, e di coordinamento per evitare sovrapposizioni e rischio di bis in idem*”⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ Consiglio di Stato, sez. I, parere 3 dicembre 2008, n. 3999.

⁴⁶⁷ *Id.*

⁴⁶⁸ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 13.

⁴⁶⁹ TAR Lazio, sez. I, sentenza 21 giugno 2012, n. 5689. In tale sentenza, relativa alla materia radiotelevisiva, il TAR ha affermato che le competenze dell’AgCom in materia – inclusa quella rilevazione di posizioni dominanti e dei dati di ascolto – non hanno scalfito la competenza generale dell’AGCM in tema di vigilanza *antitrust*, posto che mentre la disciplina *antitrust* è “*volta a garantire la tutela della concorrenza e dei principi del libero mercato*” quella di settore è funzionale al “*perseguimento di diverse finalità tra cui, segnatamente, quella della garanzia e della tutela del pluralismo informativo*”.

Quindi, pur riconoscendo il potere dell'AGCM di valutare autonomamente ai sensi della disciplina *antitrust* i profili di abusività di condotte esaminate dall'AgCom, è stato chiarito che⁴⁷⁰:

- i. le due autorità perseguono “*il fine ultimo e comune di garantire il corretto funzionamento del mercato alla cui vigilanza sono preposte*” (e l'AgCom ha il potere di “*dettare le prescrizioni vincolanti per garantire una effettiva e sostenibile concorrenza nel mercato delle comunicazioni*”);
- ii. gli interventi delle due autorità sulle medesime condotte devono “*coordinarsi in un'ottica di leale collaborazione*”, al fine di evitare che “*si verifichino bis in idem o difformi valutazioni*”;
- iii. tra gli strumenti di collaborazione, particolare rilevanza riveste il parere dell'autorità di settore, dal quale l'AGCM può discostarsi offrendo una motivazione “*particolarmente puntuale, attese le specifiche competenze dell'AGCom, il dovere di cooperazione tra le due Autorità normativamente imposto, e il principio che per gli operatori del mercato le regole devono essere certe e conoscibili ex ante*”.

4.1.3 Considerazioni finali

Alla luce dei principi appena esposti, l'autorità *antitrust*, sia essa nazionale o europea, laddove interviene su imprese regolate, dovrebbe tenere in conto le norme previste dalla regolamentazione di settore. Precisamente, l'autorità di concorrenza, dopo aver accertato quali norme si applicano alle specifiche condotte oggetto di disamina, dovrebbe verificare se queste norme non impongano comportamenti anticoncorrenziali e, in tal caso, disapplicarle senza irrogare alcuna sanzione⁴⁷¹.

Inoltre, l'autorità *antitrust* dovrebbe accogliere i risultati degli accertamenti condotti dall'autorità di regolamentazione nei procedimenti di definizione dei rimedi regolamentari e sanzionatori e discostarsene con un'adeguata motivazione e a seguito di concreta dimostrazione dell'inattendibilità di un simile accertamento⁴⁷², dell'inidoneità del rimedio

⁴⁷⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 10 marzo 2006, n. 1271.

⁴⁷¹ Corte di Giustizia UE, sentenza 9 settembre 2003, causa C-198/01, *CIF/AGCM*, par. 53. In termini, da ultimo, TAR Lazio, sez. I, sentenza 9 gennaio 2013, n. 125.

⁴⁷² Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 10 marzo 2006, n. 1271, par. 6.6.4 e sentenze ivi citate.

regolamentare a ovviare al problema concorrenziale⁴⁷³, o di prove concrete della elusione del rimedio regolamentare da parte dell'impresa interessata⁴⁷⁴.

In quest'ottica, occorrerebbe sempre verificare se vi sia stata o meno una lacuna nell'esercizio, da parte dell'autorità di settore, della funzione regolatoria. Potrebbe infatti accadere che vi sia stata la cattura del regolatore che, in tal modo, ha fallito nella realizzazione degli obiettivi di promozione della concorrenza che l'ordinamento gli assegna. In questa evenienza, sarebbe sempre auspicabile l'intervento dell'autorità *antitrust* che, pur agendo *ex post*, può tentare di realizzare quell'azione di promozione della concorrenza che spettava al regolatore.

Nel caso in cui, invece, l'autorità di regolamentazione abbia portato a termine i propri compiti senza omissioni o errori manifesti, dovrebbe ammettersi l'interazione fra diritto della concorrenza e normativa di settore. In tale ipotesi, l'autorità *antitrust* dovrebbe rispettare i risultati delle analisi di mercato svolte dal regolatore o i rimedi da esso adottati.

In questo modo, è possibile configurare una relazione tra le due autorità in base alla quale l'intervento dell'una svolge un ruolo di supplenza dell'inerzia o dei fallimenti dell'altra⁴⁷⁵.

Si tratta inoltre di un'impostazione che attribuisce forza e vigore all'attività di entrambe le autorità. Difatti, l'autorità *antitrust* avrebbe un importante ruolo di controllo e garanzia in un settore molto importante, quale quello delle comunicazioni elettroniche, su cui il regolatore detiene una competenza primaria. L'autorità di settore, a sua volta, è messa nelle condizioni di adottare delle decisioni che sono condivise anche dall'autorità di concorrenza.

Da ciò discende che la coerenza dell'attività dell'autorità *antitrust* deve essere valutata anche in relazione all'attività dell'autorità di settore⁴⁷⁶. Diventa pertanto indispensabile configurare in capo all'autorità di concorrenza un vero e proprio onere di motivazione del

⁴⁷³ Tribunale UE, sentenza 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom AG/Commissione europea*, in Racc. 2008, II-477, par. 265; Commissione europea, decisione 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, par. 501.

⁴⁷⁴ Cfr. Commissione europea, decisione 22 giugno 2011, caso COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska*, par. 400-405 e 578.

⁴⁷⁵ Cfr. L. SALTARI, *Accesso e interconnessione, La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, IPSOA, 2008, pp. 179 ss., il quale distingue tra interazione collaborativa e interazione competitiva.

⁴⁷⁶ R. J. KOZEL, J. A. POJANOWSKY, *Administrative Change*, in *University of California Law Review*, 2011, disponibile *on-line* all'indirizzo http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/460/ (consultato il 3 novembre 2016), p. 114 ss.

precedente amministrativo e delle ragioni alla base delle relative conseguenze sul piano normativo (compresa, per esempio, la necessità di abbandonare la regolamentazione vigente sino a quel momento)⁴⁷⁷.

Queste considerazioni sono ancora più valide nel settore delle comunicazioni elettroniche, visto che:

- i. il nuovo quadro normativo a livello europeo contempla strumenti e procedure perfettamente in linea con i principi *antitrust*⁴⁷⁸, ed è volto al perseguimento del fine comune del corretto funzionamento del mercato interno⁴⁷⁹;
- ii. le principali fattispecie illecite oggetto di intervento da parte dell'autorità *antitrust* (rifiuto di fornitura e compressione dei margini) presuppongono gli stessi problemi competitivi che hanno giustificato la previsione dei rimedi regolamentari⁴⁸⁰;
- iii. gli obiettivi dei rimedi regolamentari sono sostanzialmente volti a garantire la parità di trattamento, come l'intervento da parte dell'autorità *antitrust*.

La ragione di fondo di tale impostazione è quella di garantire maggiore certezza alle imprese sulla correttezza delle loro azioni e di tutelare il loro legittimo affidamento⁴⁸¹, evitando così che ci siano situazioni di:

- i. conflitto tra le decisioni delle due autorità. In particolare, ciò accade quando la condotta dell'impresa rispetti la normativa di settore e sia dunque lecita secondo la valutazione del regolatore, ma costituisca, secondo le autorità *antitrust*, una violazione delle norme a tutela della concorrenza; oppure

⁴⁷⁷ Interessante sul punto l'onere motivazionale che progressivamente tende ad imporsi (anche) agli atti amministrativi generali, allo scopo di fare emergere la complessità di interessi che pure nel contesto di questi si manifesta. Si veda al riguardo M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Rivista Trimestrale Diritto Pubblico*, 2009, p. 707 ss. Cfr anche R. J. KOZEL, J. A. POJANOWSKY, *Administrative Change*, in *University of California Law Review*, 2011, disponibile online all'indirizzo http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/460/ (consultato il 3 novembre 2016), p. 114 ss.

⁴⁷⁸ Cfr. art. 8, comma 2, Direttiva Quadro; art. 7, Direttiva Quadro; considerando 13, Direttiva Accesso. Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato (2002/C - 165/03), parr. 14, 19 e 31; Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni (98/C 265/02), par. 15.

⁴⁷⁹ Cfr. art. 3, comma 3, TUE, art. 3 TFUE e il Protocollo n. 27 al Trattato di Lisbona sul mercato interno e sulla concorrenza.

⁴⁸⁰ Artt. 49-50 CCE e artt. 12-13 Direttiva Accesso.

⁴⁸¹ In merito a questi temi, cfr., per tutti, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico – dagli anni “trenta all’alternanza”*, Giuffrè, 2001.

- ii. violazione del principio del *ne bis in idem*, qualora un'impresa sia sanzionata per la medesima condotta sia dal regolatore sia dall'autorità di concorrenza.

Al contrario, nell'ipotesi in cui l'autorità *antitrust* disattenda questi principi, si troverebbe, di fatto, ad agire, come nuovo regolatore, svolgendo “*funzioni spettanti*” all'autorità di settore⁴⁸².

4.2 Il piano istituzionale e procedimentale

Nel corso di questo lavoro, è emerso che potrebbe ben verificarsi una situazione nella quale un difetto di mercato potrebbe essere corretto tramite un intervento regolatorio o/e *antitrust*. Abbiamo già discusso e distinto opportunamente i casi nei quali sembrerebbe preferibile uno strumento piuttosto che l'altro ovvero quelli in cui appare necessaria la concorrente applicazione delle due aree del diritto.

In questo paragrafo affrontiamo invece una questione diversa che, tuttavia, potrebbe avere un impatto non trascurabile sul piano pratico, vale a dire quella della allocazione dei poteri di intervento fra l'autorità *antitrust* e l'autorità di settore.

A tal proposito, l'approccio più comune è quello fondato sulla “divisione del lavoro”⁴⁸³, per cui i poteri *antitrust* sono esercitati dall'autorità di concorrenza mentre quelli regolatori sono ricondotti nell'ambito della sfera di competenza dell'autorità di settore.

Questa impostazione non è però necessitata dalla natura dei poteri in questione, tanto che vi sono sistemi giuridici in cui i poteri *antitrust* sono attribuiti al regolatore e viceversa⁴⁸⁴.

⁴⁸² Ad esempio, il giudice amministrativo ha censurato l'intervento *antitrust* che imponeva “*una repentina apertura alla concorrenza nel settore*” (TAR Lazio, sez. I, sentenza 3 settembre 2012, n. 7481), ovvero che realizzava in concreto “*una determinazione 'regolativa' del mercato stesso (...) esorbitante rispetto alle attribuzioni di vigilanza, controllo e verifica in ordine al corretto svolgimento delle dinamiche competitive, che l'ordinamento disciplina e demanda all'[AGCM]*” (TAR Lazio, sez. I, sentenza 8 maggio 2009, n. 5005).

⁴⁸³ F. JENNY, *Competition Authorities: Independence and Advocacy*, in I. LIANOS, D. D. SOKOL (a cura di), *The Global Limits of Competition Law*, Stanford University Press, p. 169.

⁴⁸⁴ *Ib.* Su questa problematica, interessanti spunti di riflessione possono essere tratti dall'analisi del riparto di competenze tra AGCM e Banca d'Italia. Infatti, l'art. 20 l. n. 287/1990 aveva riconosciuto alla Banca d'Italia il compito di applicare le norme a tutela della concorrenza nei confronti di aziende e istituti di credito. Successivamente, il Consiglio di Stato ha ridotto lo spazio di intervento della Banca d'Italia,

Inoltre, di recente si sono verificati dei casi di progressiva convergenza istituzionale, con conseguente attribuzione dei poteri di *enforcement* in materia di concorrenza e nel campo della regolazione di settore in capo alla stessa autorità⁴⁸⁵.

