



AUTORITÀ PER LE  
GARANZIE NELLE  
COMUNICAZIONI

# **Prevenzione e controllo della cattura del regolatore nel contesto di europeizzazione dei processi decisionali in materia di comunicazioni elettroniche**

**Maria Luce Mariniello**

**Roma, 5 marzo 2013**

# Indice

## **Definizione del problema**

 *Prevenzione e controllo della “regulatory capture” (2)*

 *Europeizzazione del processo decisionale (4)*

## **Esame della prassi**

 *Analisi di mercato della terminazione mobile: portata del vincolo europeo nella giurisprudenza rilevante (4)*

 *Casi di lettere “di seri dubbi”*

 *La Raccomandazione UE sugli obblighi di non discriminazione*

## **Prevenzione e controllo della *regulatory capture* nell’attività del BEREC**

## **Conclusioni e problemi aperti**

# Definizione del problema

Reti amministrative settoriali, organizzazioni e procedimenti «misti» nei mercati regolati da autorità indipendenti



**«Europeizzazione» della funzione di regolazione dei mercati?**



Nel settore delle comunicazioni elettroniche:

- Intervento della Commissione nella regolamentazione *ex ante*
- Istituzione del BEREC con funzioni consultive e di coordinamento

**L'europeizzazione del processo decisionale nel settore delle c.e. comporta uno svuotamento del potere decisionale per le ANR?**

**In quale misura e con quali garanzie per gli attori del mercato?**

**Si impone un'analisi degli istituti di *accountability* che facciano da contrappeso alla traslazione del potere decisionale verso la Commissione UE e il BEREC**

# Regulatory capture

## Sviamento dall'interesse pubblico

“The theory of capture holds that regulation is supplied in response to the demands of interest groups struggling among themselves to maximize the incomes of their members...The theory that economic regulation is not about the public interest at all, but is a process by which interest groups seek to promote their (private) interests.”

(POSNER, *Theories of economic regulation*, 1974).

## Asimmetrie informative

“Chicago school...suffer from two methodological limitations. First, they are not agency theoretic in that they ignore informational asymmetries. In the absence of such asymmetries, regulated firms would be unable to extract rents and therefore would have no incentive to influence regulatory outcomes. Similarly, voters and legislators would have no difficulty controlling their agents (members of committees and agencies) who thus could not get away with policies favoring interest groups over the common good.

(LAFFONT – TIROLE, *The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture*, 1991).

## Effetti sull'AIR

“If the principles under which the RIA are produced are too general and the RIA is not required to include a benefit-cost analysis, the RIA may be too easily captured and simply provide a justification of a predetermined position rather than provide an examination of the potential regulatory and non regulatory options” (OECD, *Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence*, Paris, 2009)

# Prevenzione e controllo della *regulatory capture* nel settore delle comunicazioni elettroniche

## Il dato positivo

Principio di separazione strutturale tra le attività di gestione e controllo degli operatori di comunicazioni e le funzioni di regolamentazione e vigilanza dei mercati

### Garanzie di indipendenza nella legge istitutiva (L. 249 del 1997)

- **Autonomia organizzativa**

(Nomina dei componenti del Consiglio, incompatibilità, durata del mandato, status)

- **Indipendenza funzionale**

«L'Autorità opera in piena autonomia di giudizio e valutazione»

- **Autonomia finanziaria e contabile**

- **Giurisdizione esclusiva del G.A.**

# Ruolo delle autorità per la concorrenza

## Accertamento di abuso di posizione dominante attraverso la cattura del regolatore nazionale

### **2007 - Spagna (COMP/38.784) - Telefonica S.A.**

Sentenza Telefónica e Telefónica de España, 29 marzo 2012, T-336/07

Abuso di posizione di Telefónica consistente nell'aver influenzato a proprio vantaggio l'analisi di mercato di CMT (margin squeeze test).

