



Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione

MIRIAM GIORGIO

L'AIR nell'Autorità Garante nelle Comunicazioni

S 4/2015

dicembre 2014



L'AIR NELL'AUTORITÀ GARANTE NELLE COMUNICAZIONI

Variazioni e integrazioni rispetto alla scheda precedente (marzo 2014)

L'AGCOM continua a svolgere numerose consultazioni pubbliche e a recepire i relativi esiti negli schemi di provvedimenti approvati con delibera del Consiglio notificata alla Commissione europea (si veda la delibera n. 128/2014/CONS).

Sembra intrapreso un percorso di valorizzazione dell'AIR nel processo di regolazione di alcuni mercati caratterizzati dalla necessità di interventi completamente nuovi o significativi sul piano della regolazione tecnica o tariffaria: si vedano la delibera n. 412/2014/CONS e la delibera n. 362/2014/CONS (pr. 5, L'esperienza realizzata).

È rilevante, poi, l'indirizzo dato dall'Autorità in tema di AIR e VIR nell'ambito della Relazione annuale al Parlamento per l'anno 2014 (pr.2.3, Valutazioni comparative e best practices).

Quanto invece al procedimento di Air avviato con delibera del 24 gennaio 2012 n. 42/11/CONS, si devono segnalare ripetute proroghe dei termini di conclusione del procedimento, da ultimo con delibera n. 527/2014/CONS che porterà alla conclusione dell'iter istruttorio a metà gennaio 2015. (pr. 5, L'esperienza realizzata).

Infine, in tema di organizzazione, devono menzionarsi le modifiche al Regolamento sull'organizzazione dell'Autorità: è attribuita al Servizio economico-statistico la competenza ad effettuare la valutazione *ex ante* ed *ex post* dell'impatto dei provvedimenti di regolazione dei mercati.

INDICE

1. Introduzione	7
2. Il contesto internazionale	7
3. Normativa italiana	16
4. Il processo di introduzione dell’AIR	17
5. L’esperienza realizzata	22
6. Altri strumenti di <i>better regulation</i>	29
7. La giurisprudenza sull’AIR nell’AGCOM	31
8. Le prospettive	33

Questo documento è soggetto a licenza Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 2.5.

Citare questo documento come: M. Giorgio, L’AIR nell’Autorità Garante nelle Comunicazioni (AGCOM). Osservatorio sull’Analisi di Impatto della Regolazione, www.osservatorioair.it, dicembre 2014, S 4/2015.

1. Introduzione

A partire dal 2005 la maggior parte delle delibere di analisi e di regolazione dei mercati dell'Autorità garante nelle comunicazioni-AGCOM contiene in allegato un'AIR in forma semplificata.

Tuttavia, L'Autorità applica così le leggi che le impongono di svolgere l'AIR (Si veda il par. 3 Normativa Italiana) orientando le scelte di regolazione verso la maggiore efficienza possibile e consolidando la propria legittimazione di fronte agli operatori e agli utenti dei servizi¹, ma, come si avrà modo di spiegare in seguito, vi sono taluni aspetti dell'analisi di impatto svolte da questa autorità che si confondono con l'analisi dei mercati².

A riprova di ciò, nelle delibere più recenti negli ultimi quattro anni, l'Autorità ha scelto di non collocare più l'AIR in allegato, bensì di inserirla direttamente all'interno del provvedimento di riferimento. In questo modo, da una parte, si crea un ulteriore elemento di complicazione nello studio dell'AIR³, dall'altra, si integra la stessa nel processo di regolazione determinandone così, almeno tendenzialmente, la completa funzionalità⁴.

Si deve precisare però che, nonostante l'assimilazione dell'AIR non sia ancora completa, l'Autorità accorda una particolare importanza nel processo di produzione dei propri atti normativi alla consultazione delle parti interessate (operatori e utenti di servizi), in verità praticata già prima dell'introduzione normativa dell'AIR.

2. Il contesto internazionale

2.1. La normativa UE

In Europa esistono esperienze piuttosto omogenee circa la regolamentazione dei mercati delle

1 A tal proposito si veda anche la delibera n. 92/09/CONS *Identificazione dei mercati dell'accesso alla rete fissa (Mercati 1, 4, e 5) tra quelli individuati dalla Raccomandazione 2007/879/CE* (all.B) che reca la valutazione dell'impatto degli impegni Telecom sui mercati esaminati.

2 Cfr. *ibidem* all. B pr. 4 delibera 92/09/CONS

3 Dell'AIR posta direttamente all'interno dei provvedimenti di regolazione – piuttosto che in un documento allegato – si tende a perdere, infatti, gli esatti confini atteso che i provvedimenti di regolazione effettuano normalmente anche l'analisi dei mercati oggetto di regolazione.

4 Articolare l'AIR direttamente all'interno dei provvedimenti di regolazione significa porre l'analisi di impatto in un rapporto di strettissima consequenzialità rispetto alle scelte di regolazione: ciò, una volta reso fluido tale sistema e acquisito all'uopo un metodo chiaro e razionale, potrebbe rendere l'AIR più utile, efficace e nello stesso tempo più facilmente comprensibile.

comunicazioni, tanto sul modo di fare regole quanto sul loro contenuto. Ciò dipende in buona parte dalle direttive *quadro*⁵ e *servizi universali*⁶, recepite in Italia con il Codice delle Comunicazioni elettroniche: queste direttive non prevedono un'AIR come fattispecie a sé; tuttavia, pongono in relazione l'impatto della regolazione sul mercato di riferimento con l'obbligo di consultazione degli operatori e degli utenti finali. Il che è di notevole importanza in quanto la procedura di consultazione finalizzata alla valutazione dell'impatto regolatorio costituisce una parte fondamentale dell'AIR.

Vi sono poi altre direttive comunitarie relative ai mercati delle comunicazioni, di interesse per le attività di regolazione dell'AGCOM che, non facendo anch'esse espresso riferimento ad un documento AIR vero e proprio, segnalano l'importanza dell'impatto delle regolamentazioni (amministrative e comunitarie) e la necessità di interventi successivi che ne correggano gli effetti distorsivi.

Il riferimento alla necessità di valutare e misurare l'impatto regolatorio è dunque contenuto in diverse disposizioni normative comunitarie.

Per cominciare, la direttiva 96/19/Ce (che modifica la direttiva 90/338/Cee) – per la completa apertura alla concorrenza nei mercati delle telecomunicazioni – attribuisce agli Stati membri la facoltà di prevedere disposizioni speciali per attenuare l'impatto regolatorio (*riequilibrio dei prezzi*)

5 La direttiva quadro 2002/21/CE all'art. 6 (*Meccanismo di consultazione e trasparenza*) stabilisce che debba farsi luogo alle consultazioni quando le misure di regolazione abbiano un impatto rilevante sul mercato di riferimento: *“gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione, quando intendono adottare misure in applicazione della presente direttiva o delle direttive particolari che abbiano un impatto rilevante sul relativo mercato, diano alle parti interessate la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misure entro un termine ragionevole. Le autorità nazionali di regolamentazione rendono pubbliche le procedure che applicano ai fini della consultazione. Gli Stati membri garantiscono la creazione di un unico punto d'informazione attraverso il quale si possa accedere a tutte le consultazioni in corso. Il risultato della procedura di consultazione deve essere reso pubblicamente disponibile attraverso l'autorità di regolamentazione nazionale, salvo nel caso di un'informazione riservata, nel rispetto della legislazione comunitaria e nazionale sulla riservatezza nel campo commerciale”*. Tale disposizione è stata mantenuta inalterata dalla direttiva 2009/140/CE recante modifiche alla direttiva quadro 2002/21/CE.

6 Analogamente alla direttiva quadro, la direttiva servizi universali 2002/22/CE all'art. 33 prevede che *“gli Stati membri provvedono, se del caso, affinché le autorità nazionali di regolamentazione tengano conto del parere degli utenti finali e dei consumatori (inclusi, in particolare, gli utenti disabili), dei fabbricanti e delle imprese che forniscono reti e/o servizi di comunicazione elettronica nelle questioni attinenti ai diritti degli utenti finali e dei consumatori in materia di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, in particolare quando hanno un impatto significativo sul mercato. 2. Se del caso, le parti interessate possono mettere a punto, sotto la direzione delle autorità nazionali di regolamentazione, meccanismi che associno consumatori, gruppi di utenti e fornitori di servizi per migliorare la qualità generale delle prestazioni, fra l'altro elaborando codici di condotta, nonché norme di funzionamento e controllandone l'applicazione”*.

in conseguenza del quale taluni servizi telefonici potrebbero risultare più onerosi nel breve periodo per certi gruppi di abbonati (art.21).

Questa norma ha dato attuazione alla dichiarazione della Commissione (in merito ad una risoluzione del Consiglio sul servizio universale) che auspicava prezzi ragionevoli ed accessibili su tutto il territorio per il primo allacciamento, l'abbonamento, il canone periodico, l'accesso e l'uso del servizio: tanto si stabilisce a garanzia della fruibilità del servizio da parte di una platea di utenti quanto più ampia possibile.

Anche nell'ambito della normativa sulle attività televisive vi è un riferimento all'impatto della regolamentazione (art. 1, direttiva 97/36/Ce), con riferimento agli effetti prodotti dai provvedimenti di regolazione sia a livello comunitario che a livello nazionale.