La scelta di un modello piuttosto che di un altro è indice di una precisa volontà del legislatore. Il fenomeno della moltiplicazione delle autorità cui sono assegnate funzioni che,

riconoscendo la competenza dell'AGCM ad applicare la disciplina *antitrust* se sul mercato, non riservato, operino sia aziende e istituti di credito che altri soggetti, ovvero se l'intesa produce effetti anche su mercati diversi da quello bancario; la competenza della Banca d'Italia se sono coinvolte solo aziende od istituti creditizi, e sempre che si tratti di attività riservate per legge alle banche; la competenza della Banca d'Italia e dell'AGCM se un'operazione produce effetti sia sui mercati bancari sia su quelli non bancari. Nonostante l'intervento del giudice amministrativo, questa scelta legislativa ha dato vita a una serie di problemi, legati non solo a conflitti di competenza su fattispecie "miste" astrattamente suscettibili di comportare l'intervento di più autorità concorrenti, ma soprattutto al fatto che la Banca d'Italia, "*forse più preoccupata dei problemi di stabilità e di redditività delle banche*", sembrerebbe non aver svolto appieno il suo ruolo di "*guardiano e arbitro della concorrenza*" (F. GHEZZI, *L'Autorità garante della concorrenza e il disegno di legge governativo di riforma delle autorità indipendenti*, in *Rivista delle società*, 2007, p. 532 ss., in particolare pp. 575-576). Infine, con la l. n. 262/2005 e con il d.lgs. n. 303/2006, le competenze *antitrust* in materia bancaria sono state restituite all'AGCM, con due precisazioni: (i) in materia di concentrazioni, la nuova disciplina prevede che sulle fattispecie acquisitive di partecipazioni nelle banche vi sia il vaglio dell'AGCM, per i profili di concorrenza, e della Banca d'Italia, per i profili di sana e prudente gestione; (ii) sono previste delle deroghe all'applicazione del diritto della concorrenza in relazione ad esigenze di funzionalità del sistema dei pagamenti e di stabilità. In dottrina, cfr. E. L. CAMILLI, *Towards a financial regulatory network in the Italian saving law 262/05: the case of allocation of competences on stability and antitrust*, presentato alla seconda Conferenza ISLE, disponibile *on-line* all'indirizzo <http://www.side-isle.it/it/roma06/pdf/WPCamilli.pdf> (consultato il 2 novembre 2016), F. GHEZZI, *Il Consiglio di Stato e la ripartizione di competenze tra Autorità garante e Banca d'Italia: tanto rumore per nulla?*, in *Concorrenza e Mercato*, 11 (2003), p. 131 ss.

⁴⁸⁵ J. DELGADO, E. MARISCAL, *Integrating Regulatory and Antitrust Powers: Does It Work? Case Studies from Spain and Mexico*, in *Competition Policy International*, 10 (2014), p. 135. Alcuni interessanti esempi di attribuzione di competenze *antitrust* e regolatorie in capo alla stessa autorità erano riscontrabili anche in Italia. Si fa in particolare riferimento alla delega delle competenze *antitrust* agli organi di vigilanza nei settori dell'informazione (il Garante dell'editoria e della radiodiffusione, oggi AgCom) e del credito (la Banca d'Italia). Come si evince da questo lavoro, col tempo questa ripartizione delle competenze è cambiata. In merito all'evoluzione delle competenze della Banca d'Italia in materia *antitrust*, v. *supra* nota n. 489. In dottrina, cfr., su questo tema, F. GHEZZI, M. NOTARI, *La disciplina della concorrenza nei settori dell'informazione, del credito e delle assicurazioni (art. 20 della legge 10 ottobre 1990, n. 287)*, in *Rivista delle società*, 1993, p. 119 ss.

perlomeno in parte, si sovrappongono è piuttosto frequente e si ritiene che possa apportare una serie di benefici⁴⁸⁶. Infatti, l'autorità pubblica che debba fronteggiare la concorrenza di altre autorità potrebbe essere indotta a compiere maggiori sforzi per legittimare la propria esistenza, rafforzando i propri poteri e migliorando l'efficienza nell'organizzazione e gestione del lavoro⁴⁸⁷. Occorre allo stesso tempo considerare che, nonostante sia riscontrabile una progressiva ibridazione e convergenza dello strumento *antitrust* e di quello regolatorio⁴⁸⁸, alcune differenze rimangono – per esempio quanto a determinati obiettivi – con la conseguenza che, in alcuni casi, l'intervento di un'autorità piuttosto che dell'altra potrebbe essere più appropriato. Sarebbe quindi quantomeno inopportuno rimettere alla competizione tra autorità la scelta in merito alla tipologia di intervento da attuare per correggere un'alterazione del mercato.

Attribuire alla stessa autorità le due tipologie di intervento potrebbe eliminare questo rischio di competizione istituzionale. Cessato lo scontro tra entità diverse, si creerebbe una situazione di “sostituibilità funzionale” fra diritto della concorrenza e normativa di settore come strumenti di supervisione del mercato⁴⁸⁹.

Nell'esempio inglese che analizzeremo nel paragrafo che segue, la concentrazione nell'ambito della stessa entità sia dell'*expertise antitrust* sia delle competenze specifiche in un settore ha portato certamente al vantaggio di migliorare e rendere più efficiente e meno costoso il processo decisionale.

Tuttavia, come vedremo, questa esperienza non ha consentito di raggiungere le efficienze sperate e deve essere valutata con estrema cautela prima di farne un modello da esportare⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ F. HAINES, D. GURNEY, *The Shadows of the Law: Contemporary Approaches to Regulation and the Problem of Regulatory Conflict*, in *Law and Policy*, 25 (2003), p. 353, C. ENGEL, *Legal Experiences of Competition Among Institutions*, in L. GERKEN (a cura di), *Competition Among Institutions*, Macmillan Press, 1995, pp. 89-118.

⁴⁸⁷ F. HAINES, D. GURNEY, *The Shadows of the Law: Contemporary Approaches to Regulation and the Problem of Regulatory Conflict*, in *Law and Policy*, 25 (2003), p. 372.

⁴⁸⁸ V. *supra* Cap. 1, par. 1.5.

⁴⁸⁹ C. DECKER, H. GRAY, *Antitrust and Arbitration in Regulated Sectors*, in *Competition Law International*, 7 (2011), p. 8.

⁴⁹⁰ A titolo meramente esemplificativo, si consideri il rischio che questa autorità unica sia catturata dalle imprese con conseguente compromissione dell'indipendenza e dell'oggettività del processo decisionale, soprattutto in ambito *antitrust*.

4.2.1 Il modello inglese: *pro e contra*

Nel modello inglese, l'applicazione del diritto della concorrenza spetta ai regolatori nell'ambito delle rispettive sfere di controllo. La sezione 54 del Competition Act del 1998 – che ha, tra l'altro, modificato il sistema di diritto della concorrenza inglese per allinearlo maggiormente alle previsioni contenute negli artt. 101 e 102 TFUE – stabilisce che le funzioni di tutela della concorrenza possono essere esercitate contemporaneamente da parte dei regolatori del settore. Questi ultimi, ai fini del Regolamento (CE) n. 1/2003, sono anche autorità di concorrenza nazionali per l'applicazione delle regole *antitrust* all'interno del mercato inglese. Pertanto, i regolatori hanno il potere di applicare o il diritto regolamentare o quello *antitrust* per ovviare ai difetti di mercato che dovessero emergere nei settori in cui sono chiamati a intervenire⁴⁹¹.

Un problema di interazione e cooperazione fra attività di diverse autorità potrebbe comunque porsi per il fatto che la Competition and Markets Authority continua ad essere competente nell'applicazione del diritto della concorrenza nei mercati regolati. Tuttavia, i potenziali conflitti sono stati storicamente evitati grazie a una serie di regolamenti che delineano la procedura da seguire per determinare l'autorità competente a trattare un determinato caso⁴⁹².

Mentre teoricamente tali regolamenti delineano una competenza condivisa fra l'autorità *antitrust* e il regolatore, di fatto, l'Office of Fair Trading, poi sostituito dalla Competition and Markets Authority, tendeva a fare riferimento ai regolatori per i casi relativi a settori rientranti nelle sfere di controllo di questi ultimi. Inoltre, *report* elaborati dal Parlamento inglese hanno dimostrato che i regolatori sono stati maggiormente propensi ad affrontare le problematiche del mercato con gli strumenti regolatori piuttosto che con quelli *antitrust*⁴⁹³. Il risultato è che, nel periodo 2000-2010, i regolatori hanno complessivamente adottato solo due decisioni di accertamento dell'infrazione, mentre in trentaquattro casi hanno terminato l'istruttoria senza

⁴⁹¹ Analoghi poteri di intervento erano riconosciuti alla Banca d'Italia nel periodo in cui, nel settore del credito, era competente anche in tema di *enforcement antitrust*. Sul tema, v. *supra*, note nn. 489-490.

⁴⁹² Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2004 (SI 2004/1077).

⁴⁹³ Cfr. House of Lords Select Committee on Regulators, *1st Report of Session 2006–2007*, UK Economic Regulators, vol. I, 13 novembre 2007. Cfr., altresì, National Audit Office, *Review of the UK's Competition Landscape: Review by the Comptroller and Auditor General*, 22 marzo 2010, in particolare pp. 12-19.

accertare alcuna violazione; al contrario, l'Office of Fair Trading, nello stesso periodo, ha emesso ben ventiquattro provvedimenti di accertamento di un'infrazione delle regole *antitrust*⁴⁹⁴.

Questo *under enforcement antitrust* da parte delle autorità di settore potrebbe essere ricondotto a diverse ragioni. Innanzitutto, la convinzione che i mercati regolati non presentano una struttura competitiva tale da rendere effettiva l'applicazione delle regole a tutela della concorrenza; il fatto che i rimedi regolatori, contrariamente a quelli *antitrust*, sono più specifici e pensati proprio per i settori regolati; la volontà di garantire maggiore certezza alle imprese regolate che, non appena iniziano ad operare in un settore oggetto di normativa specifica, acquisiscono dimestichezza con i rimedi da essa previsti piuttosto che con l'armamentario *antitrust*.

Questi dati hanno condotto a rivedere la regolamentazione relativa alla distribuzione dei casi tra regolatori e autorità *antitrust* nella recente riforma del diritto della concorrenza inglese tramite la Enterprise and Regulatory Reform Act 2013. Questa riforma ha tentato di rafforzare l'applicazione del diritto della concorrenza nei settori regolati ma, al contempo, ha introdotto una serie di norme volte a circoscrivere il citato fenomeno dell'*under enforcement antitrust* da parte delle autorità di settore⁴⁹⁵.

Si tratta al contempo di una riforma che ha fatto sorgere una serie di dubbi in merito alla utilità dell'attribuzione, in capo ai regolatori di settore, di competenze *antitrust* e regolatorie, a maggior ragione perché vi è un implicito riconoscimento del fatto che, in determinate ipotesi, l'*enforcement antitrust* da parte della Competition and Markets Authority nei mercati regolati potrebbe essere la tipologia più appropriata di intervento⁴⁹⁶.

Tale modello risulta discutibile sotto diversi profili.

In primo luogo, il supposto valore aggiunto che i regolatori potrebbero portare all'applicazione delle norme a tutela della concorrenza è perlomeno controbilanciato

⁴⁹⁴ NAO Competition Review, disponibile *on-line* all'indirizzo https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2010/03/0910_competition_landscape.pdf (consultato il 22 ottobre 2016), par. 2.11.

⁴⁹⁵ Cfr. Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, parr. 51-53. In particolare, tali norme consentono di privare un determinato regolatore delle competenze *antitrust* tramite decreto delegato del Governo (c.d. *statutory instrument*).