### **2003 - Germania (COMP/37.451) - Price squeeze local loop**

Sentenze Deutsche Telekom / Commissione, 10 aprile 2008, T-271/03, e Corte di Giustizia, 14 ottobre 2010, C-280/08 Deutsche Telekom / Commissione.

<<Per quanto le tariffe all'ingrosso per i servizi fossero fissate dalle ANR, la pratica scorretta di compressione dei margini è imputabile a Deutsche Telekom, considerato che essa disponeva di un margine di manovra sufficiente (posizione dominante) per modificare le tariffe al dettaglio fatturate ai propri abbonati, ancorché queste costituissero oggetto di una determinata regolamentazione>>

***CGUE delinea i regolatori nazionali come «agenti comunitari»***



# Rafforzamento dei requisiti di indipendenza delle ANR con la Riforma del quadro UE (2009)

## Garanzie di indipendenza nel framework UE (art. 3 e 4 FMKD)

- **Indipendenza organizzativa non superabile con legge nazionale**
- **Irrevocabilità “ad nutum”**  
Il Presidente e i membri dell’organo di vertice sono revocabili solo dell’ANR solo per motivi di incompatibilità
- **Autonomia finanziaria e contabile**  
Risorse finanziarie e umane adeguate alle ANR affinché possano svolgere i propri compiti in ambito nazionale e partecipare al BEREC
- **Tutela giurisdizionale**  
Competenza esclusiva del Giudice (art. 4 DQ) a sospendere/annullare l’efficacia di decisioni dell’ANR
- **Requisiti funzionali di trasparenza e garanzia di partecipazione**

# **Allocazione del potere regolamentare nel *framework***

**1) Nessun potere di veto sui rimedi** (la definizione degli obblighi regolamentari nei mercati nazionali resta di competenza delle ANR)

**2) Ampliamento della sfera di intervento della Commissione**

(art. 7a FMKD):

- CE può bloccare l'adozione di una bozza di misura sui rimedi per 3 mesi
- In questo periodo, ANR, BEREC e CE devono cooperare per individuare i rimedi idonei

**3) Intervento del BEREC nel processo decisionale (7 e 7a FMKD)**

- Commenti alle notifiche delle ANR in Fase I
- Parere alla CE in casi di Fase II di cui all'art 7 DQ
- Parere in casi di Fase II di cui all'art. 7a DQ
- Cooperazione con l'ANR in casi di Fase III di cui all'art. 7 a DQ



# Allocazione del potere regolamentare nel *framework*

**1) Nessun potere di veto sui rimedi** (la definizione degli obblighi regolamentari nei mercati nazionali resta di competenza delle ANR)