Nella direttiva 2002/19/Ce sull'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate e all'interconnessione delle medesime (nota come *direttiva accesso*), si prende poi in considerazione l'impatto sull'ambiente derivante dallo sviluppo del mercato delle comunicazioni elettroniche: gli Stati sono chiamati a vigilare su tale impatto e ad intervenire per minimizzarne gli effetti, concordando le misure opportune con le autorità competenti. Le scelte regolatorie, infatti, soprattutto in relazione alle infrastrutture e alla installazione di stazioni emittenti, possono determinare un impatto negativo sul territorio che deve essere valutato e corretto.

Sempre in materia di comunicazioni elettroniche, sebbene in relazione alla tutela della riservatezza, è intervenuta la direttiva 2002/58/Ce (*Trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche*). Essa prevede che la Commissione è tenuta a presentare al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sull'applicazione della direttiva 2002/58/Ce, per chiarirne l'impatto sugli operatori economici e sui consumatori, in particolare per quanto riguarda le disposizioni sulle comunicazioni indesiderate, tenendo conto dell'ambiente internazionale. Evidentemente, gli Stati membri sono chiamati a fornire alla Commissione le informazioni necessarie attraverso le competenti autorità nazionali di regolazione, tenute, a loro volta, ad effettuare le AIR.

Vi è poi un'interessante disposizione sull'impatto della regolamentazione nella direttiva-quadro 2002/21 sulle reti e sui servizi di comunicazione elettronica (art. 6) con cui si garantisce il contraddittorio tra l'autorità nazionale deputata alla regolamentazione dei mercati e le parti interessate, in particolare per l'adozione di misure che abbiano un impatto rilevante sul mercato: i soggetti interessati (ad esempio, gli operatori telefonici) hanno facoltà di presentare le loro osservazioni entro un termine ragionevole stabilito dall'autorità nazionale. Si noti che le autorità nazionali di regolamentazione devono rendere pubbliche le procedure di consultazione e garantire

la creazione di un unico punto d'informazione attraverso il quale si possa accedere a tutte le consultazioni in corso. È importante, inoltre, che anche il risultato della procedura di consultazione sia reso pubblico, salvi i casi di informazioni riservate, nel rispetto della legislazione europea e nazionale sulla riservatezza commerciale⁷.

In materia di concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi, il considerando 12 della direttiva 2002/77/Ce ha precisato inoltre cosa si debba intendere per minimizzazione della distorsione del mercato a fronte di un significativo impatto nella regolamentazione dei costi: i contributi devono essere riscossi secondo modalità che attenuino l'impatto dell'onere finanziario sugli utenti finali, per esempio ripartendo i contributi nel modo più ampio possibile.

Sulla stessa linea, anche per ciò che concerne i diritti degli utenti, la direttiva 2002/22 (nota come direttiva *servizio universale*, modificata dalla direttiva 2009/136/CE) al considerando 23 ha stabilito che, se il costo netto degli obblighi di servizio universale può essere ripartito fra tutte le imprese o tra alcune categorie specifiche delle stesse, gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché il meccanismo di ripartizione rispetti i principi della trasparenza, della minima distorsione del mercato, della non discriminazione e della proporzionalità.

Anche l'impatto della portabilità del numero può avere effetti distorsivi sicché la direttiva *servizio universale* (considerando 41) impone la massima trasparenza tariffaria, tanto in favore degli utenti finali che trasferiscono i loro numeri quanto per gli utenti finali che effettuano chiamate a persone che hanno operato tale trasferimento.

Infine, la normativa europea è intervenuta nuovamente sulle consultazioni pubbliche stabilendo che gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione tengano conto del parere degli utenti finali e dei consumatori (in particolare di quelli disabili), dei fabbricanti e

⁷ Anche nel considerando della direttiva 2009/140/CE, recante modifiche alla direttiva 2002/21/CE, si torna spesso sul tema della valutazione dell'impatto regolatorio rispetto a diverse sfere di incidenza. Ad esempio, al considerando 69 si legge: "Tenuto conto del suo impatto restrittivo sul libero accesso alle frequenze radio, è opportuno limitare nel tempo la validità di un diritto d'uso individuale che non possa essere scambiato. Ove i diritti d'uso contengano disposizioni per il rinnovo della loro validità, è opportuno che le autorità nazionali competenti effettuino innanzi tutto un riesame, che comprenda una consultazione pubblica, tenendo conto del progresso tecnologico e degli sviluppi del mercato e della copertura". Così più avanti, all'art. 6: "Gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione, quando intendono adottare misure in applicazione della presente direttiva o delle direttive particolari o quando intendono imporre limitazioni conformemente all'articolo 9, paragrafi 3 e 4, che abbiano un impatto rilevante sul relativo mercato, diano alle parti interessate la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misura entro un termine ragionevole".

delle imprese che forniscono reti e/o servizi di comunicazione elettronica nelle questioni attinenti ai diritti degli utenti finali e dei consumatori. Ciò, in particolare, quando le misure regolatorie abbiano un impatto significativo sul mercato.

2.2. Il ruolo della Commissione europea

L'Unione Europea ha promosso l'introduzione dell'AIR anche attraverso l'adozione di alcune raccomandazioni della Commissione Europea volte a delineare il quadro *generale* delle analisi di mercato. Esse sono precisamente la raccomandazione dell'11 febbraio 2003 2002/21/Ce; la raccomandazione del 9 luglio 2002 (Analisi mercato e valutazione SMP) e, infine, la raccomandazione del 23 luglio 2003 (notificazioni, termini, consultazioni di cui all'art. 7 direttiva quadro 2002/21/Ce, modificata dalla direttiva 2009/140/Ce)⁸. Occorre precisare, tuttavia, che questi atti non parlano di AIR. All'opposto, essi considerano l'impatto della regolazione in modo indiretto, senza però stabilire se e come lo stesso si deve misurare⁹.

L'Autorità è, come noto, chiamata ad attuare le raccomandazioni comunitarie sugli schemi di regolamentazione e sulle relative AIR: una volta trasmesso il documento alla Commissione Europea, questa può con raccomandazioni porre veti rispettivamente sulle definizioni di mercato ovvero sull'individuazione del significativo potere di mercato (SMP).

Invece, sulle norme di regolamentazione, sui rimedi e sulle AIR, la Commissione Europea può solo esprimere commenti¹⁰, nella realtà spesso molto severi, e l'Autorità deve tenerne conto.

⁸ Merita segnalazione, ancorché non concernente direttamente l'AIR, la Raccomandazione della Commissione europea 2007/879/CE del 17 dicembre 2007 che sostituisce la raccomandazione 2003/311/CE occupandosi di *mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica*. In particolare, il considerando 2 precisa che lo scopo della raccomandazione è individuare i mercati di prodotti e servizi in cui sia giustificabile una regolamentazione *ex ante*, conformemente all'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/21/CE, ricordando che: a) l'obiettivo di qualsiasi intervento regolatorio *ex ante* è apportare vantaggi agli utenti finali rendendo i mercati al dettaglio concorrenziali in modo sostenibile; b) la definizione dei mercati rilevanti può variare e varia effettivamente nel corso del tempo via via che le caratteristiche dei prodotti e dei servizi si evolvono e cambiano le possibilità di sostituzione sul lato della domanda e dell'offerta.

⁹ Si ricordi anche la Raccomandazione 2009/369/CE del 7 maggio 2009 sulla regolamentazione delle tariffe di terminazione su reti fisse e mobili nell'UE.

¹⁰ Anche altre Autorità europee possono intervenire per esprimere pareri sull'impatto della regolazione. A tal proposito si segnala il parere del 7 ottobre 2011 dell'autorità europea di vigilanza sulla privacy (EDPS) in relazione alla Comunicazione della Commissione del 19 aprile 2011. Le questioni affrontate nel documento riguardano le tecniche di gestione del traffico da parte dei provider che potrebbero violare le norme europee

Normalmente gli schemi di provvedimento aventi ad oggetto le misure di regolazione vengono notificate alla Commissione europea affinché esprima il proprio parere di cui l'Autorità deve tenere conto: la trasmissione alla Commissione europea avviene attraverso la cosiddetta "notifica breve" prevista dalla Raccomandazione 2008/850/CE tra gli obblighi regolamentari recepiti e definiti con Delibera n. 1/12/CONS¹¹.

Si ricordi la raccomandazione n. 396/2009/CE del 7 maggio 2009 in merito alla regolamentazione delle tariffe di terminazione su reti fisse e mobili. Con essa la Commissione europea ha fornito importanti indicazioni circa l'obiettivo della determinazione di tariffe simmetriche, puntualizzando, in sintonia con l'Erg, che le asimmetrie sono possibili quando necessarie e devono sempre essere giustificate dall'Autorità di regolazione.

Infine, si deve ricordare la raccomandazione dell'11 dicembre 2013 n. 8862 – C (2013) in materia

sulla riservatezza delle comunicazioni, giustificando eventualmente l'adozione di linee guida sul rapporto tra *net neutrality* e protezione dei dati personali. Il parere segnala, in particolare, il potenziale impatto negativo di alcune tecniche di gestione delle reti sui diritti fondamentali alla privacy e alla riservatezza dei dati personali, che trovano un fondamento costituzionale sia nelle norme del diritto europeo, sia nazionali. Sulla base dell'analisi svolta, il documento indica altresì l'esigenza di promuovere un più ampio dibattito su questi temi, che investono il bilanciamento tra diritti fondamentali, e l'adozione di linee guida per gli Stati membri, in relazione a due aspetti in particolare: a) criteri e condizioni in virtù dei quali le pratiche di ispezione dei pacchetti possano ritenersi legittime; b) individuazione dei casi in cui è necessario acquisire il consenso degli interessati, per esempio quando l'attività di monitoraggio riguarda il traffico *peer-to-peer*. Sulla base di questa iniziativa, l'EDPS prospetta un'attività di approfondimento circa l'adozione di norme vincolanti, idonee ad apprestare strumenti di tutela più efficaci e maggiori garanzie di certezza del diritto: si segnala l'esigenza di individuare in maniera precisa le conseguenze giuridiche del principio di neutralità della rete e, allo stesso tempo, le misure idonee ad assicurare una reale possibilità di scelta degli utenti, per esempio attraverso una maggiore trasparenza sul ricorso a tecniche di monitoraggio delle comunicazioni da parte degli ISP.