⁴⁹⁶ Cfr. Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, par. 51(1).

dall'inconveniente della perdita dell'*expertise antitrust* posseduta da un'autorità di concorrenza⁴⁹⁷.

Inoltre, non è detto che l'attribuzione alle autorità di settore del potere di applicare anche il diritto *antitrust* possa favorire lo sviluppo di una maggiore concorrenza nei mercati regolati. Infatti, da un lato, la circostanza che alcuni settori siano ancora fortemente regolati è indice del fatto che, nonostante gli sforzi per una progressiva liberalizzazione, molti mercati continuano a presentare elementi propri dei monopoli naturali. In tali ipotesi, la regolamentazione di settore rimane inevitabile mentre gli strumenti offerti dal diritto *antitrust* rischiano di essere meno efficaci nella cura di molti difetti di mercato. Dall'altro lato, quando un mercato è divenuto sufficientemente competitivo, sembrerebbe poco efficiente separare il controllo svolto dal regolatore da quello esercitato dalla Competition and Markets Authority.

Gli effetti di questa riforma non sono ancora chiaramente visibili. Il modello inglese risulta tuttavia molto interessante ai nostri fini in quanto ci consente di enucleare le ragioni per cui la competenza a intervenire per l'applicazione del diritto *antitrust* potrebbe essere riconosciuta direttamente ai regolatori, ma anche di evidenziare i possibili motivi per cui tale impostazione, nella realtà, potrebbe non sortire gli effetti sperati.

4.2.2 Meccanismi di cooperazione verticale e orizzontale

I principi enucleati nei paragrafi precedenti possono certamente costituire una guida utile per l'analisi che l'interprete deve compiere ma non sempre si rivelano risolutivi, in modo particolare in un settore altamente regolamentato come quello delle comunicazioni elettroniche.

Inoltre, come ha sottolineato la dottrina più attenta, una certa "competizione" tra autorità indipendenti è quasi fisiologica. Adottando un approccio di *public choice*, il risultato dell'azione di un'istituzione potrebbe essere rilevante non in quanto tale bensì in relazione

⁴⁹⁷ Su questi temi, cfr., per tutti, D. T. LLEWELLYN, *The economic rationale for financial regulation*, Financial Services Authority Occasional Paper Series, aprile 1999, disponibile *on-line* all'indirizzo <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catsemecnal/material/The%20economic%20rationale%20for%20financial%20regulation.pdf> (consultato il 3 novembre 2016).

all'azione di un'altra istituzione⁴⁹⁸. La stessa interazione fra i due soggetti potrebbe quindi generare una competizione “*per la difesa di competenze o per l'acquisizione di competenze nelle zone di confine, oppure per la spartizione di risorse*”⁴⁹⁹.

Potrebbe, pertanto, essere utile verificare gli strumenti di raccordo di tipo procedurale che possano mitigare le possibili contrapposizioni tra autorità di concorrenza e autorità di settore, per un verso (meccanismi di cooperazione orizzontale), e tra la Commissione europea e le autorità nazionali, per altro verso (meccanismi di cooperazione orizzontale)⁵⁰⁰.

La necessità di adottare un approccio di tipo procedimentale è emersa da molto tempo anche a livello europeo⁵⁰¹. Attualmente, il diritto europeo non detta soltanto le norme che disciplinano un determinato settore ma delinea anche l'assetto organizzativo delle autorità, europee e nazionali, preposte all'applicazione della normativa comune. Ciò è accaduto, *inter alia*, in sede di adozione del *framework* normativo del 2002 relativo alle comunicazioni elettroniche e con il Regolamento (CE) n. 1/2003 riguardante l'applicazione delle norme sugli illeciti *antitrust* ex artt. 101 e 102 TFUE.

Il principale elemento di novità risiede nel fatto che alla Commissione europea sono attribuite competenze sostanzialmente regolatorie. Inoltre, si assiste ad un superamento della netta distinzione fra normativa dettata a livello europeo e applicazione nazionale e si incentiva

⁴⁹⁸ F. PARISI, N. SCHULZ, J. KLICK, *Two Dimensions of Regulatory Competition*, in *International Review of Law and Economics*, 26 (2006), p. 56 ss., disponibile *on-line* all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=364241 (consultato il 5 novembre 2016), P. P. BARROS, S. HOERING, *Sectoral Regulators and the Competition Authority: which relationship is best?*, in *Cepr Discussion Papers*, n. 4541, 2004.

⁴⁹⁹ S. CASSESE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1 (2011), p. 102.

⁵⁰⁰ In generale, in merito all'importanza di approfondire i raccordi procedimentali e alla generalizzazione del modello procedimentale, cfr. F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2 (2010), p. 299 ss. e M. CLARICH, *Garanzia del Contraddittorio nel procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 1 (2004), p. 59 ss.

⁵⁰¹ In tema di nuovi modelli procedimentali europei cfr. G DELLA CANANEA, CLAUDIO FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Giappichelli, 2013, p. 157, L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Il Mulino, 2012, p. 301 ss., R. CAIAZZO, *Antitrust e telecomunicazioni (l'Attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel settore delle telecomunicazioni nei suoi primi vent'anni)*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Giappichelli, 2010, p. 913 ss., S. CASSESE, *Il Concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6 (2002), p. 689 ss.

il passaggio ad un nuovo modello di integrazione amministrativa in cui la Commissione europea esercita una funzione di controllo che può condurre all'esercizio del potere di veto ai sensi degli artt. 7 e 7bis della Direttiva Quadro, o all'avocazione del caso, in sede di *enforcement* delle norme a tutela della concorrenza, ai sensi dell'art. 11, Regolamento (CE) n. 1/2003⁵⁰².

In tal modo, si dà vita ad un sistema amministrativo complesso che coinvolge sia le autorità europee sia quelle nazionali e che è strettamente funzionale alla realizzazione della cooperazione fra l'autorità *antitrust* e il regolatore⁵⁰³.

4.2.2.1 L'art. 7 della Direttiva Quadro

Uno strumento di raccordo molto importante è costituito dalla procedura ex art. 7 della Direttiva Quadro⁵⁰⁴.

Tale norma pone, in capo alle autorità di regolamentazione nazionali, un obbligo di preventiva notifica – alla Commissione europea e alle altre autorità di regolamentazione – delle proposte di imposizione dei rimedi.

Alle destinatarie della notifica è assegnato un termine di trenta giorni per inviare eventuali osservazioni, che l'autorità di regolamentazione nazionale che ha proposto i rimedi deve tenere in massimo conto⁵⁰⁵.

⁵⁰² Cfr. L. SALTARI, *Accesso e interconnessione, La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, IPSOA, 2008, p. 213 ss.

⁵⁰³ Cfr. M. D'ALBERTI, *La "rete europea di concorrenza" e la costruzione del diritto antitrust*, in E. A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, VI Convegno (Treviso, 13-14 maggio 2004), Bruylant-Giuffrè, 2005, pp. 35-53.

⁵⁰⁴ F. MARINI BALESTRA, *The European concert of electronic communications: ten years of applying article 7 procedures*, in *European Competition Law Review*, 34(6) (2013), pp. 291-299.

⁵⁰⁵ Alcune sentenze dei giudici nazionali hanno interpretato tale requisito in modo stringente, obbligando il regolatore nazionale a fornire adeguata motivazione nell'ipotesi di mancato recepimento delle osservazioni della Commissione europea. Sul punto, cfr. TAR Lazio, sez. III-ter, sentenza 14 novembre 2011, n. 9739. Tale sentenza è stata riformata dal Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 15 maggio 2012, n. 2802. Il TAR ha inoltre chiarito che non è affatto tenuto a decidere se abbia ragione l'autorità di regolamentazione o la Commissione europea, mentre è chiamato a verificare se il regolatore abbia effettivamente replicato alle osservazioni presentate dall'esecutivo europeo (TAR Lazio, sez. III-ter, sentenze 11 luglio 2012, nn. 6321 e

Inoltre, alla Commissione europea è riconosciuto un potere di veto nel caso in cui la proposta nazionale identifica un mercato rilevante diverso da quelli specificati dalla Raccomandazione sui mercati rilevanti ovvero individua imprese dotate di un significativo potere di mercato o intende imporre un rimedio diverso da quelli individuati dalla Direttiva Accesso⁵⁰⁶. Negli altri casi, la Commissione può solo raccomandare all'autorità di settore nazionale il ritiro della proposta di imposizione dei rimedi, nell'ipotesi in cui consideri che essa possa determinare degli ostacoli al mercato comune o non sia compatibile con il diritto europeo⁵⁰⁷.

Occorre tuttavia precisare che il regolatore è libero di mantenere la propria posizione anche nel caso in cui sia stato invitato dalla Commissione europea a ritirare una determinata misura⁵⁰⁸.

Sebbene l'esecutivo europeo abbia di fatto esercitato il potere di veto in rari circostanze, le osservazioni inviate ex art. 7 della Direttiva Quadro sono di fatto diventate uno strumento di *soft law* estremamente importante per creare un mercato interno delle telecomunicazioni e favorire l'armonizzazione delle regole sotto la guida della Commissione europea.

Questa importanza dipende, tra l'altro, non tanto dal loro valore strettamente giuridico⁵⁰⁹, quanto dalla utilità sul piano pratico, tenuto conto che le autorità di regolamentazione nazionale prendono in considerazione con grande serietà i commenti della Commissione europea che, partendo dal caso specifico della proposta oggetto di valutazione, tende sempre a fornire delle indicazioni utili sulle norme del diritto europeo applicabili al

6323). Infine, il giudice non ha mancato di sottolineare il particolare valore dei commenti della Commissione europea, volti a favorire lo sviluppo del mercato unico delle telecomunicazioni attraverso la cooperazione tra i regolatori nazionali e tra questi e la Commissione europea (TAR Lazio, sez. I, sentenza 10 ottobre 2012, n. 8381).

⁵⁰⁶ Cfr. art. 8, comma 3, Direttiva Accesso.

⁵⁰⁷ Cfr. art. 7bis, Direttiva Quadro.

⁵⁰⁸ In tal modo, l'autorità di regolazione nazionale si espone tuttavia al rischio di avvio di una procedura di infrazione ex art. 258 TFUE.

⁵⁰⁹ Secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza nazionale ed europea tali osservazioni non sono vincolanti. Cfr. Tribunale UE, ordinanze 12 luglio 2007, causa T-109/06, *Vodafone*, in Racc. 2007, II-5151 e 22 febbraio 2008, causa T-295/06, *BASE*, in Racc. 2008, II-28. Nella giurisprudenza nazionale, cfr., *ex multis*, TAR Lazio, sez. III-ter, sentenze 11 febbraio 2011, n. 1336 e 1° dicembre 2011, n. 9484. Infine, in TAR Lazio, sez. III-ter, sentenza 14 novembre 2011, n. 9739, è stata ribadita la natura non vincolante delle osservazioni in questione, sebbene sia stato sottolineato che l'autorità di regolamentazione deve adeguatamente motivare la decisione di discostarsene.

settore e favorisce la nascita di un quadro armonizzato non sono sul piano delle regole da seguire ma anche su quello dell'interpretazione delle stesse.

La procedura disciplinata dall'art. 7 della Direttiva Quadro è estremamente interessante in quanto, come sottolineato da una parte della dottrina, rappresenta un chiaro esempio di co-amministrazione, in cui l'applicazione del diritto europeo è in gran parte demandata agli organi nazionali in stretta collaborazione con la Commissione europea⁵¹⁰.

Il nodo problematico è tuttavia quello relativo alla individuazione del preciso ruolo svolto dalla Commissione. Detto altrimenti, si tratta di comprendere se quest'ultima debba sindacare le decisioni nazionali solo dal punto di vista tecnico ovvero possa intervenire anche nel merito, determinando l'ingresso, nel processo decisionale, di interessi che non sono stati presi in considerazione dall'autorità di regolamentazione nazionale.