**2) Ampliamento della sfera di intervento della Commissione**

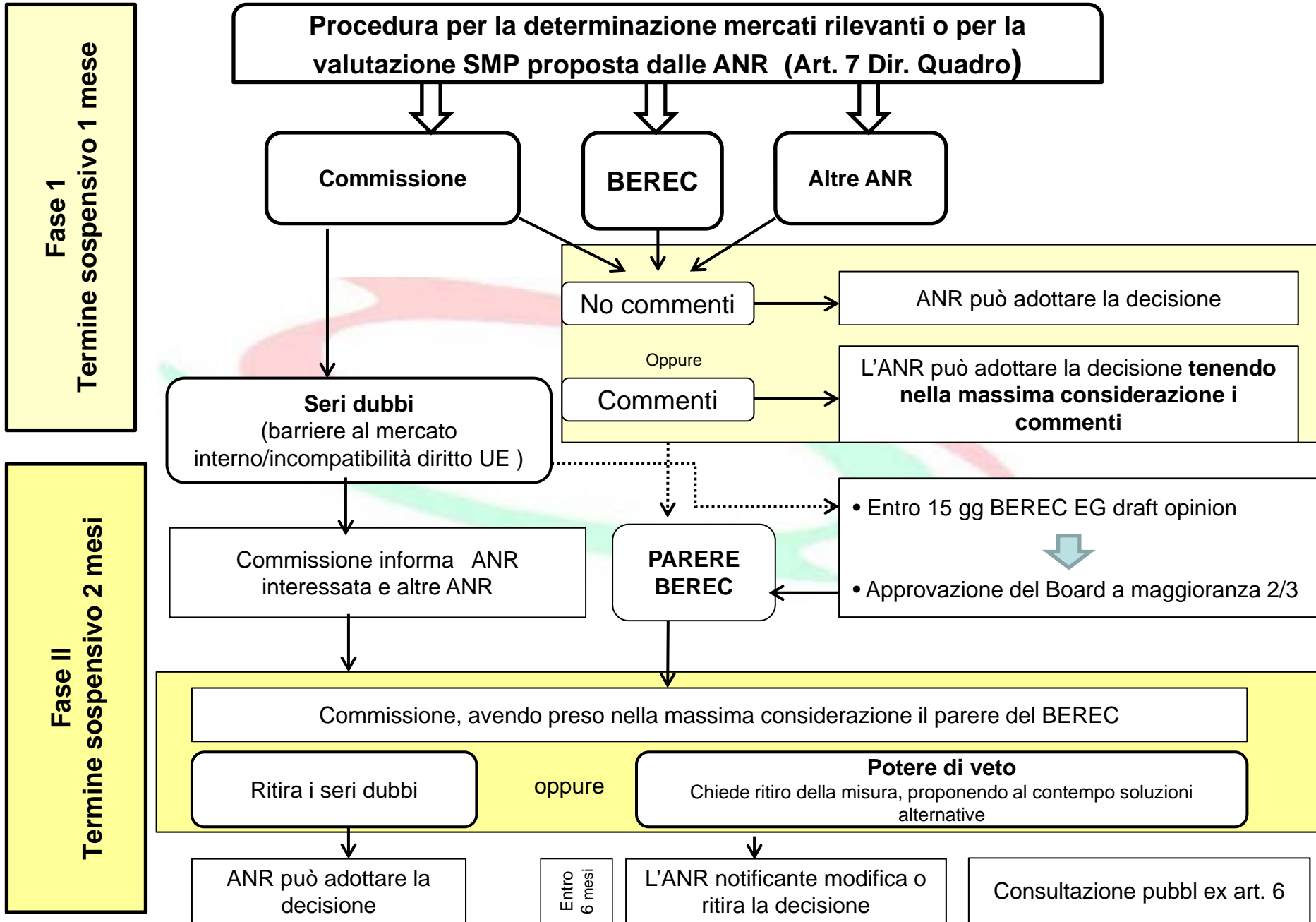
(art. 7a FMKD):

- CE può bloccare l'adozione di una bozza di misura sui rimedi per 3 mesi
- In questo periodo, ANR, BEREC e CE devono cooperare per individuare i rimedi idonei