11 In tema di servizio end to end relativo all'accesso al NGAN, l'Autorità in data 17 settembre 2014 ha notificato alla Commissione europea lo schema di provvedimento per l'approvazione dell'offerta di riferimento di Telecom Italia per l'anno 2013. La Commissione europea in data 16 ottobre ha formulato le proprie osservazioni consentendo all'Autorità di procedere all'approvazione definitiva: si veda la Delibera n. 128/2014/CIR del 28 novembre 2014 recante Approvazione dell'offerta di riferimento di Telecom Italia S.p.A. per l'anno 2013 relativa al servizio di accesso NGAN end to end (mercato 4) che recepisce l'esito del procedimento istruttorio, comprese le consultazioni pubbliche di cui alla Delibera n. 35/2013/CIR "Consultazione pubblica concernente l'approvazione dell'offerta di riferimento di Telecom Italia per l'anno 2013 relativa al servizio di accesso NGAN end to end (mercato 4) - 23 maggio 2013. Infine, si deve ricordare che è stata prevista una modalità di trasmissione obbligatoria dei documenti di analisi alla Commissione Europea. Infatti, secondo quanto stabilito dal Codice delle Comunicazioni elettroniche in attuazione delle Direttive europee, lo schema del documento (corredato della scheda AIR) viene trasmesso alla Commissione Europea attraverso l'inserimento in un sito web (<http://circa.europa.eu/Public/ire/infso/ecctf/home>, dove CIRCA è acronimo di *Communication and Resource Center Administrator*). In altri termini, le autorità di regolazione nazionali inseriscono il documento corredato di AIR nel sito in questione e a seguito di tutti gli inserimenti si determina un vero e proprio network tra le autorità europee competenti nella regolazione dei mercati delle comunicazioni.

di obbligo di controllo dei prezzi nei mercati dell'accesso all'ingrosso. La Commissione europea, nel recepire altresì il parere del BEREC, si esprime in modo sfavorevole rispetto all'operato dell'Autorità. Più precisamente, nel rimandare all'articolo 8, paragrafo 4 e all'articolo 13, paragrafi 1 e 2, Direttiva accesso, la Commissione ricorda che le autorità nazionali di regolamentazione devono, tra gli altri adempimenti, imporre misure correttive che si basino sulla natura del problema evidenziato ed essere proporzionate e giustificate alla luce degli obiettivi di alla direttiva quadro. Pur riconoscendo alle autorità nazionali di regolamentazione una certa discrezionalità nell'aggiornare e modificare le misure correttive dei canoni di accesso, la Commissione sottolinea che qualsiasi metodologia deve essere debitamente giustificata, onde dimostrarne la compatibilità con gli obiettivi politici e con i principi regolamentari del quadro normativo. In altri termini la Commissione si è mostrata preoccupata dall'arbitrarietà nell'approccio adottato dall'Autorità per fissare i prezzi nei mercati di riferimento.

Merita di essere ricordata, infine, la recente Raccomandazione della Commissione del 9 ottobre 2014 relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione *ex ante* ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica.

2.3. Valutazioni comparative e best practices

Oltre al CIRCA, che favorisce il confronto tra le autorità europee sull'adozione dell'AIR e, prima ancora, sulle scelte di regolazione, l'Autorità partecipa al gruppo dei *regolatori europei*.

Il gruppo produce annualmente un documento sullo stato della regolazione nelle comunicazioni ad esito di studi comparativi e di confronti delle diverse esperienze nazionali (lo si può leggere nel sito web www.erg.eu.it)¹².

Il gruppo ERG ha assunto di recente la denominazione di BEREC (*Body of European Regulators for Electronic Communications*), istituito con Regolamento CE n. 1211/2010¹³. Esso affronta

12 L'IRG/ERG Work Program 2009 (*Adjusting regulation to a changing market environment and preparing for legal and institutional change*) contiene alcuni riferimenti importanti alle attività di *benchmarking* e all'impatto della regolazione.

13 Il regolamento CE n.1211/2010 modifica le direttive relative alle comunicazioni elettroniche. Esso istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) e il suo ufficio. L'obiettivo principale di questo nuovo organismo è rafforzare la cooperazione tra le autorità nazionali di regolamentazione (ANR) come pure il mercato interno delle reti e delle comunicazioni elettroniche. Attraverso l'istituzione del

soprattutto questioni inerenti alla regolamentazione dei prezzi ai fini della individuazione delle *best practices*. Pur non risultando ancora prodotti da parte del BEREC documenti sulle AIR, la comparazione delle scelte di regolamentazione e l'analisi del relativo impatto diventano un importante riferimento ai fini della redazione dell'AIR.

Un significativo richiamo alle *best practices* internazionali si trova già nella Relazione 2007 dell'Autorità italiana al Parlamento in tema di NGAN (Next Generation Network)¹⁴.

Interessante anche il resoconto contenuto nella Relazione al Parlamento del 2010 dove si rimarca che l'Autorità, nell'anno precedente, ha confermato e potenziato l'intensità del proprio impegno nel contesto internazionale nei settori delle comunicazioni elettroniche e dell'audiovisivo in linea con il ruolo chiave da sempre riconosciuto al contesto internazionale e agli impegni e alle attività ad esso connessi; e ciò tanto alla luce dei vincoli istituzionali derivanti dal quadro legislativo comunitario

BEREC è stato individuato un modello istituzionale innovativo, radicalmente diverso rispetto all'originaria proposta della Commissione (basata sul tradizionale modello dell'agenzia U.E.) e caratterizzato da due livelli istituzionali: il primo livello è costituito dal BEREC, organismo privo di personalità giuridica, costituito, nel suo organo decisionale (il Comitato dei regolatori), dai vertici delle 27 autorità nazionali di settore e titolare delle responsabilità istituzionali previste dal nuovo quadro in tema di cooperazione regolamentare (su tutte, la partecipazione al nuovo processo regolamentare disegnato dagli articoli 7 e 7a) della direttiva Quadro). Il secondo livello organizzativo è invece rappresentato da un Ufficio di supporto, ente di diritto comunitario guidato da un direttore amministrativo, in base alle indicazioni fornite dal BEREC stesso. Tale Ufficio garantisce l'operatività quotidiana dell'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche. Il nuovo disegno istituzionale mira a preservare le peculiarità del modello bottom-up (alla base della positiva esperienza dell'ERG), fondando l'intero processo regolamentare sull'expertise dei regolatori e assicurando, secondo le richieste dei co-legislatori comunitari, il pieno rispetto del principio di sussidiarietà nella regolamentazione di settore.

14 Tali interventi concernono altresì la regolamentazione del naturale monopolio Telecom Italia nella telefonia fissa. L'Autorità ha evidenziato che la necessità di evolvere verso le NGAN investe tutti gli operatori di rete fissa, in tutti i paesi europei (e non solo), in ragione dell'esigenza di un mutamento dei modelli di business connessi ai processi di integrazione tra reti e servizi fissi e mobili, come pure tra telecomunicazioni e mercato audiovisivo. Il passaggio alle reti di nuova generazione ha posto e pone per il futuro ulteriori interrogativi sul percorso evolutivo del processo regolamentare nonché sul relativo impatto. Nella telefonia fissa, infatti, gli altri operatori di mercato, a differenza di quanto avviene nel mercato della rete mobile, non godono di indipendenza infrastrutturale, il che determina una forte asimmetria nel mercato della rete fissa ed un problema di legacy, come sostiene l'Autorità. Questa di conseguenza ha avviato, con delibera n. 208/07/CONS del 2 maggio 2007, una consultazione pubblica in merito agli aspetti regolamentari relativi all'assetto della rete di accesso fissa di Telecom Italia e alle prospettive delle reti di nuova generazione a larga banda. In particolare, è stata compiuta una valutazione strategica delle opzioni regolamentari e del loro impatto relativamente alla dinamica evolutiva della rete pubblica fissa di telecomunicazioni, sia con riferimento alla infrastruttura in rame, sia con riguardo alle reti di nuova generazione (in fibra ottica o miste, fibra + rame). Tutto questo ha indotto l'Autorità ad avviare una riflessione a tutto campo sulla strategia regolamentare più efficace per garantire una effettiva e stabile competizione nei mercati della rete fissa, prima delle nuove analisi di mercato per ridefinire o confermare gli obblighi regolamentari vigenti in capo all'operatore dotato di significativo potere di mercato. Cfr. Relazione AgCom al Parlamento 2007, Parte II Gli interventi dell'Autorità, p. 103.

di settore, quanto nell'ambito delle iniziative di coordinamento regolamentare. La Relazione dove si riferisce, infatti, le delle numerose esperienze di confronto e di riflessione sulle best practices in seno all'ERG, e quindi al BEREC, con la finalità di elaborare e promuovere l'armonizzazione della regolamentazione europea di settore di cui l'Air deve ormai essere considerata parte integrante¹⁵.