In linea teorica, l'intervento della Commissione europea dovrebbe essere circoscritto alla finalità di tutelare la concorrenza nel mercato interno. Di conseguenza, tutte le altre decisioni dovrebbero essere di competenza delle autorità di regolamentazione sotto il controllo dei giudici nazionali⁵¹¹.

Questa soluzione sembrerebbe essere sostenuta da una serie di considerazioni.

In prima istanza, la Commissione europea, sulla base di quanto stabilito dalla Direttiva Quadro, ha solo il compito di stabilire, nel rispetto del principio di sussidiarietà, degli orientamenti che siano coerenti con i principi della concorrenza.

In seconda istanza, è la stessa lettera della norma di cui all'art. 7bis della Direttiva Quadro a chiarire che la Commissione può proporre il ritiro della proposta di imposizione dei rimedi solo se *“ritiene che il progetto di misura crei un ostacolo al mercato unico o che dubita seriamente della sua compatibilità con il diritto comunitario”*, mentre l'art. 7 in tema di potere di veto riguarda le ipotesi in cui, a parere della Commissione, il *“progetto di misura creerebbe una barriera al mercato unico”* o potrebbe risultare incompatibile *“con il diritto comunitario e in particolare con gli obiettivi di cui all'articolo 8”* della stessa Direttiva Quadro.

⁵¹⁰ Cfr. G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione Europea*, Giappichelli, 2013, p. 157.

⁵¹¹ Cfr. P. LAROCHE, M. DE VISSER, *The triangular relationship between the Commission, NRAs and National courts revisited*, in *Communications & Strategies*, 64 (2006), disponibile on-line all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=994842 (consultato il 17 ottobre 2016).

Secondo questa linea di pensiero, condivisa da una parte della dottrina⁵¹², l'esecutivo europeo dovrebbe intervenire in modo penetrante solo quando voglia vietare l'adozione di specifiche misure, mentre non avrebbe gli stessi poteri nell'analisi dei rimedi, che devono essere valutati dal singolo regolatore nazionale a seguito di un bilanciamento degli obiettivi regolamentari.

Occorre prendere atto, tuttavia, di una prassi che si è evoluta in tutt'altra direzione. Infatti, la Commissione ha manifestato una tendenza a sindacare le proposte nazionali di imposizione dei rimedi anche nel caso in cui non vi fossero dei rischi evidenti per il diritto europeo, e ha valutato le misure anche in considerazione delle condizioni di mercato presenti nei singoli Stati membri⁵¹³.

A ciò si aggiunga che, benché le osservazioni ex art. 7 della Direttiva Quadro siano indirizzate a uno specifico regolatore nazionale, riguardo a uno specifico caso e indichino espressamente che *“la posizione espressa dalla Commissione sulla presente notifica non pregiudica altre posizioni che la Commissione potrà assumere con riferimento ad altri schemi di provvedimento”*⁵¹⁴, la Commissione spesso usa queste lettere per rendere note le proprie posizioni a tutte le autorità di regolamentazione nazionali.

Questo sembrerebbe far pensare che, attraverso la procedura ex art. 7 della Direttiva Quadro, la Commissione, di fatto, esercita un controllo di merito sull'operato dei regolatori nazionali, i quali sono già soggetti al sindacato dell'esecutivo europeo⁵¹⁵.

Al di là di queste criticità, è indubbio che la procedura descritta, grazie al ruolo decisivo della Commissione, favorisce uno sviluppo armonico delle regole a tutela della concorrenza, con evidenti vantaggi per le imprese in termini di certezza regolamentare. Tale

⁵¹² Cfr. F. M. BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, Cedam, 2013, p. 65.

⁵¹³ A titolo esemplificativo, la Commissione europea ha contestato all'AgCom l'analisi in merito alle condizioni di concorrenza infrastrutturale esistenti in Italia, v. lettera del 6 agosto 2010, prot. SG-Greffe (2010) D/12083, caso IT/2010/1103.

⁵¹⁴ Questa formulazione è presente in tutte le lettere. V., ad esempio, la lettera inviata all'AgCom il 28 giugno 2006, prot. SG-Greffe(2006)D/203407, casi IT/2006/0407-0408.

⁵¹⁵ Cfr. P. LAROCHE, *Europe And Investment In Infrastructure With Emphasis On Electronic Communications*, in *TILEC Discussion Paper*, 31 (2007), disponibile on-line all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1020899&rec=1&srcabs=1874843&alg=7&pos=5 (consultato il 17 ottobre 2016). Secondo l'Autore, la Commissione europea agisce sostanzialmente come organo chiamato a effettuare una *review* di merito delle decisioni delle autorità di regolamentazione nazionali.

procedura dà infatti luogo ad una figura di organizzazione amministrativa particolare che dovrebbe prevenire i conflitti fra le autorità coinvolte nella regolamentazione del settore⁵¹⁶.

4.2.2.2 I protocolli di intesa tra AGCM e AgCom

Un primo strumento che potrebbe essere impiegato per conseguire una cooperazione orizzontale fra autorità nazionali nel settore delle comunicazioni elettroniche è rappresentato dai protocolli di intesa fra AGCM e AgCom⁵¹⁷.

In particolare, i protocolli attualmente vigenti sono stati stipulati dalle due autorità nel 2004 e nel 2013. Tali atti mirano a favorire la collaborazione fra AGCM e AgCom e stabiliscono che le due autorità svolgono compiti complementari mediante lo svolgimento di attività finalizzate al raggiungimento di obiettivi comuni, ovverosia lo sviluppo e il mantenimento della concorrenza e la tutela dei consumatori.

A tal fine, i protocolli in esame tendono a instaurare una relazione di collaborazione che consenta di coordinare le varie attività e migliorare l'efficacia nell'esecuzione dei mandati istituzionali delle due autorità.

Sebbene questi atti attengano specificamente la relazione fra AGCM e AgCom, la necessità di coordinare gli interventi delle due autorità – soprattutto quando riguardino le medesime condotte – costituisce in realtà un esempio di applicazione concreta del principio di

⁵¹⁶ Per tale ragione, a proposito della procedura ex art. 7 della Direttiva Quadro si è parlato di “concerto regolamentare”. Cfr. S. CASSESE, *Il Concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6 (2002), p. 689 ss.

⁵¹⁷ Cfr. G. GITTI, *Gli accordi con le Autorità indipendenti*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Giappichelli, 2010, p. 1111 ss., A. ARGENTATI, *Relations between the Competition Authority and Sectoral Regulators: Italy's Experience*, in *European Competition Law Review*, 25 (2004), p. 304 ss. Per una critica sui protocolli di intesa come possibile rimedio alla duplicazione degli interventi di più autorità cfr. M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1 (2010), p. 688 ss. che sottolinea come tale soluzione presuppone un “consenso pieno” di entrambe le autorità interessate, non sempre facile da raggiungere e da perseguire.

leale collaborazione fra le pubbliche amministrazioni, che è sancito, per l'AgCom, all'art. 2, comma 22, l. n. 481/1995⁵¹⁸, e, per l'AGCM, all'art. 10, comma 4, l. n. 287/1990⁵¹⁹.

Per quanto riguarda il contenuto di tale dovere di leale collaborazione, i protocolli, in un'ottica di prevenzione di eventuali conflitti, prevedono una serie di obblighi di segnalazione.

Precisamente, l'art. 1 del Protocollo 2013 prevede:

- i. segnalazioni dell'AgCom all'AGCM di casi in cui, nell'ambito di procedimenti condotti dall'AgCom, emergano ipotesi di illeciti per i quali è competente a intervenire l'AGCM (quindi, violazioni della l. n. 287/1990, delle disposizioni europee in tema di concorrenza, del d.lgs. n. 206/2005 e del d.lgs. n. 145/2007);
- ii. segnalazioni dell'AGCM all'AgCom di casi in cui, nell'ambito di procedimenti condotti dall'AGCM, emergano ipotesi di illeciti per i quali è competente a intervenire l'AgCom (quindi, violazioni delle disposizioni contenute nella direttiva 2009/136/CE, direttiva 2009/140/CE, Regolamento (CE) n. 1211/2009, direttiva 97/67/CE e successive modifiche e integrazioni, legislazione nazionale e provvedimenti di regolazione relativi ai settori delle comunicazioni elettroniche, dei servizi media audiovisivi e radiofonici e dei servizi postali).

Altra modalità prevista nei protocolli per favorire l'interazione fra AGCM e AgCom consiste nello scambio di informazioni su tre piani: le linee generali di intervento, le attività oggetto di vigilanza, anche in fase preistruttoria, i procedimenti avviati e i relativi esiti⁵²⁰.

Infine, la cooperazione fra le due autorità può realizzarsi direttamente sul piano istruttorio. A tal proposito si prevede:

- i. la possibilità di svolgere ispezioni congiunte in merito a fattispecie di interesse comune, eventualmente con il supporto della Guardia di Finanza;
- ii. la possibilità di svolgere indagini conoscitive congiunte in materie di interesse comune;
- iii. un parere obbligatorio ma non vincolante sui provvedimenti dell'AGCM⁵²¹.

⁵¹⁸ Ai sensi di tale articolo *“le pubbliche amministrazioni e le imprese sono tenute a fornire, alle Autorità, oltre a notizie e informazioni, la collaborazione per l'adempimento delle loro funzioni”*.

⁵¹⁹ Ai sensi di tale articolo, *“l'Autorità ha diritto di corrispondere con tutte le pubbliche amministrazioni e con gli enti di diritto pubblico, e di chiedere ad essi, oltre a notizie ed informazioni, la collaborazione per l'adempimento delle sue funzioni”*.

⁵²⁰ Cfr. Protocollo 2013, art. 2.

Il parere dell'autorità di settore rappresenta un esempio di interazione collaborativa e non integra una forma di coordinamento, in quanto tra le due istituzioni vi è piena parità. Infatti, visto che l'AgCom non si trova nella posizione di poter coordinare l'operato dell'AGCM (e ciò è dimostrato dal fatto che, sebbene il parere sia obbligatorio, non è tuttavia vincolante), non si realizza un'attività di tipo direttivo che è propria del coordinamento⁵²².

Sebbene la richiesta di un parere preventivo e obbligatorio possa essere uno strumento molto utile per evitare incoerenza nell'attività delle due autorità, occorre constatare che, di fatto, questo parere acquista efficacia e importanza soprattutto nella eventuale e successiva fase contenziosa. Difatti, visto che il parere è reso dall'AgCom sullo schema di provvedimento finale predisposto dall'AGCM, è improbabile che quest'ultima apporti delle modifiche al provvedimento. Accade invece più frequentemente che il parere in questione sia utilizzato dai difensori delle imprese sanzionate per avvalorare le censure presentate contro il provvedimento finale nel caso in cui le incongruenze dello stesso fossero già state messe in luce dall'AgCom.

Sulla base di queste considerazioni, possiamo ritenere che il parere preventivo e obbligatorio sui provvedimenti dell'AGCM potrebbe divenire uno strumento più efficace di raccordo fra le due autorità se fosse già disponibile prima della chiusura della fase istruttoria da parte dell'autorità *antitrust* e fosse preso in considerazione già nella stesura della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie in modo da fornire alle parti un ulteriore elemento di dibattito⁵²³.

Nonostante sarebbero forse auspicabili degli aggiustamenti, è chiaro che il parere ex art. 1, comma 6, lett. c), n. 11, l. n. 249/1997 costituisce una risorsa molto utile per instaurare un

⁵²¹ Art. 1, comma 6, lett. c), n. 11, l. n. 249/1997. Il TAR Lazio, sez. I, sentenza 7 settembre 2001, n. 7286, ha precisato che, nel caso in cui il parere dell'AgCom non sia rilasciato nei termini previsti dalla legge, l'AGCM può procedere in ogni caso.