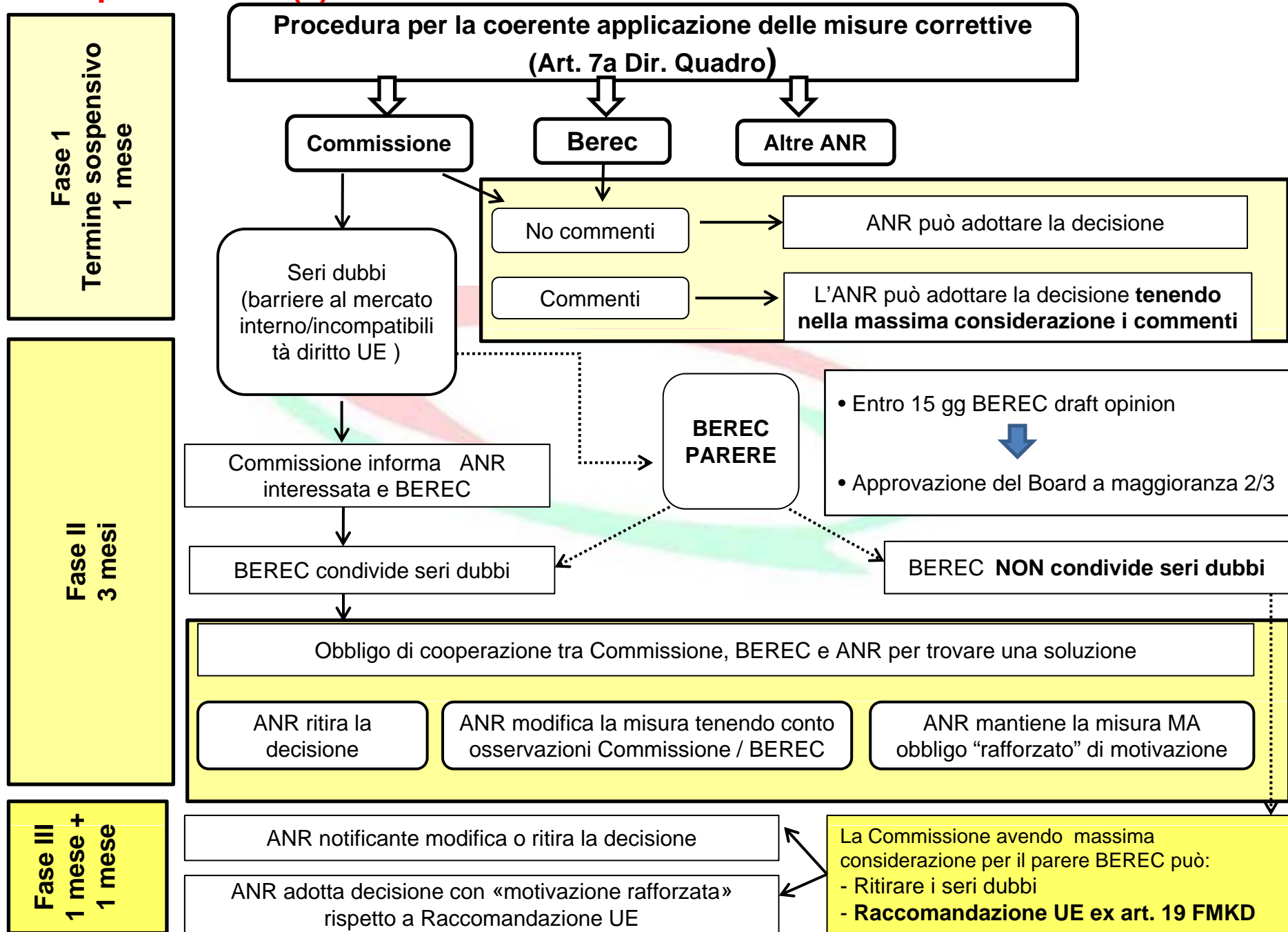
**3) Intervento del BEREC nel processo decisionale (7 e 7a FMKD)**

- Commenti alle notifiche delle ANR in Fase I
- Parere alla CE in casi di Fase II di cui all'art 7 DQ
- Parere in casi di Fase II di cui all'art. 7a DQ
- Cooperazione con l'ANR in casi di Fase III di cui all'art. 7 a DQ

# Europeizzazione (1)



## Europeizzazione (2)



# Procedimenti composti e tutela giurisdizionale nel settore c.e.

## **Fase 1 - Lettera di commenti ( o non commenti)**

Agcom deve tenere nella massima considerazione i commenti.

## **Fase 2 - Lettera di seri dubbi**

Possibili esiti (ritiro, emendamento, conferma della proposta da parte NRA e possibili “repliche” Commissione)

(Tribunale di I Grado, 12 Dicembre 2007, T-109/06, Vodafone España, SA and Vodafone Group plc; 22 February 2008, T-295/06, Base)

- Natura di «atti comunitario preparatori» non suscettibili di un'autonoma e diretta azione di annullamento in quanto non direttamente incidenti sulla posizione giuridica dei singoli.
- Soggetti al controllo del giudice nazionale relativamente all'obbligo di «motivazione rafforzata».

(Tar Lazio, III ter, 14 dicembre 2011, n. 9739 e 29 gennaio 2009, n. 895).