Anche nella Relazione 2012 al Parlamento, si ribadisce l'uso dell'Air nell'ambito delle misure regolatorie rivolte alle reti di nuova generazione che non possono “vivere” isolate all'interno del contesto nazionale ma devono essere inter-operative. Pertanto, anche le prassi di regolamentazione – a maggior ragione in questo settore – devono convergere. Così, l'attività dei policy makers deve essere intesa all'interno di un contesto internazionale, perlomeno europeo, dove la regolazione delle reti di nuova generazione è uno degli interventi di disciplina dei mercati di maggiore evidenza e risonanza – anche nel dibattito scientifico – negli ultimi anni¹⁶.

Nella Relazione 2013 al Parlamento, l'Autorità, nel paragrafo dedicato alle prospettive regolamentari, spiega che la complessità delle tematiche su cui è chiamata a confrontarsi appare bilanciata, da un punto di vista strettamente procedimentale, dal corretto ed efficace esercizio dell'attività regolamentare. Nella prospettiva futura l'Autorità ritiene essenziale il supporto offerto alla regolamentazione dall'analisi di impatto della regolamentazione “il cui scopo è quello di fornire una valutazione dei costi e dei benefici delle diverse opzioni regolative, individuando l'opzione che comporti il maggior beneficio netto per la comunità, in coerenza con le disposizioni normative interne e di derivazione europea”¹⁷.

Da ultimo, nella Relazione del 2014 al Parlamento, l'Autorità ha manifestato il proposito di sviluppare e applicare, rendendola più puntuale, la metodologia AIR e VIR nei procedimenti che incidono maggiormente sul mercato tenendo conto degli obiettivi istituzionali dettagliatamente elencati e descritti¹⁸. Appare molto interessante, per quanto breve, il riferimento all'Air nell'ultimo

15 Ad esempio nell'ambito di queste attività, l'Autorità presiede il gruppo per la politica dello spettro radio (RSPG *Radio Spectrum Policy Group*) da novembre 2010 a novembre 2011.

16 Relazione AGCOM al Parlamento per l'anno 2012 p. 30 e passim.

17 “D'altro canto, l'azione dell'Autorità si ispira ai principi e agli istituti della partecipazione al procedimento amministrativo, al fine di coinvolgere il più ampio numero di stakeholder, e dunque rappresentare la pluralità degli interessi di volta in volta coinvolti, in coerenza con i principi della celerità, trasparenza e collegialità della decisione amministrativa”: Relazione al Parlamento 2013, pr. 1.7 - Prospettive regolamentari, p. 83.

18 Relazione AGCOM al Parlamento per l'anno 2014, “I programmi di lavoro e la pianificazione strategica”, G) Rendere più efficiente, efficace e trasparente l'azione amministrativa, p. 412 e ss.

rapporto al Parlamento in quanto fornisce un indirizzo piuttosto determinato, ossia quello di ridurre la effettuazione di una vera e propria AIR ai procedimenti maggiormente rilevanti sul mercato.

3. Normativa italiana

L'Autorità garante nelle Comunicazioni è tenuta all'adozione dell'AIR ai sensi dell'art. 13 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 (meglio noto come Codice delle comunicazioni elettroniche), commi 8 e 9: "l'autorità si dota, conformemente alle indicazioni recate dalla direttiva del presidente del consiglio dei ministri del 27 marzo 2000, attuativa della legge 8 marzo 1999 n. 50, di forme o metodi di analisi di impatto della regolamentazione. Ogni atto di regolamentazione dell'autorità deve recare l'analisi di cui al comma 8 ed essere conseguentemente motivato".

Di poco precedente, la legge 29 luglio 2003 n. 229 (recante *Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e semplificazione*), all'art. 12, ha previsto tale obbligo per le autorità indipendenti dotate, tra gli altri, di poteri di regolazione¹⁹.

Tuttavia, già prima del 2003 (come la norma citata ricorda), sono stati adottati atti di indirizzo in materia di AIR dal Governo e ad essi l'Autorità, specie nelle prime AIR, e la disposizione di legge fanno riferimento²⁰.

Infine, nel quadro delle regole che l'Autorità è chiamata a rispettare per la redazione dell'AIR si deve ricordare anche l'intesa istituzionale, assunta come *accordo di collaborazione*, con l'Autorità Antitrust sulle consultazioni e sulla regolamentazione dell'accesso ai mercati delle comunicazioni. Tale accordo è vigente dal 27 gennaio 2004, in attuazione degli artt. 8, 14 e 19 del Codice delle Comunicazioni²¹.

19 A differenza della previsione del Codice delle Comunicazioni, l'art. 12 della legge 229/2003 stabilisce i limiti di applicazione dell'obbligo AIR con riferimento al relativo oggetto: le Autorità indipendenti sono tenute ad effettuare l'AIR, oltre che per gli atti di regolazione: a) per tutti gli atti di programmazione, pianificazione e dal contenuto generale; b) per i contratti stipulati mediante moduli o formulari o contenenti clausole o condizioni contrattuali normativamente previste o dal contenuto generale. Sempre l'art. 12 della legge 229/2003 esclude dall'obbligo AIR le segnalazioni e gli altri atti consultivi, come pure i procedimenti in materia di concorrenza (comma 4). Infine, la stessa norma stabilisce (comma 2) che le AI tenute ad effettuare l'AIR trasmettano al Parlamento una relazione concernente l'AIR stessa.

20 Si tratta prima di tutto della direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2001, recante l'analisi tecnico-normativa e l'analisi di impatto della regolamentazione, poi della direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 21 settembre 2001 che si è invece occupata della sperimentazione dell'analisi di impatto della regolamentazione su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni.

21 Tale accordo tra AGCOM e Agcm prevede innanzitutto che le autorità cooperino nelle procedure di

Non risulta invece che l'Autorità abbia adottato regolamenti, atti di *soft law* o manuali operativi riguardanti nello specifico le regole per l'effettuazione dell'AIR.

4. Il processo di introduzione dell'AIR

L'introduzione dell'AIR segue la norma del Codice delle Comunicazioni che ne impone lo svolgimento nell'ambito del procedimento per l'adozione dei provvedimenti di regolazione dei mercati²².

La responsabilità dell'effettuazione dell'AIR spetta all'organo deliberativo, ossia al Consiglio dell'Autorità.

Le delibere contenenti l'AIR sono provvedimenti di regolazione che, come tali, costituiscono l'attività ordinaria dell'AGCOM. Nella maggior parte di queste delibere, l'AIR è presente come allegato: l'impatto della regolazione è esaminato secondo alcune *voci* (o parametri) di riferimento. In altri casi, l'analisi di impatto della regolazione viene effettuata contestualmente all'analisi dei mercati o del singolo mercato oggetto del provvedimento di regolazione.

Nell'organizzazione amministrativa dell'AGCOM è il Servizio economico-statistico ad effettuare l'AIR – e anche la VIR – secondo il nuovo art. 19 bis introdotto con le modifiche al Regolamento sull'organizzazione dell'Autorità di cui alla Delibera n. 569/2014/CONS del 28 novembre 2014²³.

Come anticipato, nell'analisi di impatto regolatorio le consultazioni degli operatori di mercato e degli utenti rivestono un ruolo molto importante per l'elaborazione del documento di analisi del

consultazione ed analisi dei mercati (art.1). A questo scopo, dopo la consultazione delle parti interessate, l'AGCOM trasmette all'Agcm il progetto di misura per determinare se imporre, mantenere, modificare o revocare obblighi a carico degli operatori, sulla base dell'analisi dei mercati. L'Agcm rende parere (obbligatorio, non vincolante) entro 45 gg. dalla ricezione della richiesta. È poi possibile un'ulteriore richiesta di informazione dall'Agcm all'AGCOM, ma è consentita una sola interruzione del termine. Inoltre, AGCOM e Agcm possono scambiarsi informazioni, anche confidenziali, relative agli operatori (art.4). La richiesta di informazioni potrebbe rendersi necessaria per l'applicazione delle disposizioni regolamentari sulle comunicazioni elettroniche. Nel rispetto dell'informazione condivisa, l'autorità ricevente deve assicurare lo stesso livello di confidenzialità assicurato dall'autorità originariamente in possesso dell'informazione.

22 Peraltro, gli ultimi interventi legislativi mettono in evidenza la connessione tra AIR e riduzione degli oneri amministrativi come sottolineato nella Relazione AGCOM 2012 al Parlamento, p. 185 dove si richiama l'art. 3 del d.l. 9 febbraio 2012 n. 5 cd "decreto semplificazioni".

23 L'art. 19 bis del nuovo Regolamento sull'organizzazione dell'AGCOM – approvato con Delibera n. 569/2014/CONS del 28 novembre 2014 – stabilisce che tra le competenze del Servizio Economico Statistico vi è quella di effettuare la valutazione *ex ante* ed *ex post* dell'impatto regolatorio.

quale l'AIR è – quasi sempre – nient'altro che un'appendice di sintesi, adottata in forma semplificata²⁴.

Per quanto concerne l'adozione delle prime AIR, quelle adottate in forma "semplificata", occorre effettuare un approfondimento ulteriore, per comprendere meglio attraverso quali passaggi si è giunti alla scelta di tale forma di AIR.

Per quanto riguarda le consultazioni, esse rappresentano un presupposto di fatto (oltre che tecnico) rispetto al documento contenente l'AIR. Tuttavia, l'Autorità spiega che non ci sono particolari differenze nello svolgimento delle consultazioni rispetto a quanto accadeva precedentemente all'adozione delle AIR²⁵.