⁵²² In merito alla nozione di coordinamento, cfr. M. S. GIANNINI, *Prefazione*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, Il Mulino, 1982, p. 15 ss., M. NIGRO, *I rapporti tra coordinamento e indirizzo*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, Il Mulino, 1982, p. 29 ss., A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Giuffrè, 1963, C. E. GALLO, *Osservazioni sul coordinamento amministrativo*, in *Foro italiano*, 1 (1977), p. 1643 ss., V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Giuffrè, 1957.

⁵²³ A tal proposito, cfr. V. PISAPIA, *Note in tema di ripartizione delle competenze fra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e Antrust*, in *Politica del diritto*, 1999, p. 241 ss.

dialogo fra AGCM e AgCom in un'ottica di massima garanzia del principio di coerenza regolamentare.

4.2.2.3 Possibili (e ulteriori) strumenti di cooperazione informale

La dottrina ha più volte messo in rilievo il carattere inadeguato dei meccanismi volti a favorire la collaborazione fra autorità e a risolvere i conflitti, auspicando un loro potenziamento anche attraverso la previsione di meccanismi strutturali⁵²⁴.

Al di là delle descritte forme di cooperazione, sono infatti teoricamente prospettabili altri strumenti che possano evitare il sorgere di ipotesi di divergente valutazione della medesima condotta da parte dell'autorità *antitrust* e del regolatore ovvero che possano risolvere tali problemi, nel caso in cui dovessero presentarsi.

Per esempio, è stata proposta una compressione dei poteri dell'autorità che potrebbe autolimitare il proprio campo di intervento per contenere il rischio di coesistenza sostanziale fra tutela della concorrenza e regolazione. Ciò potrebbe avvenire in modo sistemico ovvero caso per caso⁵²⁵.

Un'altra possibilità potrebbe essere la creazione di un comitato di conciliazione da attivare nel caso di disaccordo (per esempio nell'ipotesi di parere contrastante rilasciato dal regolatore in un procedimento *antitrust* in settori sottoposti a regolamentazione⁵²⁶).

⁵²⁴ M. CONTICELLI, A. TONETTI, *La difficile convivenza tra concorrenza e regolazione: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1 (2008), p. 71 ss., P. LAROCHE, *Legal issues surrounding remedies in network industries*, in D. GERADIN (a cura di), *Network industries: EC Competition law vs. Sector-Specific Regulation*, Intersentia Uitgevers, 2004. Per una critica sull'autolimitazione come possibile rimedio alla duplicazione degli interventi di più autorità cfr. M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1 (2010), p. 688 ss., che sottolinea come tale soluzione presupponga comunque un assenso (perlomeno tacito) “*nel riconoscere una competenza primaria all'altra autorità, un assenso che potrebbe essere in qualsiasi momento revocato*”.

⁵²⁵ A. MANGANELLI, *Il principio di concorrenza fra antitrust e regolazione. Il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Concorrenza e mercato*, (2013), p. 315. Nell'ipotesi in cui si opti per un approccio casistico e non sistemico, si potrebbe tuttavia correre il rischio di dare origine a una competizione sull'attribuzione del singolo caso.

⁵²⁶ A. MANGANELLI, *Il principio di concorrenza fra antitrust e regolazione. Il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Concorrenza e mercato*, (2013), p. 316.

Inoltre, uno strumento molto utile per incentivare il dialogo tra le due autorità potrebbe essere l'osmosi di competenze ed esperienze tramite corsi di formazione congiunti, ovvero la mobilità dei funzionari e dirigenti da un'autorità a un'altra (sempre compatibilmente con le competenze proprie di ciascuno) anche tramite gli istituti del comando o del distacco. I possibili effetti di queste misure potrebbero essere una maggiore propensione delle due autorità ad affrontare e risolvere le ipotesi di conflitto di competenza nel modo più efficiente possibile e una diminuzione della tensione tra le due istituzioni. D'altra parte, il fatto che si tratta di strumenti informali rischia di comprometterne l'effettiva applicazione che sarebbe demandata alla disponibilità dei diretti interessati.

In un'ottica comparativa, potrebbe essere utile, ai nostri fini, analizzare i principi elaborati dal Canadian Competition Bureau per definire i rapporti con le autorità di settore. Tali principi, per un verso, fanno emergere le potenziali aree di conflitto tra autorità e, per altro verso, ci consentono di concludere che le tensioni interistituzionali possono essere risolte. Infine, si tratta di norme che incentivano la cooperazione tramite l'utilizzo di meccanismi sia formali sia informali⁵²⁷.

In primo luogo, il Bureau è espressamente a favore di un ruolo di rilievo dell'autorità di regolamentazione nel promuovere la concorrenza⁵²⁸, e sottolinea l'importanza di introdurre dei meccanismi di riduzione ed eventualmente eliminazione della disciplina di settore quando i suoi costi superano i benefici dalla stessa apportati⁵²⁹. Questo principio opera tuttavia congiuntamente a quello secondo cui il Bureau è legittimato a intervenire per promuovere delle riforme pro-concorrenziali nei mercati regolati⁵³⁰.

Unicamente in due situazioni, il Bureau espressamente preferisce l'intervento regolatorio a quello *antitrust*, vale a dire nel controllare l'accesso alle infrastrutture

⁵²⁷ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN), *Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group. Subgroup 3: interrelations between antitrust and regulatory authorities – Report to the Third ICN Annual Conference*, Seoul, 21-22 aprile 2004, disponibile *on-line* all'indirizzo <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc380.pdf> (consultato il 19 ottobre 2016), pp. 47-48.

⁵²⁸ *Id.*, pp. 43-44.

⁵²⁹ *Id.*, pp. 46-47.

⁵³⁰ *Id.*, pp. 41-43.

essenziali⁵³¹ e nell'ipotesi di prezzi eccessivi imposti dall'operatore che detiene una posizione dominante sul mercato⁵³².

Al contrario, rispetto alla maggior parte delle condotte anticompetitive, il Bureau sembrerebbe essere a favore di un intervento *antitrust*, a meno che non sia possibile dimostrare che i benefici apportati da un'azione del regolatore siano maggiori⁵³³.

Questa impostazione, sebbene comprensibile (le istituzioni tendono infatti a difendere le proprie aree di intervento e le proprie competenze nel rapporto con le altre istituzioni e con gli altri poteri dello Stato), rischia tuttavia di condurre ad un *overenforcement antitrust* anche in casi in cui, come visto nel capitolo terzo, l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza non sembrerebbe essere la cura più appropriata per correggere gli eventuali difetti di mercato.

531 *Id.*, p. 45.

532 *Id.*, p. 44.

533 *Id.*, pp. 45-46.

CONCLUSIONI

Il settore delle comunicazioni elettroniche rappresenta un angolo visuale molto interessante per lo studio del processo di liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità in quanto ha influenzato – e, in qualche modo, continua a influenzare – le riforme europee in tale ambito.

In questo lavoro, si è deciso di focalizzare l'attenzione su un aspetto particolare di questo processo, ossia il rapporto fra diritto *antitrust* e normativa di settore, e di indagarlo sotto il profilo giuridico ma anche economico e ingegneristico, al fine di ricevere una visione d'insieme della problematica. Nonostante la specificità del tema, l'analisi svolta consente di sviluppare alcune considerazioni conclusive.

In primo luogo, la questione della relazione fra diritto della concorrenza e normativa di settore è estremamente complessa e sfaccettata e non può essere risolta in astratto, bensì all'interno del contesto specifico in cui deve essere affrontata. Ciò implica che le risposte pensate per un mercato non sempre possono essere esportate in altri settori.

Allo stesso tempo, considerando la velocità con cui le tecnologie continuano a evolversi in questo campo, è molto probabile che una soluzione valida in un determinato periodo non sia altrettanto efficace in altri momenti storici.

Nel settore delle comunicazioni elettroniche si potrebbero distinguere tre fasi diverse. Inizialmente, diritto *antitrust* e regolamentazione erano entrambi volti a favorire l'ingresso di nuovi entranti nel mercato e a superare il sistema chiuso fondato sul monopolio legale. A seguito dell'adozione del *framework* normativo del 2002, per un verso, le autorità di regolamentazione hanno iniziato a fare uso degli strumenti di intervento propri del diritto della concorrenza per assicurare l'accesso all'infrastruttura essenziale, per altro verso, le autorità *antitrust* hanno scrutinato con attenzione (e spesso sanzionato) le condotte dell'*ex incumbent*. Infine, a partire dalla riforma del 2009, si è assistito ad una progressiva riduzione dei mercati in cui le autorità di settore possono imporre dei rimedi, e alla previsione di una serie di incentivi per favorire un modello di concorrenza *facility-based* in cui ogni operatore è proprietario delle proprie reti e gode di autonomia tecnica e commerciale.

In secondo luogo, possiamo ritenere che il rapporto fra diritto della concorrenza e regolamentazione non possa essere posto in termini di prevalenza dell'uno sull'altra o viceversa, bensì in termini di collaborazione fra autorità che, sebbene chiamate ad applicare

norme differenti, dovrebbero tentare di giungere a esiti non contraddittori per assicurare maggiore certezza agli operatori del mercato.

Infatti, finché non ci sarà una norma espressa che conferisca all'AgCom il potere di applicare direttamente le norme poste a tutela della concorrenza, è fuori di dubbio che l'AGCM possa continuare a esercitare i propri poteri di *enforcement antitrust* anche nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Inoltre, occorre prendere atto che i criteri interpretativi tradizionalmente utilizzati per superare l'*impasse* non sempre sono convincenti e risolutivi. Ad esempio, sancire la prevalenza degli artt. 101 e 102 TFUE sulla regolamentazione per il principio di gerarchia delle fonti (in quanto le norme *antitrust* sono sancite nel Trattato mentre la normativa settoriale è dettata da fonti secondarie come direttive o regolamenti) significherebbe non dare adeguato peso alla disciplina delle comunicazioni elettroniche che, al pari di altre discipline settoriali, riveste importanza innegabile nella costruzione di un mercato unico europeo in cui sia assicurata la libera circolazione dei servizi.

Né appare opportuno sposare l'approccio antitetico favorevole ad una esclusiva applicazione delle norme regolamentari in luogo di quelle poste a tutela della concorrenza. Sebbene la disciplina di settore sia spesso notevolmente dettagliata potrebbe accadere che lasci alle imprese dei margini di manovra tali da consentire loro di porre in essere condotte illecite sotto il profilo *antitrust*.

Spostando l'attenzione sulle modalità di intervento delle due autorità e sulla necessaria cooperazione fra di esse, si dovrebbe concludere che l'autorità di concorrenza, sia essa nazionale o europea, non dovrebbe ignorare la regolamentazione di settore.

Pertanto, la Commissione europea o l'AGCM dovrebbero accertare quali norme settoriali regolino le condotte delle imprese e, qualora esse impongano comportamenti anticoncorrenziali, disapplicarle senza comminare alcuna sanzione alle imprese per i comportamenti pregressi.

Inoltre, l'autorità *antitrust* dovrebbe accogliere i risultati degli accertamenti condotti dall'autorità di regolamentazione nei procedimenti di definizione dei rimedi regolamentari e sanzionatori e discostarsene solo con un'adeguata motivazione e a seguito di concreta dimostrazione dell'inattendibilità di un simile accertamento, dell'inidoneità del rimedio regolamentare a ovviare al problema concorrenziale, o di prove concrete della elusione del rimedio regolamentare da parte dell'impresa interessata.

In questa prospettiva, occorrerebbe verificare se vi sia stata o meno una lacuna nell'esercizio, da parte dell'autorità di settore, della funzione regolatoria. Potrebbe infatti accadere che vi sia stata la cattura del regolatore che, in tal modo, ha fallito nella realizzazione degli obiettivi di promozione della concorrenza che l'ordinamento gli assegna. In questa evenienza, sarebbe sempre auspicabile l'intervento dell'autorità *antitrust* che, pur agendo *ex post*, può tentare di realizzare quell'azione di promozione della concorrenza che spettava al regolatore.