# Caso 1 - Il contenzioso in materia di analisi del mercato della terminazione mobile (1)

## Sentenza TAR Lazio n. 10263/2012

**Fatto:** per conformarsi alle indicazioni nel parere della Commissione, l'Agcom riduce di due anni il termine per il progressivo livellamento delle tariffe di terminazione mobile (*glide path*) per tutti gli operatori di rete mobile, modificando la tempistica di *decalage* inizialmente prevista con lo schema di delibera posto a consultazione pubblica. Allo stesso tempo, riduce il termine derogatorio per H3G per il mantenimento di una tariffa asimmetrica giustificato dall'ineguale dotazione di risorse frequenziali, che dovrebbe venir meno con l'assegnazione di nuove frequenze all'operatore.

Il TAR conferma la legittimità della decisione di Agcom, in quanto conformata al parere della Commissione ma rileva un deficit di motivazione nella parte del provvedimento che prolungava l'asimmetria tariffaria per H3G, in quanto Agcom avrebbe dovuto giustificare la misura in rapporto all'impatto della diversa assegnazione di frequenze sui costi di terminazione, secondo le modalità fissate dal parere della Commissione.

# Caso 1 - Il contenzioso in materia di analisi del mercato della terminazione mobile (2)

Portata del vincolo europeo - TAR Lazio n. 10263/2012

## - Raccomandazione CE 2009 sulle tariffe di terminazione fisse e mobili

Specialità dello strumento, la cui efficacia trova autonoma base giuridica (19 FMKD), che pone all'Autorità un *vincolo di ordine procedimentale*, di tenere in "utmost account" le Raccomandazioni della Commissione, motivando le proprie decisioni qualora decida di non conformarvisi. Parametro di controllo per il giudice nazionale.

## - Lettera con commenti della Commissione

Sussiste un rapporto di preordinazione rispetto al provvedimento finale dell'Autorità che «dà ragione del vincolo, posto all'autorità nazionale, di tenere nel debito conto i rilievi dell'organo comunitario nell'adozione del provvedimento finale.»

# Caso 1 - Il contenzioso in materia di analisi del mercato della terminazione mobile (3)

## Altri aspetti rilevanti nella sentenza TAR Lazio n. 10263/2012

### 1. Rapporto tra consultazione pubblica e “concerto regolamentare”

Con la revisione del 2009, non soltanto si istituzionalizza l'intervento del BEREC ma anche cambia nella direttiva quadro il momento in cui interviene il “concerto regolamentare europeo” rispetto alla partecipazione dei privati (imprese e consumatori) che accedono alla consultazione pubblica.

(i) prima di pubblicare lo schema di delibera l'Autorità dovrebbe valutare se la misura ha un'influenza sugli scambi tra gli Stati membri (potenziale impatto sul mercato intracomunitario nella determinazione ambito di intervento) ;

(ii) L'intervento del BEREC, quale espressione della posizione comune delle ANR, è invocato dagli operatori per controbilanciare / influenzare la Commissione, attenuandone la posizione di supremazia (funge da contrappeso).

### 2. AIR in senso formale e sostanziale

(iii) Sull'assenza dell'AIR, il TAR chiarisce che «trovasi invece inglobata nell'attività istruttoria, i cui risultati sono espressi nella motivazione della delibera n. 621/11»

(iv) Deficit motivazionale, in quanto Agcom non ha esplicitato le modalità e la misura dell'impatto della diversa assegnazione di frequenze sui costi di fornitura dei servizi di terminazione.