Le consultazioni si svolgono attraverso il seguente procedimento:

1. L'Autorità predispose uno schema di documento composto dall'analisi mercato²⁶, dalle opzioni di regolamentazione e, talvolta, da un documento AIR in appendice²⁷.
2. Lo schema è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale con avviso di consultazione pubblica (c.d.

24 Le delibere che avviano procedimenti di consultazione ovvero procedimenti istruttori di analisi e regolazione dei mercati contengono allegati recanti "modalità di consultazione": si veda, da ultimo, l'allegato B "Modalità di consultazione" della Delibera n. 485/2014/CONS del 23 settembre 2014 recante Consultazione pubblica concernente il regolamento in materia di titoli abilitativi nel settore postale.

25 Cfr. *infra* note 37 e 39

26 L'analisi del mercato implica, solitamente, una lunga e complessa istruttoria. Infatti, la delibera recante l'analisi del mercato o dei mercati di riferimento costituisce l'esito di una fase istruttoria che si può articolare in altre e ulteriori delibere finalizzate per acquisire tutti gli elementi utili o per scandire lo svolgimento dell'istruttoria. Si vedano, per esempio, la delibera n. 251/09/CONS recante *Indagine conoscitiva riguardante le condizioni di mercato e concorrenziali attuali e prospettive dei servizi SMS (Short Message Service), MMS (Multimedia Messaging Service) e dei servizi dati in mobilità (SDM)* e delibera n. 296/09/CONS che stabilisce *Proroga dei termini del procedimento istruttorio avviato con delibera n. 184/08/CONS recante identificazione e analisi del mercato della fornitura all'ingrosso di segmenti terminali di linee affittate, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata per fornire la capacità affittata o riservata.* (mercato n. 6 della raccomandazione della Commissione europea n. 2007/879/ce) e mercato della fornitura all'ingrosso di segmenti di linee affittate su circuiti interurbani (mercato 14 della raccomandazione della Commissione europea n. 2003/311/ce).

27 Si vedano gli allegati B alle delibere n. 602/2010 "Definizione dei prezzi per l'anno 2011 dei servizi di raccolta e transito distrettuale offerti da Telecom Italia e del servizio di terminazione su rete fissa offerto da tutti gli operatori notificati", n.509/2010 "Definizione di un modello di costo relativo al servizio di terminazione vocale su rete mobile ai sensi dell'art. 14 della delibera 667/08/CONS" e n. 2/2011 "Linee guida in materia di contabilità regolatoria e contratti di servizio". Nello schema di provvedimento, tuttavia, l'AIR non è sempre presente come documento a sé né si può dire che sia sempre effettuata in modo completo (a volte si analizza l'impatto della regolamentazione limitatamente ad alcuni aspetti ritenuti). L'AIR risulta, soprattutto da ultimo, quale parte dello schema di provvedimento o del provvedimento vero e proprio così come si verifica nella delibera n. 92/09/CONS che reca nell'allegato B "Schema del provvedimento" il cui paragrafo 4 è intitolato Gli impegni Telecom e il loro impatto sui mercati esaminati.

delibera di consultazione)²⁸ di tutti gli operatori interessati. L'avviso prevede che i soggetti interessati trasmettano contributi e osservazioni ovvero che si presentino presso l'Autorità per esporre le proprie osservazioni e per un confronto diretto. Il termine all'uopo assegnato è di trenta giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

3. Decorsi trenta giorni, l'Autorità esamina i contributi pervenuti e decide se tenerne conto, modificando lo schema del documento, ovvero di ignorarli. È evidente che in questo secondo caso deve motivare adeguatamente le ragioni per cui i contributi dei soggetti consultati non saranno causa di modifiche delle scelte regolatorie.
4. In seguito, il documento di analisi "si consolida" recependo gli esiti delle consultazioni e rispondendo alle richieste e alle osservazioni delle parti interessate, intervenute appunto nella fase delle consultazioni.
5. Si acquisisce quindi il parere dell'Autorità Antitrust (obbligatorio ai sensi dell'art. 1 co. 6° legge 249/02 e dell'accordo di collaborazione sopra citato).
6. Il documento di analisi, completo del parere dell'Autorità garante nella Concorrenza, viene trasmesso alla Commissione Europea attraverso l'inserimento nel sito CIRCA di cui si è già detto.

Le AIR, così come i provvedimenti di regolazione cui sono allegati, vengono elaborate da ciascuna delle unità interne competenti per materia.

Gli utenti, attraverso le associazioni rappresentative, vengono coinvolti nel procedimento di adozione AIR attraverso le consultazioni pubbliche: il che accade con una buona frequenza. Basti pensare che dal 1997 al 2009 l'AGCOM ha prodotto ben 109 consultazioni pubbliche, seconda solo all'AEEGSI, che ne ha prodotte 299, e seguita dalla CONSOB che ne ha prodotte 97²⁹. Dal 2010 al 2013 si contano 87 consultazioni pubbliche³⁰.

²⁸ Da ultimo, si vedano le delibere n. 7/2013/CONS, n. 21/2013/CONS, n. 35/2013/CONS, n. 36/2013/CONS, n. 221/2013/CONS, n. 238/2013/CONS, n. 239/2013/CONS, n. 356/2013/CONS, n. 366/2013/CONS, n. 382/2013/CONS, n. 384/2013/CONS, n. 429/2013/CONS, n. 7272/2013/CONS; n. 260/2014/CONS; n. 410/2014/CONS; n. 559/2014/CONS.

²⁹ Si veda p. 10 e nota n. 11 sulla Delibera n. 128/2014/CIR del 28 novembre 2014 recante Approvazione dell'offerta di riferimento di Telecom Italia S.p.A. per l'anno 2013 relativa al servizio di accesso NGAN end to end (mercato 4): in data 17 settembre 2014 lo schema di provvedimento – assieme alla Delibera n. 35/2014/CIR recante l'esito delle consultazioni pubbliche – è stato trasmesso alla Commissione europea con la "notifica breve".

³⁰ Per queste rilevazioni si veda C. Raiola, La consultazione nelle Autorità indipendenti, Osservatorio

L'attività di consultazione dell'AGCOM è davvero molto intensa e i procedimenti di consultazione risultano numerosi. Si deve evidenziare che negli ultimi anni le consultazioni sono diventate molto più settoriali nell'ambito dei mercati di riferimento oggetto di analisi e di regolamentazione.

Tra gli atti adottati dall'Autorità merita di essere richiamata la delibera del 10 giugno 2013, n. 384/2013/CONS che, in materia di comunicazioni postali, segue alla delibera n. 287/2012/CONS "*Determinazione del price cap dei servizi rientranti nel servizio universale*" avviando un'importante consultazione pubblica di tutti gli operatori postali utile all'AIR che precede il provvedimento di regolazione n. 728/2013/CONS di cui si riferirà in seguito (v. *infra*, pr. 5)³¹. Si ricordi, inoltre, la Delibera n. 559/2014/CONS del 31 ottobre 2014 che avvia una consultazione pubblica in tema di identificazione ed analisi del mercato dell'accesso all'ingrosso di alta qualità in postazione fissa (mercato n. 4 della Raccomandazione della Commissione europea n. 2014/710/UE).

Del resto, come visto, la particolare attenzione alle consultazioni presso l'AGCOM si spiega con l'influenza diretta esercitata dalla Commissione europea sulle comunicazioni elettroniche. Così, ad oggi, il caso dell'AGCOM è l'unico (assieme a quello dell'AEEG) in cui si registra l'adozione di regolamenti che disciplinano nel dettaglio la partecipazione degli *stakeholders* nelle attività regolative.

Sempre a proposito delle consultazioni, si deve ricordare che l'Autorità ha recepito l'art. 11 comma 2 del Codice delle comunicazioni elettroniche con delibera n.453/03/CONS: è tenuta dunque a rendere pubblica la procedura da applicare ai fini della consultazione; la stessa delibera prevede che le consultazioni si svolgano in seno a quei procedimenti che producono un impatto rilevante sul mercato di riferimento, nei quali la funzione di regolazione dell'Autorità comporta l'adozione

sull'Analisi di Impatto della Regolazione, www.osservatorioair.it, gennaio 2010, pp. 22 e ss. L'autrice precisa che dati si riferiscono alle consultazioni pubbliche di cui c'è traccia nelle pubblicazioni formali o sui siti web delle Autorità, comprese le consultazioni in corso e quelle chiuse di cui non sono stati resi noti i risultati. Non sono invece prese in considerazione le procedure di consultazione informale, gli incontri formali, i tavoli, i focus group e tutte quelle tecniche utilizzate per coinvolgere direttamente un numero chiuso e selezionato di stakeholders.

31 Si ricordi la delibera n. 136/2013/CONS recante *Avvio del procedimento istruttorio concernente la congruità dei vigenti criteri di distribuzione dei punti di accesso alla rete postale pubblica e l'eventuale modifica degli stessi: con cui viene somministrato un questionario ai soggetti interessati*. Inoltre, tra quelle degli anni precedenti, è meritevole di nota la delibera n. 564/11/CONS (*Provvedimento a seguito della consultazione in-detta con la Delibera n. 427/11/CONS concernente l'art. 1 comma 2 della Delibera n. 70/11/CONS recante "Riconoscimento delle misure stabilite dalla delibera n. 136/05/CONS del 2 marzo 2005 recante interventi a tutela del pluralismo ai sensi della legge 3 maggio 2004 n. 112*): in cui si riportano i contributi e le posizioni manifestate in merito alle misure stabilite dall'autorità nella delibera n. 136/05/CONS (sostanzialmente ribadite nella delibera n. 70/11/CONS).

di disposizioni di carattere normativo o dal contenuto generale. Secondo il primo comma dell'art.11 cit., infatti, qualora intenda «*adottare provvedimenti in applicazione del Codice che abbiano un impatto rilevante sul mercato di riferimento*» l'AGCOM deve consentire «*alle parti interessate di presentare le proprie osservazioni sulla proposta di provvedimento entro un termine non inferiore a trenta giorni, a decorrere dalla notifica alle parti interessate della proposta di provvedimento*» (c. 1).