Nel caso in cui, invece, l'autorità di regolamentazione abbia portato a termine i propri compiti senza omissioni o errori manifesti, dovrebbe teoricamente ammettersi anche l'interazione fra diritto della concorrenza e normativa di settore. In tale ipotesi, l'autorità *antitrust* dovrebbe rispettare i risultati delle analisi di mercato svolte dal regolatore o i rimedi da esso adottati.

In terzo luogo, siamo in un fase nella quale appaiono ormai superabili quelle teorie che hanno costruito i rapporti fra diritto della concorrenza e regolazione settoriale in termini di alternatività o di complementarità.

Queste teorie infatti, sebbene costituiscano un punto di partenza imprescindibile per l'analisi del problema che ci occupa, non rispecchiano appieno la realtà che suggerisce l'esistenza di una relazione più complessa, più sfumata e non riducibile a visioni nette e categoriche.

Di recente, sono infatti emersi dei fenomeni che sono espressione di un processo di progressiva ibridazione e convergenza fra i due strumenti. Da un lato, la regolamentazione settoriale è oramai caratterizzata da un modello di intervento sempre più allineato alle metodologie *antitrust* sotto il profilo dei fini, strumenti e modalità di azione; dall'altro, il diritto della concorrenza è stato applicato sempre più spesso in funzione regolatoria.

Attraverso una combinazione di entrambi gli strumenti, il legislatore tutela la concorrenza e, al contempo, persegue finalità di politica industriale e consumeristica (ad esempio, si pensi a quelle che promuovono le reti di nuova generazione).

Questo ci consente di ritenere che il settore delle comunicazioni elettroniche continuerà ad essere un "*laboratorio*" per successive riforme in altri settori e che potrebbe divenire un modello di coerente (si spera) applicazione del diritto della concorrenza e della normativa settoriale per una più efficiente regolamentazione delle attività economiche a livello europeo.

BIBLIOGRAFIA

- A.A.V.V. a cura di BASSAN F., *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la riforma comunitaria del 2009*, Giuffrè, 2010.
- A.A.V.V. a cura di CASTALDO A., DA EMPOLI S., NICITA A., *La tripla convergenza – Innovazione, regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, Carocci, 2008.
- A.A.V.V. a cura di MORBIDELLI G., DONATI F., *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Giappichelli, 2003.
- A.A.V.V. a cura di MORBIDELLI G., DONATI F., *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, 2005.
- ANDREANGELI A., BROUWER O., FEYDEAU D., FORRESTER I., GERADIN D., KOMNINOS A., HOFSTETTER K., KATSOUACOS Y., LEMAIRE C., O'REGAN M., ORTIZ BLANCO L., SLATER D., THOMAS S., ULPH D., WAELBROECK D. e ZINSMEISTER U., *Enforcement by the Commission – The Decisional and Enforcement Structure in Antitrust Cases and the Commission's Fining System*, Report presentato alla "Fifth Annual Conference of the Global Competition Law Center", 11-12 giugno 2009, disponibile *on-line* all'indirizzo http://www.learlab.com/conference2009/documents/The%20decisional%20and%20enforcement%20structure%20and%20the%20Commission_s%20fining%20system%20GERADIN.pdf (consultato il 5 luglio 2016).
- ARMSTRONG M., STEFFEN H., *Behavioral Economics as Applied to Firms: A Primer*, in *Competition Policy International*, 6(1) (2010), disponibile *on-line* all'indirizzo <http://else.econ.ucl.ac.uk/papers/uploaded/359.pdf> (consultato l'8 luglio 2016).
- AREEDA P., HOVENKAMP H., *Antitrust Law*, Aspen Publishers, 2006.
- ARGENTATI A., *Relations between the Competition Authority and Sectoral Regulators: Italy's Experience*, in *European Competition Law Review*, 25 (2004), p. 304 ss.
- ARROW K. J., *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in NELSON R. R. (a cura di), *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton University Press, 1962, p. 609 ss., disponibile *on-line* all'indirizzo <http://www.nber.org/chapters/c2144.pdf> (consultato l'11 luglio 2016).
- AUF'MKOLK H., *The "Feedback Effect" of Applying EU Competition Law to Regulated Industries: Doctrinal Contamination in the Case of Margin Squeeze*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 3(2) (2012), 149 ss.
- BACHELET V., *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Giuffrè, 1957.
- BALDWIN R., CAVE M., LODGE M., *Understanding Regulation*, Oxford University Press, 2011.

- BALDWIN R., MCCRUDDEN C., *Regulation and Public Law*, Weidenfeld and Nicolson, 1987.
- BALZANO M., GRILLO M., *Concorrenza e regolazione: limiti dell'intervento antitrust*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2 (2002), p. 485 ss.
- BARROS P. P., HOERING S., *Sectoral Regulators and the Competition Authority: which relationship is best?*, in *Cepr Discussion Papers*, n. 4541, 2004.
- BASSAN F., *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, 2002.
- BAVASSO A. F., *Electronic Communications: A New Paradigm for European Regulation*, in *Common Market Law Review*, 41(1) (2004), p. 87 ss.
- BELLAMY C., CHILD G. D., *European Union Law of Competition*, Oxford University Press, 2013.
- BERGMAN M. A., *The Bronner Case – A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine?*, in *European Competition Law Review*, 2000, p. 59 ss.
- BLAIR R. D., PIETTE C. A., *The Interface of Antitrust and Regulation: Trinko*, in *Antitrust Bulletin*, 50(4) (2005), p. 665 ss.
- BOGNETTI G., FAZIOLI R., *Lo sviluppo di una regolazione europea nei grandi servizi pubblici a rete*, in *Economia pubblica*, 26(3) (1996), p. 5 ss.
- BOURREAU M., PINAR D., *Service-based vs. facility-based competition in local access networks*, in *Information Economics and Policy*, 16(2) (2004), p. 287 ss.
- BRENNAN T. J., *Trinko v. Baxter, The Demise of U.S. v. AT&T*, in *Antitrust Bulletin*, 50(4) (2005), p. 635 ss.
- BRENNAN T. J., *Essential Facilities and Trinko: Should Antitrust and Regulation be Combined?*, in *Federal Communications Law Journal*, 61 (2008), p. 141 ss.
- BREYER S. G., *Regulation and its Reform*, Harvard University Press, 1982.
- BREYER S. G., *Antitrust, Deregulation and the Newly Liberated Marketplace*, in *California Law Review*, 75(3) (1987), p. 1005 ss.
- BREYER S. G., STEWART R. B., *Administrative law and regulatory policy*, Aspen Publishers, 1979.
- BRUTI LIBERATI E., *Mercati dell'energia e regolazione finalistica: la disciplina delle reti di trasporto nel terzo pacchetto energia* in M. S. DE FOCATIIS, A. MAESTRONI (a cura di), *Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, Giuffrè, 2011, p. 31 ss.
- BRUTI LIBERATI E., *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1 (2014), p. 81 ss.

- CAIAZZO R., *Antitrust e telecomunicazioni (l'Attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel settore delle telecomunicazioni nei suoi primi vent'anni)*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Giappichelli, 2010, p. 913 ss.
- CAIAZZO R., *L'Accesso alla rete*, in BASSAN F. (a cura di), *Diritto delle Comunicazioni Elettroniche, Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Giuffrè, 2010, p. 157 ss.
- CALDIROLA D., *Problemi attuali: aspetti giuridici della liberalizzazione nelle telecomunicazioni*, in *Economia pubblica*, (1996), p. 121 ss.
- CAMBINI C., GIANNACCARI A., *Le telecomunicazioni nell'era della convergenza tra nuove regole e apertura al mercato*, in PAMMOLLI F., CAMBINI C., GIANNACCARI A. (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia. Proposte di riforma e linee di intervento settoriali*, Il Mulino, 2007, p. 108 ss.
- CAMBINI C., RAVAZZI P., VALLETTI T., *Il mercato delle telecomunicazioni. Dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*, Il Mulino, 2003.
- CAMILLI E. L., *Towards a financial regulatory network in the Italian saving law 262/05: the case of allocation of competences on stability and antitrust*, presentato alla seconda Conferenza ISLE, disponibile on-line all'indirizzo <http://www.side-isle.it/it/roma06/pdf/WPCamilli.pdf> (consultato il 2 novembre 2016).
- CAMILLI E. L., CLARICH M., *I poteri quasi giudiziali delle autorità indipendenti*, in D'ALBERTI M., PAJNO A. (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Il Mulino, 2010, p. 108 ss.
- CAPATINI M., *La disciplina dell'accesso e dell'interconnessione*, in CLARICH M., CARTEI G. F. (a cura di), *Il Codice delle Comunicazioni Elettroniche*, Giuffrè, 2004, p. 244 ss.
- CARLTON D. W., *Should "Price Squeeze" be Recognised as a Form of Anticompetitive Conduct?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 4 (2008), p. 271 ss.
- CAROLI CASAVOLI H., *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 3 (2001), p. 429 ss.
- CARPAGNANO M., PERA A., *Le decisioni con impegni tra teoria e prassi: un'analisi comparata*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2 (2008), p. 771 ss.
- CARSTENSEN P. C., *Antitrust Law and the Paradigm of Industrial Organization*, in *UC Davis Law Review*, 16 (1983), p. 487 ss.
- CASSESE S., *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in BONELLI F., CASSESE S. (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Giuffrè, 1998, p. 54 ss.
- CASSESE S., *Regolazione e Concorrenza*, in TESAURO G., D'ALBERTI M. (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, 2000.

- CASSESE S., *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2 (2002), p. 265 ss.
- CASSESE S., *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*; in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, p. 1129 ss.
- CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Laterza, 2004.
- CASSESE S., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1 (2011), p. 100 ss.
- CAVE M., CROWTHER P., *Co-ordinating regulation and competition law ex ante and ex post*, in BERGMAN M. (a cura di), *The Pros and Cons of Antitrust in Deregulated Markets*, 2004, p. 11 ss.
- CENGIZ F., *Judicial Review and the Rule of Law in the EU Competition Law Regime after Alosa*, in *European Competition Journal*, 127 (2011), p. 127 ss.
- CHELI E., *La liberalizzazione delle telecomunicazioni. La convergenza multimediale tra telecomunicazioni e televisione*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 4 (1999), p. 77 ss.
- CINTIOLI F., *Reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in POLICE A. (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Giuffrè, 2008.
- CINTIOLI F., *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Giappichelli, 2010, p. 775 ss.
- CIULLO S., *Presupposti sostanziali della regolazione*, in CLARICH M., CARTEI G. F., *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2004, p. 107 ss.
- CLARICH M., *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in CASSESE S., FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, 1996, p. 41 ss.
- CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, 1998, p. 181 ss.
- CLARICH M., *Garanzia del Contraddittorio nel procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 1 (2004), p. 59 ss.
- CLARICH M., *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in PEREZ R. (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2004, p. 15 ss.
- CLARICH M., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come Autorità pubblica indipendente*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Giappichelli, 2010, p. 239 ss.

- CLARICH M., *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1 (2010), p. 688 ss.
- CLARICH M., *Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e delle autorità di regolazione settoriale*, in A.A. V.V., *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 1963 ss.
- CLARICH M., CARTEI G. F. (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2004.
- COASE R. H., *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3 (1960), p. 1 ss.
- COLANGELO G., *I rischi della concorrenza patteggiata: note a margine del caso Aci global*, in *Diritto industriale*, 17(4) (2009), p. 353 ss.
- CONGEDO P., *Separazione Funzionale o Strutturale nelle Industrie Regolate? I Vincitori non Puniscono. Possibilmente cooperano (e innovano)*, in *Concorrenza e Mercato*, 16 (2008), p. 375 ss.
- CONTICELLI M., TONETTI A., *La difficile convivenza tra concorrenza e regolazione: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1 (2008), p. 71 ss.
- COOK C. J., *Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9*, in *World Competition*, 29 (2006), p. 209 ss.
- CUCINOTTA A., PARDOLESI R., VAN DEN BERGH R. J., *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Edward Elgar, 2002.
- DABBAH M., *The relationship between competition authorities and sector regulators*, in *Cambridge Law Journal*, 70(1) (2011), p. 113 ss.
- D'ALBERTI M., *La "rete europea di concorrenza" e la costruzione del diritto antitrust*, in RAFFAELLI E. A. (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, VI Convegno (Treviso, 13-14 maggio 2004), Bruylant-Giuffrè, 2005, p. 35 ss.
- D'ALESSIO G., *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Clua, 1993.
- DECKER C., GRAY H., *Antitrust and Arbitration in Regulated Sectors*, in *Competition Law International*, 7 (2011), p. 8 ss.
- DELGADO J., MARISCAL E., *Integrating Regulatory and Antitrust Powers: Does It Work? Case Studies from Spain and Mexico*, in *Competition Policy International*, 10 (2014), p. 135 ss.
- DELLA CANANEA G., *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, 2005.