# Caso 1 - Il contenzioso in materia di analisi del mercato della terminazione mobile (4)

## Recenti sviluppi

### Ottemperanza TAR Lazio, sez. I, 8 novembre 2013, n. 9528

- (a) Deficit motivazionale non implica deficit istruttorio. Per colmare il deficit motivazionale, l'Autorità poteva far riferimento, ad attività di valutazione precedenti, limitandosi a renderle più evidenti come ha fatto attraverso la delibera 11/13/CONS confermativa del regime di asimmetria tariffaria per H3G e del termine fissato con delibera 621/11/CONS. Non è necessario condurre una nuova consultazione pubblica e una nuova valutazione di impatto dell'assegnazione delle frequenze.
- (b) Sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: legittimità di un controllo forte ed incisivo, orientato ad una piena ed effettiva tutela delle situazioni giuridiche soggettive dedotte in controversia: il G.A. può, con piena cognizione, accertare i fatti considerati nel procedimento amministrativo nonché il processo valutativo. Può riesaminare la valutazione tecnica, i principi economici e concetti giuridici indeterminati. Ma deve limitarsi a valutare il corretto utilizzo di questi strumenti senza sostituirsi alla PA (Cons. St., Sez. III, 28 marzo 2013, n. 1837)

### Consiglio di Stato, sentenza n. 725 del 14 febbraio 2014

- (a) In presenza di una lettera con commenti della Commissione, l'obbligo rafforzato di motivazione implica che l'Autorità ha davanti a sé due strade: modificare il provvedimento secondo le indicazioni della Commissione o esplicitare nella motivazione i «fattori causali» (risultanze istruttorie, accertamenti fattuali) che giustificano il mantenimento di un provvedimento derogatorio. In ogni caso, la decisione finale deve rispettare i principi di proporzionalità e ragionevolezza e non può tradursi in una acritica esecuzione degli indirizzi della Commissione.





## Caso 2 – Lettere di seri dubbi: un nuovo indirizzo interventista della Commissione?

Qualche dato (agosto 2013):

2011- 6 «fasi 2» su 115 notifiche

2012 - 15 «fasi 2» su 129 notifiche

2013 - 14 «fasi 2» su 106 notifiche

Fase 2 nel caso dei mercati dell'interconnessione IP – Seri dubbi della Commissione sulla compatibilità con il diritto UE. Parere BEREC condivide i seri dubbi. Agcom ritira la misura

Fasi 2 e 3 nel caso c.d. «Unbundling 2013» *Procedura 7bis* - Avvio della Fase II con dubbi in relazione ad alcuni aspetti procedurali (trasparenza e prevedibilità) e di merito (in particolare, in tema di costo del capitale riconosciuto a Telecom Italia, il c.d. WACC); al termine della Fase 2, il BEREC ha espresso parere positivo sulle misure dell'Agcom ma la Commissione ha adottato una raccomandazione chiedendo all'Autorità di riconsiderare le proprie decisioni, con particolare riferimento al calcolo del costo del capitale.

# Caso 3 – Raccomandazione della Commissione dell'11 settembre 2013

Applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di calcolo determinazione dei costi per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto per gli investimenti in banda larga

## **Cons. (25) Collegamento tra prezzi dei servizi in rame (ULL) e gli investimenti in fibra (NGAN)**

Metodologia di determinazione dei costi che porti alla definizione di prezzi di accesso il più possibile allineati a quelli attesi in un mercato effettivamente concorrenziale (...) «generare prezzi all'ingrosso di accesso alla rete in rame orientati al costo, che servano da àncora per i servizi NGA e affrontino in modo appropriato e coerente l'impatto della flessione dei volumi causata dal passaggio dal rame alle reti NGA, ovvero evitando un aumento artificiale dei prezzi di accesso al rame che altrimenti si osserverebbe in seguito alla migrazione dei clienti alle reti NGA dell'operatore SMP.»

## **Cons. (41) Indicazione di un valore medio ottimale per i prezzi dei servizi in rame**

«dovrebbe garantire prezzi stabili di accesso al rame e, a livello dell'Unione, canoni medi mensili di accesso completamente disaggregato alla rete locale in rame compresi in una fascia tra 8 e 10 EUR (al netto di tutte le tasse), espressi in prezzi del 2012 (la fascia di prezzo).»

NB: fonti diverse richiamano una media inferiore ( es. Cullen International indica che al 2012 il prezzo medio UE-28 dell'ULL è 7,92 euro.)