Inoltre, ancora prima del 2002, l'Autorità aveva adottato (delibera n. 278/99/CONS) una procedura per lo svolgimento delle consultazioni pubbliche nell'ambito sia di ricerche che di indagini conoscitive, soprattutto allo scopo di assicurare la piena attuazione dei principi della trasparenza e della partecipazione³².

Infine, è importante evidenziare come l'Autorità si stia aprendo alla predisposizione di linee guida relative alla consultazione degli operatori, cosa che prima veniva fatta solo dall'AEEGSI³³. È molto interessante, a tale proposito, la delibera n. 495/10/CONS recante Linee guida per la valutazione delle offerte proposte in sede di consultazione dall'operatore Telecom Italia nell'ambito del mercato di rete fissa. A ben vedere, sebbene la delibera contenga la predisposizione di criteri da applicare *ex post* alle proposte dell'operatore consultato, sembrerebbe che esse vogliano in qualche modo disciplinare o indirizzare lo svolgimento della consultazione fornendo all'Autorità i criteri utili per fornire delle risposte immediate alle proposte di Telecom Italia.

Nelle Relazioni annuali dell'Autorità al Parlamento non c'è alcun riferimento esplicito alle AIR fino al 2009, ma solo all'analisi dei mercati e alle scelte di regolamentazione³⁴. Tuttavia, a partire dal 2010 le Relazioni annuali al Parlamento hanno previsto riferimenti sempre più puntuali allo svolgimento dell'AIR. Come visto, nella Relazione per l'anno 2014 viene fornito un indirizzo molto preciso e determinato relativamente allo svolgimento dell'AIR: lo sviluppo metodologico prospettato deve concernere, infatti, i procedimenti di regolazione che abbiano maggiore rilevanza nell'ambito del mercato.

È importante ricordare quanto riportato nella relazione sul Bilancio di mandato 2005-2012 presentata nel maggio 2012 al Parlamento dove si rimarca l'importanza dell'impatto della regolazione

32 Cfr. art. 29 del Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità.

33 Si veda C. Raiola, cit., p.21

34 Unica eccezione un passaggio contenuto nella Relazione per il 2007: «*i principi comunitari impongono un determinato modo di procedere nell'elaborazione delle regole: una preventiva, approfondita esplorazione del mercato che si va a regolare mediante apposita analisi; la costante consultazione dei destinatari sulle linee di intervento che ci si propone, così che ogni aspetto e ogni riflesso vengano previamente considerati; la valutazione dei costi-benefici della regolamentazione*».

sugli utenti e sulle imprese. L'AIR viene richiamata nel paragrafo intitolato "Sfide", muovendo dalla considerazione che l'efficacia del processo regolamentare sviluppato nel corso del settennato può essere misurata sulla base di diversi fattori: il grado di concorrenza nei diversi mercati, gli strumenti resi disponibili alle imprese e agli utenti, il tasso di risposta fornito alle questioni che di volta in volta si sono manifestate nell'industria. Per il regolatore è fondamentale puntare ad una crescita della qualità della regolazione che è causa dell'efficienza dei mercati avvalendosi dell' "analisi di impatto delle opzioni regolatorie, in coerenza con gli obiettivi fondamentali della strategia europea di *Better Regulation*"³⁵.

5. L'esperienza realizzata

Si può affermare che la produzione delle AIR da parte dell'AGCOM abbia conosciuto tre fasi.

Nella prima fase sono state prodotte undici AIR secondo lo schema *provvedimento di regolazione + allegato AIR*. L'AIR era contenuta in un documento a sé stante, costituendo un'appendice del provvedimento di regolazione e ad esso, appunto, allegato.

In un secondo tempo (per la verità, per un certo periodo si è verificata una sovrapposizione tra le due fasi), per le nuove AIR – si vedano le delibere nn. 179/2010, 92/09 e 65/09, ma già le delibere 718/08, 628/07 e 605/07 – l'AGCOM ha deciso di eliminare il documento AIR in allegato e di approvare un provvedimento che contiene riferimenti all'impatto delle misure regolatorie (sempre secondo uno schema AIR di tipo semplificato). Se nella prima fase si assisteva, da un lato, ad una maggior chiarezza dell'analisi di impatto, dall'altro, ad una sorta di svilimento della *ratio* e della reale utilità dell'AIR che per certi versi appariva semplificata³⁶, in seguito, per via dell'integrazione tra AIR e provvedimento di analisi e regolazione dei mercati, si è registrata una certa confusione: non risultava facile, infatti, distinguere ciò che costituiva AIR da ciò che era mera regolamentazione o analisi del mercato rilevante.

³⁵ La valutazione degli interventi di regolazione deve tenere conto delle sfide attualmente presenti nell'industria e in altri campi delle comunicazioni, come l'informatica. Si evidenzia che l'AGCOM ha lavorato, nel solco dell'impianto normativo europeo e nazionale, all'imposizione di regole tecniche sufficientemente dettagliate per assicurare certezza nei rapporti. Tali misure restano, al contempo, adeguatamente flessibili per garantire un adattamento continuo e dinamico delle norme ai mutamenti del mercato. Bilancio di mandato 2005-2012, p. 24

³⁶ L'AIR, come detto, è contenuta in un documento appendice che sintetizza le tappe dell'analisi, l'oggetto, il metodo di analisi e gli esiti dell'analisi dell'impatto regolatorio.

Si porta ad esempio la delibera n. 564/11/CONS dove sembrerebbe svolgersi un'analisi dell'impatto di alcune misure regolatorie, verificandosi una forma di integrazione tra il documento recante l'esito delle consultazioni e l'analisi dell'impatto regolatorio, di conseguenza, anche tale provvedimento potrebbe essere annoverato tra le AIR, sebbene non si possa definire una vera e propria AIR, ma ne ricalchi solamente alcune fasi tipiche³⁷.

In definitiva, nella seconda fase, nell'ambito dei provvedimenti integrati da AIR si riscontra, senza dubbio, un'analisi dettagliata del mercato (ai sensi della raccomandazione della Commissione europea del 17 febbraio 2007), all'interno della quale confluirebbe l'AIR, o meglio confluirebbero alcuni suoi elementi salienti. Essenzialmente, infatti, si tratta di un'analisi del solo impatto concorrenziale³⁸.

Solitamente, in provvedimenti come questi della seconda fase, si può registrare maggiore ordine nel riportare i vari passaggi di "costruzione" della regolazione: i quesiti sottoposti a consultazione degli operatori e degli utenti, le risposte di questi ultimi, le valutazioni dell'Autorità, l'analisi del mercato di riferimento, la descrizione dell'impatto regolatorio di alcune delle misure adottate. Tuttavia, mancano tutti gli altri passaggi che dovrebbero caratterizzare i contenuti dell'AIR: si tratta, in definitiva, di provvedimenti che contengono l'analisi del mercato (così come previsto dalla Commissione europea) la quale a sua volta contiene alcuni elementi tipici dell'AIR (che però non è mai menzionata). Ciò nonostante nei provvedimenti di regolazione *integrati* si può riscontrare un utilizzo sostanzialmente più appropriato dell'AIR che dovrebbe essere realizzata preliminarmente all'adozione delle opzioni regolatorie.

In conclusione, con l'adozione del modello "integrato", l'Autorità non effettua più una AIR a sé stante: le delibere della seconda fase – che in parte è ancora in corso – sono, come visto, innanzitutto delibere contenenti l'analisi dei mercati e dell'impatto concorrenziale (analisi dei mercati rilevanti

³⁷ Il riferimento all'impatto delle misure e alla necessità che l'Autorità pronunci su questo (come effettivamente avviene, nell'ambito dello stesso provvedimento), si ha, per esempio, quando un utente chiede che le misure in materia di sistema televisivo digitale vengano valutate anche con riferimento all'impatto prodotto sulle "performance economiche e sul pluralismo". Inoltre, ci si sofferma sulla valutazione (già effettuata nella delibera n. 70/11/CONS) delle misure in tema di pluralismo concernenti il gruppo MEDIASET che portano a talune conseguenze sul piano della raccolta pubblicitaria. In tal caso, per esempio, l'Autorità ritiene non più ragionevole e proporzionale una delle misure adottate nei confronti del gruppo MEDIASET, esprimendosi in base alla valutazione delle ragioni da questo manifestate in merito alle conseguenze dell'applicazione delle misure stesse.

³⁸ Sembra impostata secondo questo nuovo modello la delibera n. 24 del 20 gennaio 2011 che analizza e disciplina il *Mercato dei servizi di diffusione radiotelevisiva per la trasmissione di contenuti agli utenti finali* (Mercato n.18).

e valutazione del potere di mercato), riscontrandosi l'assenza di una serie di elementi tipici dell'AIR, quali per esempio l'indicazione della pluralità di opzioni e la valutazione di effetti ulteriori rispetto a quelli concorrenziali³⁹.