- DELLA CANANEA G., *Complementarietà e competizione tra le autorità indipendenti*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Giappichelli, 2010, p. 913 ss.
- DELLA CANANEA G., FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione Europea*, Giappichelli, 2013.
- DE MINICO G. (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. La banda larga e i servizi a rete*, Jovene editore, 2010.
- DE STREEL A., *The relationship between Competition Law and sector-specific regulation: the case of electronic communications*, in *Reflèts et Perspectives*, 47(1) (2008), p. 53 ss.
- DEVLIN A., *Antitrust as Regulation*, in *San Diego Law Review*, 49 (2012), p. 823 ss.
- DOGAN S. L., LEMLEY M. A., *Antitrust Law and Regulatory Gaming*, in *Texas Law Review*, 87 (2009), p. 685 ss.
- DOUGLAS-SCOTT S., *The European Union and Human Rights After the Lisbon Treaty*, in *Human Rights Law Review*, 11(4) (2011), p. 645 ss.
- DUNNE N., *Recasting Competition Concurrence under the Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*, in *Modern Law Review*, 77(2) (2014), p. 254 ss.
- EILMANSBERGER T., THYRI P., *Third Country Antitrust Sanctions and EC Law, Comments on the Advocate General's Opinion in C-308/04 P, SGL Carbon v. Commission*, in *European Competition Law Review*, 27 (2006), p. 397 ss.
- ENGEL C., *Legal Experiences of Competition Among Institutions*, in GERKEN L. (a cura di), *Competition Among Institutions*, Macmillan Press, 1995, p. 89 ss.
- FAELLA G., PARDOLESI R., *Squeezing price squeeze: la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 12 (2010), p. 29 ss.
- FARRELL J., KLEMPERER P., *Coordination and lock-in: Competition with switching costs and network effects*, in *Handbook of industrial organization*, 3 (2007), p. 1967 ss.
- FATTORI P., *I poteri dell'Autorità garante in materia di intese ed abusi di posizione dominante: diffide e sanzioni*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, p. 877 ss.
- FATTORI P., TODINO M., *La Disciplina della Concorrenza in Italia*, Il Mulino, 2010.
- FILIPPELLI M., *Telecom Italia e Trinko: la dialettica tra norme antitrust generale e disciplina regolatoria nelle telecomunicazioni in Europa e negli Stati Uniti*, in *Rivista di diritto industriale*, 2 (2009), p. 24 ss.
- FONDERICO G., GENOVESE A., *Concorrenza e regolamentazione asimmetrica nelle telecomunicazioni*, in *Europa e diritto privato*, 1 (1999), p. 45 ss.

- FOX E. M., *The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, in *Cornell Law Review*, 66 (1981), p. 1140 ss.
- GALLO E., *Osservazioni sul coordinamento amministrativo*, in *Foro italiano*, 1 (1977), p. 1643 ss.
- GALLO E., PONTAROLLO E., *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni: l'approccio italiano*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 8(3) (2006), p. 521 ss.
- GAL M. S., *Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the E.C.: Two Systems of Belief About Monopoly?*, in *Antitrust Bulletin*, 49 (2004), p. 343 ss.
- GELHORN E., *An Introduction to Antitrust Economics*, in *Duke Law Journal*, 2 (1975), disponibile [on-line](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2512&context=dlj) all'indirizzo <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2512&context=dlj> (consultato l'8 luglio 2016).
- GERADIN D., *The Necessary Limits to the Control of "Excessive" Prices by Competition Authorities – A View from Europe*, Tilburg University Legal Studies, Working Paper, 2007, disponibile [on-line](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1022678) all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1022678 (consultato il 12 settembre 2016).
- GERADIN, D., KERF M., *Controlling Market Power in Telecommunications: Antitrust v. Sector Specific Regulation*, Oxford University Press, 2003.
- GERADIN D., O'DONOGHUE R., *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector* in *Journal of Competition Law and Economics*, 1(2) (2005), p. 355 ss.
- GHEZZI F., *L'Autorità garante della concorrenza e il disegno di legge governativo di riforma delle autorità indipendenti*, in *Rivista delle società*, 2007, p. 532 ss.
- GHEZZI F., *La disciplina italiana degli impegni antitrust: ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) sensibile*, in *Rivista delle società*, 2012, p. 447 ss.
- GHEZZI F., MAGGIOLINO M., *Credit Suisse, ovvero la marginalizzazione dell'antitrust nei mercati finanziari americani*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1 (2008), p. 7 ss.
- GHEZZI F., NOTARI M., *La disciplina della concorrenza nei settori dell'informazione, del credito e delle assicurazioni (art. 20 della legge 10 ottobre 1990, n. 287)*, in *Rivista delle società*, 1993, p. 119 ss.
- GHEZZI F., OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, Giappichelli, 2013.
- GIANNACCARI A., *Il caso Trinko*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1 (2004), p. 187 ss.
- GIANNINI M. S., *Prefazione*, in AMATO G., MARONGIU G. (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, Il Mulino, 1982, p. 15 ss.

- GITTI G., *Gli accordi con le Autorità indipendenti*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'autorità Garante della concorrenza e del mercato*, 2010, p. 1111 ss.
- GONZALEZ-DIAZ F. E., SNELDERS R. (a cura di), *EU Competition Law. Volume 5. Abuse of dominance under Article 102 TFEU*, Claeys & Casteels, 2013.
- GOTTINGER H. W., *Economies of Network Industries*, Routledge, 2003.
- GRUBER H., PANTELIS K., *Procompetitive infrastructure sector regulation and diffusion of innovation: The case of broadband networks*, 22nd European Regional Conference of the International Telecommunications Society, Budapest, 18-21 settembre 2011, disponibile [on-line all'indirizzo https://www.econstor.eu/bitstream/10419/52161/1/672624737.pdf](https://www.econstor.eu/bitstream/10419/52161/1/672624737.pdf) (consultato il 2 luglio 2016).
- GUERRI E., SIRAGUSA M., *Gli strumenti di iniziativa dell'impresa nei procedimenti davanti all'Autorità*, in BRUZZONE G. (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust. L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Il Mulino, 2008, p. 135 ss.
- GYSELEN L., *State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty Competition Provisions*, in *Common Market Law Review*, 26 (1989), p. 33 ss.
- HAINES F., GURNEY D., *The Shadows of the Law: Contemporary Approaches to Regulation and the Problem of Regulatory Conflict*, in *Law and Policy*, 25 (2003), p. 353 ss.
- HANCHER L., BUENDIA SERRA J. L., *Cross-Subsidization and EC Law*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 901 ss.
- HAUSMAN J. A., SIDAK J. G., *A Consumer-Welfare Approach to the Mandatory Unbundling of Telecommunications Networks*, in *Yale Law Journal*, 109 (1999), p. 417 ss.
- HEIMLER A., *Is a Margin Squeeze an Antitrust or a Regulatory Violation?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 6(4) (2010), p. 879 ss.
- HELLWIG M., *Competition Policy and Sector-specific Regulation for Network Industries*, in VIVES X. (ed.), *Competition Policy in the EU*, Oxford University Press, 2009, p. 203 ss.
- HOVENKAMP H., *State Antitrust in the Federal Scheme*, in *Indiana Law Journal*, 58(3) (1983), p. 375.
- HOVENKAMP H., *Post-Chicago Antitrust: A Review And Critique*, in *Columbia Business Law Review*, (2001), p. 257 ss.
- HOVENKAMP H., *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, 2005.
- IBÁÑEZ COLOMO P., *On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory*, in *Yearbook of European Law*, 29(2) (2010), p. 261 ss.

- JENNY F., *Competition Authorities: Independence and Advocacy*, in LIANOS I., SOKOL D. D. (a cura di), *The Global Limits of Competition Law*, Stanford University Press, p. 166 ss.
- JONES A., SUFRIN B., *EU Competition Law*, Oxford University Press, 2014.
- KAHN A. E., *Deregulatory Schizophrenia*, in *California Law Review*, 75 (1987), p. 1059 ss.
- KAHN A. E., *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, The MIT Press, 1988.
- KAMINSKI D., ROGOZINSKA A., SASINOWSKA B., *Telekomunikacja Polska decision: Competition Law enforcement in regulated markets*, in *Competition Policy Newsletter*, 3 (2011), p. 75 ss.
- KATZ M., SHAPIRO C., *Systems competition and network effects*, in *The Journal of Economic Perspectives*, (1994), p. 93 ss.
- KIESSLING T., BLONDEEL Y., *The impact of regulation on facility-based competition in telecommunications*, disponibile on-line all'indirizzo http://www.tik.ee.ethz.ch/~m3i/related-work/cm/Cost-Regulation-in-Telecoms-Kiess_Mar99.pdf (consultato il 5 luglio 2016).
- KLOTZ R., *The Application of EC Competition Law (Articles 81 and 82) in the Telecommunications Sector*, in KOENIG C., BARTOSCH A., BRAUN J. D., ROMES M. (a cura di), *EC Competition and Telecommunications Law*, Kluwer Law International BV, 2009, p. 107 ss.
- KOZEL R. J., POJANOWSKY J. A., *Administrative Change*, in *University of California Law Review*, 2011, p. 114 ss., disponibile on-line all'indirizzo http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/460/ (consultato il 3 novembre 2016).
- KUIK K., MOSCIBRODA A., *2010 and 2011 EU Competition Law and Sector-specific Regulatory Case Law Developments with a Nexus to Poland*, in *Yearbook of Antitrust and regulatory Studies*, 5 (7) (2012), p.157 ss.
- LAGUNA DE PAZ J. C., *Regulation and Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 33(2) (2012), p. 77 ss.
- LAROUCHE P., *Competition and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing, 2000.
- LAROUCHE P., *Legal issues surrounding remedies in network industries*, in GERADIN D. (a cura di), *Network industries: EC Competition law vs. Sector-Specific Regulation*, Intersentia Uitgevers, 2004.
- LAROUCHE P., *Europe And Investment In Infrastructure With Emphasis On Electronic Communications*, in *TILEC Discussion Paper*, 31 (2007), disponibile on-line all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1020899&rec=1&srcabs=1874843&alg=7&pos=5 (consultato il 17 ottobre 2016).