# **Istituti di prevenzione e controllo della *regulatory capture* nel settore delle comunicazioni elettroniche**

**Indipendenza dei regolatori nazionali e separazione dalle imprese del mercato**

***Prevalenza della «rule of law amministrativa» nel livello nazionale***

Trasparenza e contraddittorio nei procedimenti delle ANR

Consultazioni pubbliche e AIR

Controllo giurisdizionale

**Meccanismi di controllo istituzionale e inter-istituzionale a livello UE**

Nell'architettura dei procedimenti esaminati, il BEREC svolge la funzione di «contrappeso» all'accresciuto potere di intervento della Commissione.

# Prevenzione e controllo della *regulatory capture* nell'attività del BEREC

Requisiti di indipendenza nel regolamento istitutivo del BEREC  
Regolamento (CE) n. 1211/2009

## **INDIPENDENZA**

**Cons. (6)** “ dovrebbe instaurare la fiducia grazie alla propria indipendenza, alla qualità delle sue consulenze e informazioni, alla trasparenza delle procedure e dei metodi operativi, come pure alla diligenza nell'esecuzione dei suoi compiti.

**Art. 1.3 e 4** “Il BEREC svolge i propri compiti in modo indipendente, imparziale e trasparente”

**Art. 4** “I membri del comitato dei regolatori non sollecitano né accettano alcuna istruzione da alcun governo, dalla Commissione né da alcun soggetto pubblico o privato.”

**Art. 4 e 8 – Indipendenza rafforzata per il Presidente e il Direttore amministrativo:** (da governi nazionali, ANR, Commissione e terzi).

## **AUTONOMIA ORGANIZZATIVA E FINANZIARIA**

**Art. 4** NO personalità giuridica al BEREC ma personalità giuridica e autonomia organizzativa e contabile al *Board of Regulators*

# Prevenzione e controllo della *regulatory capture* nell'attività del BEREC

## TRASPARENZA E *ACCOUNTABILITY* DEL BEREC

**Art. 5 Reg. CE 1211/09** – Adozione decisioni a maggioranza di due terzi dei suoi membri (...) Le decisioni del comitato dei regolatori sono rese pubbliche e menzionano le riserve di un'ANR, su richiesta di quest'ultima.

### **Pareri resi nell'ambito di procedure ex art. 7 e 7a FMKD**

#### **Art. 13 BEREC Rules of Procedure BoR (11) 23**

##### **Nomina dei componenti**

Il Presidente e il Direttore amministrativo scelgono la composizione dei gruppi istruttori per i singoli procedimenti attraverso i "focal point" delle singole ANR. L'ANR notificante non può partecipare. Opacità della procedura.

##### **Trasparenza del procedimento**

La decisione finale è adottata a maggioranza di 2/3 dal Board of Regulators. Obbligo di riservatezza nel corso dell'istruttoria ma pubblicazione sul sito web del parere entro 3 giorni dalla trasmissione alla Commissione UE.

## Conclusioni e problemi aperti

Le procedure ex art. 7 e 7a realizzano un meccanismo di controllo interistituzionale della *regulatory capture*. L'intervento della Commissione e del BEREC limitano la discrezionalità dei regolatori con vincoli conformativi dell'attività istruttoria, la cui effettiva portata è, in ultima istanza, soggetta al vaglio del giudice nazionale ed europeo.

Un confronto tra le pronunce di giudici stranieri (casi irlandese e olandese) mostra come i limiti all'autonomia di giudizio e valutazione delle ANR siano in realtà piuttosto variabili. Si pongono, in ogni caso, problemi di semplificazione amministrativa e sussidiarietà.

Sul piano delle garanzie procedurali, si registra un'asimmetria tra la partecipazione dei privati all'attività istruttoria delle ANR e in quella della Commissione. La consultazione pubblica si svolge soltanto nell'ambito del procedimento nazionale ANR, mentre l'esercizio del potere di veto della Commissione è sottratto al contraddittorio con gli operatori.