Da alcuni anni si assiste a una terza fase che tuttavia risulta ancora sovrapposta alla seconda in quanto le novità riguardano mercati poco o niente affatto esplorati sul piano della regolamentazione tecnica o tariffaria. Si inizia a intendere l'AIR non più come allegato, bensì come componente sostanziale e corposa del provvedimento stesso. È quanto sembra verificarsi nell'ambito della delibera n. 728/2013/CONS sopra richiamata recante misure di "*Determinazione massima delle tariffe dei servizi postali rientranti nel servizio universale*", assai significativa perché sembra inaugurare una fase in cui l'obiettivo dell'integrazione dell'AIR non tanto nel provvedimento, quanto nel procedimento di regolazione, appare raggiunto.

Si deve notare, tuttavia, che persiste l'assenza di alcuni passaggi tipici dell'AIR, come ad esempio la definizione degli obiettivi e la valutazione di opzioni alternative che rappresenta il vero cuore dell'AIR.

È interessante osservare che secondo l'Autorità, al fine di misurare l'impatto del sistema di controllo dei prezzi, è stato strutturato un impianto di valutazione che, a partire dalle diverse tipologie di misure regolamentari, tenta di quantificare gli effetti sui servizi oggetto di intervento e sui destinatari diretti (operatori postali) e indiretti (famiglie, *business clients*, PMI). Complessivamente, la valutazione dell'impatto regolatorio fornisce le seguenti informazioni:

- identifica il set di misure regolamentari relative ai prezzi che hanno un impatto economico misurabile sui destinatari diretti e indiretti;
- identifica i servizi oggetto delle misure di controllo dei prezzi;
- identifica i soggetti diretti e indiretti destinatari degli effetti delle misure regolamentari;
- quantifica i volumi di traffico attuali e prospettici di ciascun servizio;
- utilizza i prezzi attuali e prospettici dei vari servizi impattati dalle misure regolamentari;

³⁹ Si potrebbe ipotizzare il motivo di ciò considerando che la valutazione dei mercati rilevanti e del potere di mercato è richiesta esplicitamente dalla Commissione europea, nonché dal Codice delle Comunicazioni. Vale la pena rimarcare che, al momento, nessuna delle autorità di regolazione conduce un'analisi così approfondita e ben fatta dell'impatto concorrenziale, in cui peraltro si tengano in conto e si riportino minuziosamente le opinioni dei vari operatori (*incumbent* e concorrenti).

- determina la variazione del valore complessivo dei ricavi di Poste Italiane;
- determina la distribuzione delle variazioni di spesa delle categorie di consumatori presenti dal lato della domanda;
- valuta un possibile impatto tra le opzioni zero (“non fare nulla”) e le misure di *pricing* contenute nel provvedimento.

Si deve segnalare, in definitiva, che alla luce della delibera n. 728/2013/CONS, il percorso istruttorio è tale che l'Air segna lo svolgersi di un sub procedimento – subito dopo quello di consultazione - che confluisce nei Considerato del provvedimento finale di regolazione.

Tra i più recenti provvedimenti che possono essere annoverati tra quelli in cui viene svolta una Air integrata si può ricordare la delibera n. 342/2014/CONS in tema di modifiche dei criteri di distribuzione dei punti di accesso alla rete postale (criteri di distribuzione degli uffici di Poste italiane): è interessante notare come si prenda in esame la cosiddetta “opzione zero” facendone oggetto di un 'apposito quesito (n.1) della consultazione pubblica⁴⁰.

La delibera si segnala perché si pone l'obiettivo di stabilire misure dettate dalla necessità di garantire la fruizione del servizio universale anche in situazioni caratterizzate da bassi volumi di domanda ed alti costi di esercizio e, allo stesso tempo, di consentire il perseguimento degli obiettivi di contenimento degli oneri del servizio universale previsti dal Contratto di programma con una riduzione dell'orario di apertura. La delibera, infine, impone a Poste Italiane di avvisare con congruo anticipo le Istituzioni locali sulle misure di razionalizzazione, al fine di avviare un confronto sull'impatto degli interventi sulla popolazione interessata e sulla possibile individuazione di soluzioni alternative più rispondenti allo specifico contesto territoriale: si può affermare che contiene la previsione di una valutazione dell'impatto sull'utenza nello specifico contesto territoriale o locale.

Sempre in questa terza fase sembra potersi inserire – sebbene con una certa esitazione, vista la successiva riunione dei procedimenti di cui si dirà in seguito – anche la delibera n. 42/2012/CONS, essa concerne l'avvio del procedimento volto a valutare l'impatto regolamentare dell'introduzione di nuove tecniche trasmissive quale il vectoring nello sviluppo delle reti di nuova generazione⁴¹.

40 Nell'ambito della stessa tipologia di provvedimento, sembra potersi menzionare anche la Delibera n. 412/2014/CONS che chiude il procedimento istruttorio circa l'applicabilità del meccanismo di ripartizione dell'onere e di valutazione dell'eventuale costo netto per l'anno 2011 e 2012 nell'ambito del servizio postale universale.

41 Questa delibera ha particolare importanza per l'esito che si attende dall'Air in questione. Per questo

Si tratta, dunque, di una delibera che avvia un procedimento di AIR: evidentemente, in questo caso, l'AIR costituisce un motivo di interesse istruttorio talmente specifico da richiedere un procedimento a parte.

Ciò nonostante, con delibera del 6 febbraio 2013 n. 91/2013/CONS si è deciso di riunire il procedimento avviato con delibera n. 42/12/CONS con quello di cui alla delibera n. 41/2012/CONS in quanto nell'ambito dell'analisi dei mercati interessati devono essere analizzate le stesse problematiche oggetto dei procedimenti avviati con le delibere nn. 41/12/CONS e 42/12/CONS⁴². A tal proposito si deve segnalare la delibera 453/2013/CONS del 25 luglio 2013 che ha stabilito una proroga di centoventi giorni dei termini per la conclusione del procedimento. In seguito i termini in questione sono stati ripetutamente prorogati⁴³. L'ultima proroga sposta i termini di conclusione di ulteriori novanta giorni con Delibera n. 527/2014/CONS del 13 ottobre 2014: stando a quest'ultimo provvedimento la scadenza dei termini di conclusione del procedimento istruttorio è stata fissata a metà gennaio 2015.

Con questa riunione dei procedimenti, l'AGCOM sembrerebbe, in verità, tornare alla trattazione dell'AIR all'interno di provvedimenti di analisi dei mercati. Tuttavia, occorre monitorare questa attività di regolazione per verificare se, in effetti, vi è stato un vero e proprio ripensamento dell'Autorità o se la riunione dei procedimenti è dipesa solo da motivi di economicità. In definitiva, bisognerà seguire gli sviluppi di questo procedimento, non potendosi escludere che l'AIR sarà svolta analogamente a quanto è accaduto con la delibera n. 728/2013/CONS.

A proposito della indecisione dell'AGCOM sulla scelta del modello AIR da seguire, sembrerebbe suscitare dubbio un dato emerso nell'ambito dell'approvazione delle modifiche e delle integrazioni al Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità (delibera n. 528/12/CONS): nella versione consolidata dopo le ultime modifiche non vi è traccia di riferimenti all'AIR tanto nell'organigramma degli uffici (non è previsto un ufficio AIR)⁴⁴, quanto nell'ambito dello

essa viene evidenziata anche nella Relazione 2012 al Parlamento, p. 197.

42 Più precisamente, l'Autorità, al fine di stabilire se modificare l'obbligo di fornitura del servizio di *sub-loop unbundling*, deve esaminare l'impatto regolamentare della tecnica di *vectoring* sullo sviluppo delle reti di nuova generazione.

43 Si vedano la Delibera n. 65/2014/CONS del 13 febbraio 2014 che ha stabilito una proroga di sessanta giorni; la Delibera n. 366/2014/CONS del 17 luglio 2014 che ha stabilito una proroga di altri sessanta giorni.

44 L'art. 16 del regolamento sul funzionamento e l'organizzazione dell'AGCOM è dedicato alla Direzione Analisi dei mercati, Concorrenza, Studi che solitamente effettua le AIR. In tale norma, non si prevede nulla di specifico relativamente all'effettuazione dell'AIR, intendendola forse come parte della attività istruttorio svolta

svolgimento dei procedimenti come approfondimento istruttorio necessario ai fini dell'adozione dei provvedimenti di regolazione dei mercati⁴⁵.

La soluzione ordinaria per lo svolgimento delle AIR sembra orientata verso il consolidamento dell'Air all'interno dei documenti di analisi dei mercati⁴⁶, a meno che non si tratti di mercati inesplorati (come quello delle reti di nuova generazione) o di elevata funzione sociale come quello delle Poste o comunque caratterizzati da qualche particolarità tale da richiedere una valutazione di impatto a sé stante. È importante attendere e monitorare i prossimi interventi e lo sviluppo di quelli in corso per comprendere quale strada l'Autorità sceglierà di seguire. Occorre, tuttavia, precisare che quella dell'Air integrata nei provvedimenti di analisi dei mercati non è una soluzione metodologicamente tipica e suscita alcune perplessità da questo punto di vista.

A tal proposito è appena il caso di rimarcare che nella Relazione al Parlamento per l'anno 2014 l'Autorità ha posto l'accento sull'obiettivo di sviluppare e applicare una metodologia Air più puntuale per i provvedimenti che abbiano maggiore incidenza sul mercato⁴⁷.