- LAROCHE P., DE VISSER M., *The triangular relationship between the Commission, NRAs and National courts revisited*, in *Communications & Strategies*, 64 (2006), p. 125 ss., disponibile *on-line* all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=994842 (consultato il 17 ottobre 2016).
- LEONE A., *La risoluzione delle controversie tra operatori*, in BASSAN F. (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2010.
- LEONE C., *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Giuffrè, 2012.
- LIBERTINI M., *Una disciplina antitrust speciale per le comunicazioni elettroniche*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2003, p. 910 ss.
- LIBERTINI M., *Regolazione e Concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2 (2005), p. 195 ss.
- LIBERTINI M., *Il "private enforcement" e le sanzioni amministrative*, in *Concorrenza e mercato*, 2007, p. 356 ss.
- LIBERTINI M., *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in OLIVIERI G., ZOPPINI A. (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, 2008, p. 89 ss.
- LIBERTINI M., *Diritto della Concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2014.
- LIDGARD H. H., *Application of Article 82 EC to Abusive Exclusionary Conduct – Refusal to Supply or to License*, in *Europättslig Tidskrift*, 4 (2009), p. 694 ss.
- LITTLECHILD S. C., *Privatisation, competition and regulation*, Institute Of Economic Affairs, 2002.
- LLEWELLYN D. T., *The economic rationale for financial regulation*, Financial Services Authority Occasional Paper Series, aprile 1999, disponibile *on-line* all'indirizzo <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catssemecnal/material/The%20economic%20rationale%20for%20financial%20regulation.pdf> (consultato il 3 novembre 2016).
- LOEVINGER L., *Regulation and Competition as Alternatives*, in *Antitrust Bulletin*, 11 (1966), p. 101 ss.
- LOUIS F., ACCARDO G., *Ne Bis in Idem, Part "Bis"*, in *World Competition*, 34 (2011), p. 97 ss.
- MALONE F., SIDAK, J. G., *Should Antitrust Consent Decrees Regulate Post-Merger Pricing?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 3 (2007), p. 471 ss.
- MANGANELLI A., *Il principio di concorrenza fra antitrust e regolazione. Il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Concorrenza e mercato*, (2013), p. 279 ss.
- MANNONI S., *La regolazione delle comunicazioni elettroniche*, Il Mulino, 2014.

- MARCANTONIO K., *La decisione con impegni e l'esercizio della funzione antitrust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5 (2012), p. 554 ss.
- MARCHETTI L. C., UBERTAZZI P. G. (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, 2012.
- MARCOU G., *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, in *Il Filangieri*, (1) (2004), p. 9 ss.
- MARINI BALESTRA F., *Il Servizio universale delle telecomunicazioni e le nuove competenze degli Enti locali: prime riflessioni sul rapporto tra normativa di mercato ed interventi sociali nel Codice delle Comunicazioni Elettroniche*, in *Giustamm.it – rivista internet di diritto pubblico*, 2 (2005).
- MARINI BALESTRA F., *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, Cedam, 2013.
- MARINI BALESTRA F., *The European concert of electronic communications: ten years of applying article 7 procedures*, in *European Competition Law Review*, 34(6) (2013), p. 291 ss.
- MARTINEZ RIVERO E., *Telekomunikacja Polska: Antitrust Enforcement in a Highly Regulated Environment*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 3(1) (2012), p. 45 ss.
- MELAMED A. D., *Network industries and antitrust*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 23 (1999), p. 147 ss.
- MELI V., *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi "non equi"*, Giuffrè, 1989.
- MELI V., *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Giappichelli, 2003.
- MERLINO P., FAELLA G., *Strategic Underinvestment as an Abuse of Dominance under EU Competition Rules*, in *World Competition Law and Economics Review*, 36 (4) (2013), p. 513 ss.
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico – dagli anni "trenta all'alternanza"*, Giuffrè, 2001.
- MIXON J., *Neoclassical Economics and the Erosion of Middle-Class Values: An Explanation for Economic Collapse*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 24 (2010), p. 327 ss., disponibile on-line all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1681159 (consultato l'8 luglio 2016).
- MONTEDURO M., *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)*, in ALLENA M., CIMINI S. (a cura di), *Il potere sanzionatorio*

- delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, 3 (2013), p. 232 ss.
- MONTERO J. J., *L'intervento pubblico nelle telecomunicazioni. Antitrust v. regolazione ?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 13(2) 2003, p. 427 ss.
- MONTI G., *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007.
- MONTI G., *Managing the intersection of utilities regulation and EC Competition Law*, in *The Competition Law Review*, 4(2) (2008), p. 125 ss.
- MORBIDELLI G., *Il principio di legalità ed i cd. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 4 (2007), p. 703 ss.
- MORBIDELLI G., DONATI F. (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, 2005.
- MOTTA M., *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.
- MULLER U., RODENHAUSEN A., *The Rise and Fall of the Essential Facility Doctrine*, in *European Competition Law Review*, 5 (2008), p. 310 ss.
- NIGRO M., *I rapporti tra coordinamento e indirizzo*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, Il Mulino, 1982.
- NITSCHKE R., WIETHAUS L., *Competition Law in Regulated Industries: On the Case and Scope for Intervention*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 3(4) (2012), p. 409 ss.
- O'DONOGHUE R., *Regulating the Regulated: Deutsche Telekom v European Commission*, in *Global Competition Policy Online*, maggio 2008.
- O'DONOGHUE R., PADILLA J. A., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013.
- OGUS A., *Regulation. Legal form and economic theory*, Clarendon Press, 1994.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *Roundtable on Competition, Patents and Innovation*, DAF/COMP(2007)40, Parigi, disponibile online all'indirizzo <https://www.oecd.org/competition/abuse/39888509.pdf> (consultato l'11 luglio 2016).
- PALLADINO F., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti tra matière pénale e divieto di bis in idem (note a margine della sentenza Corte EDU, Grande Stevens e altri c. Italia, 4 marzo 2014)*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2 (2014), p. 247 ss.
- PARCU P. L., *On the convergence of antitrust and regulation*, in *Concorrenza e mercato*, (2013), p. 321 ss.

- PARDOLESI R., PALMIERI A., *Nota a sentenza Corte costituzionale n. 270/2010*, in *Foro italiano*, 1 (2010), p. 2901 ss.
- PARDOLESI R., PALMIERI A., *Sull'Interfaccia (Problematica) fra Regolazione Economica e Disciplina della Concorrenza*, in *Il Foro Italiano*, 3 (2012), p. 493 ss.
- PARISI F., SCHULZ N., KLINK J., *Two Dimensions of Regulatory Competition*, in *International Review of Law and Economics*, 26 (2006), p. 56 ss., disponibile on-line all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=364241 (consultato il 5 novembre 2016).
- PERA A., *Le decisioni con impegni e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in PACE L. F. (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Jovene, 2013, p. 379 ss.
- PEREZ R., *Telecomunicazioni e Concorrenza*, Giuffrè, 2002.
- PESCE G., *Tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi e sanzionatori e soluzioni non giurisdizionali per la definizione delle controversie tra imprese*, in CLARICH M., CARTEI G. F. (a cura di), *Il Codice delle Comunicazioni Elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2004.
- PETRETTO A., *Mercato, organizzazione industriale e intervento pubblico*, Bologna, 1993.
- PISAPIA V., *Note in tema di ripartizione delle competenze fra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e Antitrust*, in *Politica del diritto*, 1999, p. 241 ss.
- POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, 2007.
- POSNER R. A., *The Economics of the Law*, University of Chicago Press, 1972.
- POSNER R. A., *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 127 (1979), p. 925 ss.
- PREDIERI A., *Pianificazione e costituzione*, Giuffrè, 1963.
- PROSPERETTI L., *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2 (2002), p. 277 ss.
- RABAI B., *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 1 (2016), p. 89 ss.
- RADICATI DI BROZOLO L. G., *Simmetria e asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, in *Diritto dell'Informazione*, 1997, p. 493 ss.
- RADICATI DI BROZOLO L. G., *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Giappichelli, 1999.
- RADICATI DI BROZOLO L. G., *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche, Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3 (2002), p. 561 ss.

- RENNA M., *I beni a destinazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2003.
- RIZZA G. C., *L'obbligo delle autorità nazionali della concorrenza di disapplicare le norme interne contrarie al Trattato e i conseguenti limiti alla proponibilità della State action defense*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2 (2004), p. 6 ss.
- RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, 1998.
- RIVERO E. M., *Telekomunikacja Polska: Antitrust Enforcement in a Highly Regulated Environment*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 3 (2012), p. 45 ss.
- SALTARI L., *Accesso e interconnessione, La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, IPSOA, 2008.
- SATTA F., *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2 (2010), p. 299 ss.
- SCHEUERMANN J. E., SEMINS W. D., *A New Method for Regulatory Antitrust Analysis? Verizon Communications Inc. v. Trinko*, in *Richmond Journal of Law and Technology*, 12(1) (2005), p. 1 ss.
- SCHUMPETER J., *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Etas libri, 2001.
- SCLAFANI F., DURANTINI A., *Una nuova governance delle comunicazioni elettroniche in Italia: la visione e il ruolo dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2 (2015), p. 34 ss.
- SCOGNAMIGLIO A., *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Diritto amministrativo*, 3 (2010), p. 503 ss.
- SHELANSKI H. A., *The Case for Rebalancing Antitrust and Regulation*, in *Michigan Law Review*, 109 (5) (2011), p. 683 ss.
- SIDAK J. G., *Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 4 (2008), p. 307 ss.
- SIRAGUSA M., *Le decisioni con impegni*, in RABITTI BEDOGNI C. (a cura di), *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli, 2010, p. 385 ss.
- SIRAGUSA M., BERETTA M., *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, Europa, 1999, p. 260 ss.
- SIRAGUSA M., CIULLO S., *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3 (2002), p. 527 ss.
- SIRAGUSA M., D'OSTUNI M., MARINI BALESTRA F., *I mercati rilevanti del prodotto e servizi e la regolamentazione ex ante*, in BASSAN F. (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2010, p. 169.

- SIRAGUSA M., GUERRI E., FAELLA G., *L'abuso di posizione dominante (art. 3, L. 10.10.1990, n. 287)*, in CATRICALÀ A., TROIANO P. (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Utet, 2010.
- SMITH V., *Competition Concurrency between the OFT and Sector Regulators*, in *Utilities Policy*, 12(2)·2004, p. 61 ss.
- SPERANZA N., *Il principio di buon andamento – imparzialità nell'art. 97 Cost.*, in *Foro amministrativo*, 2 (1972), p. 86 ss.
- SPETA J. B., *Antitrust and Local Competition under the Telecommunications Act*, in *Antitrust Law Journal*, 71 (2003), p. 99.
- STIGLER G. J., *Mercato, informazione, regolamentazione*, Bologna, 1994.
- STIGLITZ G. J., *Economics of the public sector*, W. W. Norton & Company, 1988.
- SUNSTEIN C., *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, 1990.
- TAPIA J., MANTZARI D., *The Regulation/Competition Interaction*, 23 aprile 2012, disponibile on-line all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2044722 (consultato il 2 ottobre 2016).
- TEMPLE LANG J., *European Competition Policy and Regulation: Differences, Overlaps, and Constraints*, in LÉVÊQUE F., SHELANSKI H., *Antitrust and Regulation in the EU and US. Legal and Economic Perspectives*, Edward Elgar Pub, 2009, p. 20 ss.
- TIRIO F., *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Giappichelli, 2012.
- TORCHIA L., *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Il Mulino, 2012.
- TORCHIA L., *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3 (2013), p. 501 ss.
- TORCHIA L., *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, relazione svolta al convegno *Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati* – Roma, Palazzo Spada, 28 febbraio 2013, disponibile on-line all'indirizzo <http://www.irpa.eu/area-bibliografica/scritti/gli-scritti-di-luisa-torchia/> (consultato il 12 novembre 2016).
- TRIMARCHI BANFI F., *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, 2014.
- VESTERDORF B., *Article 102 TFEU and sanctions: Appropriate When?*, in *European Competition Law Review*, 32(11) (2011), p. 573 ss.
- VICKERS J., *Concepts of Competition*, in *Oxford Economic Papers*, 47 (1995), p. 1 ss.

- WEISER P. J., *The Relationship of Antitrust and Regulation in a Deregulatory Era*, in *Antitrust Bulletin*, 50(4) (2005), p. 549 ss.
- WERDEN G. J., *Remedies for Exclusionary Conduct Should Protect Competition and Preserve the Competitive Process*, in *Antitrust Law Journal*, 76 (2009), p. 65 ss.
- WHISH R., BAILEY D., *Competition Law*, Oxford University Press, 2015.
- WILS W., *The Principle of Ne Bis in Idem in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, 26(2) (2003), p. 131 ss.
- WILS W., *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, 2004, p. 201 ss.
- WILS W., *EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, in *World Competition*, 34(2) (2011), p. 189 ss.