Per l'AGCOM, l'analisi di impatto regolamentare, secondo quanto precisato nei documenti AIR allegati ai provvedimenti di regolazione, richiede di valutare:

1. l'ambito di intervento, con particolare riferimento alle categorie di soggetti destinatari o coinvolte nei costi e benefici dell'intervento normativo proposto;
2. gli obiettivi generali e specifici immediati e di medio/lungo periodo del provvedimento, indicando contestualmente l'orizzonte temporale in cui i risultati auspicati dovrebbero realizzarsi;
3. la metodologia adottata per l'analisi dell'impatto della regolamentazione;
4. l'impatto sulla pubblica amministrazione, sui destinatari diretti ed indiretti attraverso l'analisi delle categorie di costi e benefici economici e finanziari inerenti la produttività, la crescita economica, il reddito, la concorrenza, l'occupazione. A questo riguardo tale

nell'ambito dell'analisi dei mercati.

45 Cfr. delibera n. 569/2014/CONS, cit. Peraltro, come visto, il Regolamento sull'organizzazione e sul funzionamento dell'Autorità è stato oggetto di ulteriori modifiche che hanno portato all'attribuzione delle competenze in materia di Air al Servizio economico-statistico (art. 19 bis).

46 Si segnala la delibera n. 100/2014/CONS del 13 ottobre 2014 in tema di servizio universale di comunicazione elettronica con riferimento alla valutazione del costo netto per l'anno 2007: è interessante osservare come l'Autorità analizzi l'eventuale iniquità dell'onere in capo a Telecom Italia assieme all'analisi del livello di concorrenzialità nel mercato, dell'interdipendenza tra operatori e del grado di sostituibilità.

47 Relazione al Parlamento per l'anno 2014, pag. 412, cit.

valutazione richiede che sia predisposta un'adeguata batteria di indicatori⁴⁸.

Sembra potersi affermare che, presso l'AGCOM, le AIR e la scelta di come effettuarle si delineano in relazione al mercato oggetto di regolamentazione, ricordando che i mercati delle comunicazioni sono numerosi (in tutto 18 secondo l'individuazione effettuata a monte dalla normativa europea). Essi sono soggetti alla regolamentazione come mercati singoli ovvero aggregati a seconda delle opportunità e delle valutazioni tecniche effettuate dagli uffici competenti ovvero in sede normativa (europea)⁴⁹.

Le opzioni regolatorie si delineano a seconda della possibile presenza di un operatore dominante ovvero dotato di significativo potere di mercato. Così, ai sensi del Codice delle Comunicazioni, per i mercati all'ingrosso, ossia dello scambio beni-servizi tra operatori, se l'Autorità trova un operatore dominante nel mercato analizzato applica gli artt. 45-50 del Codice in attuazione delle tutela della concorrenza.

È importante precisare che la cosiddetta *opzione zero (o no regulation)*⁵⁰ non è mai applicabile se esiste ed è individuato un operatore dominante. Quando deve essere effettuata una scelta delle opzioni di regolamentazione, essa dipende dalla finalità che può essere (alternativamente o cumulativamente): a) la tutela della concorrenza tra gli operatori del mercato; b) l'accesso degli utenti al servizio senza disparità di trattamento.

Per effettuare l'analisi di impatto della regolazione, viene fatta una valutazione nei termini costi-efficacia. In altre parole, la metodologia utilizzata per l'analisi dell'impatto regolamentare è basata sull'identificazione dei benefici (obiettivi) e dei costi derivanti ai destinatari diretti e indiretti delle misure regolamentari nei mercati oggetto di regolamentazione. L'analisi è rivolta a quantificare, laddove possibile, il costo-beneficio delle categorie dirette e indirette destinatarie dell'intervento regolamentare, anche alla luce di valutazioni prospettiche di breve-medio periodo e di sistema, con particolare riferimento ai mercati coinvolti dal provvedimento.

48 V. delibera n. 417/06/CONS – allegato B

49 Nei documenti di analisi dell'impatto regolatorio, vengono individuati obiettivi generali (il riferimento è all'art. 13 del Codice delle Comunicazioni) e obiettivi particolari (il riferimento è allo specifico mercato o ai mercati aggregati).

50 Si sofferma sull'analisi dell'opzione zero la delibera n. 342/2014/CONS, cit., che sottopone a specifica consultazione pubblica l'eventualità di lasciare inalterata la regolazione dei criteri di distribuzione degli uffici di Poste Italiane.

Le tecniche di calcolo utilizzate sono di tipo econometrico e comprendono l'analisi di indici rilevanti ai fini della valutazione dell'impatto regolamentare. In taluni casi, i benefici netti derivanti dalla misura regolamentare sono identificabili in ragione degli effetti competitivi generati dall'incremento dell'offerta di servizi, ma non quantificabili puntualmente in quanto la numerosità degli attori coinvolti è elevata e le informazioni e dati non sono reperibili. Tali soggetti peraltro operano spesso in mercati le cui condizioni economiche sono estremamente differenziate, a parità di servizi offerti, ed il collegamento ai mercati dei servizi all'ingrosso della raccolta, terminazione e transito è solo indiretto.

6. Altri strumenti di *better regulation*

L'applicazione dei principi della *better regulation* dovrebbe riguardare anche l'attività di enforcement con riferimento, per esempio, al principio di proporzionalità e alla valutazione del rischio che dovrebbero orientare le attività ispettive. Sul punto è necessario avviare un monitoraggio delle attività dell'AGCOM per valutare se effettivamente l'attività di enforcement è informata a questi principi.

Intanto, occorre ricordare che l'Autorità ha disciplinato i procedimenti istruttori per l'accertamento delle violazioni e l'irrogazione delle sanzioni con appositi regolamenti⁵¹.

Tutte le attività istruttorie, di accertamento e di contestazione delle violazioni sono svolte dalle unità organizzative competenti per materia e, quando portano a provvedimenti sanzionatori, adottati dall'organo collegiale, sono pubblicati sul Bollettino Ufficiale dell'Autorità, oltre ad essere notificati ai destinatari⁵².

In altri termini, la funzione sanzionatoria e quella di vigilanza dell'AGCOM costituiscono l'altra faccia della buona regolazione: il rispetto delle regole e il controllo da parte dell'Autorità sono, infatti, sinonimo di garanzia di attuazione delle regole e di efficacia dell'attività regolatoria.

Con riferimento alle diverse tipologie di intervento nell'ambito dell'attività di *enforcement*, al

51 Delibera n. 136/06/CONS, modificata dalla delibera n. 173/07/CONS, per le violazioni in materia di comunicazioni elettroniche e di contenuti audiovisivi e multimediali. I procedimenti di contestazione possono anche concludersi con un provvedimento di archiviazione, qualora l'Autorità verifichi la corretta ed effettiva attuazione degli impegni presentati dagli operatori ai quali sia stata contestata una violazione delle misure stabilite dall'Autorità.

52 L'Autorità ha disciplinato l'attività ispettiva e di vigilanza con altro regolamento approvato con delibera n. 220/08/CONS e modificato e integrato con delibera n. 710/2013/CONS.

momento è possibile cominciare a distinguere e segnalare quanto segue:

1. Ordinanza di ingiunzione a pagare somme a titolo di sanzione o di risarcimento dei danni a terzi: si segnala, in questo primo gruppo di interventi, la delibera n. 162/2013/CSP recante Ordinanza di ingiunzione alla società Sagittarius Società cooperativa, fornitore del servizio di media audiovisivo in ambito locale in tecnica digitale “Viva voce TV”⁵³;
2. Diffida dal tenere un comportamento che viola le regole stabilite dalla Autorità: si segnala delibera n. 371/2013/CONS recante Diffida ad operatore Vodafone Omnitel N.V. a non applicare condizioni economiche più onerose rispetto a quelle massime fissate a livello comunitario per l’invio di SMS in roaming in coerenza con quanto disposto dall’art. 1, comma 3 della Delibera n. 326/2010/CONS⁵⁴;
3. Atto di richiamo: si segna la delibera n. 636/2013/CONS nell’ambito della verifica del rispetto del pluralismo politico-istituzionale nei telegiornali diffusi dalla società gruppo l’Espresso s.p.a. nel trimestre agosto-ottobre 2013⁵⁵.

53 Per la violazione dell’art. 2, comma 1, lett. n) e lett a) punto 3 del D.Lgs. n. 177/05, come modificato e integrato in combinato disposto con gli artt. 1, comma 1, lett. f), punto 1 e 10, comma 2, Allegato A al Regolamento AgCom approvato con delibera n. 78/98/CONS in tema di rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva privata su frequenze terrestri.

54 “Gli operatori mobili, in conformità con le disposizioni regolamentari dell’Autorità in materia di trasparenza delle condizioni economiche dei servizi offerti alla clientela ed in linea con le migliori pratiche a livello comunitario, assicurano agli utenti finali condizioni di piena trasparenza sui nuovi piani tariffari di base per i servizi voce e SMS, nel rispetto degli impegni di cui alle note citate in premessa” e “L’Autorità vigila sull’attuazione di quanto previsto nel presente provvedimento affinché, anche per il futuro, siano assicurate condizioni economiche coerenti con le migliori pratiche a livello comunitario e garantite condizioni di maggior trasparenza nell’erogazione di servizi di telefonia e di dati in mobilità”.

55 Con riferimento alle misure stabilite nella delibera n. 200/00/CSP, “*Disposizioni di attuazione della disciplina in materia di comunicazione politica e di parità di accesso ai mezzi di informazione nei periodi non elettorali*”, nella delibera n. 22/06/CSP, “*Disposizioni applicative delle norme e dei principi vigenti in materia di comunicazione politica e parità di accesso ai mezzi di informazione nei periodi non elettorali*”, delibera n. 243/10/CSP, “*Criteri per la vigilanza sul rispetto del pluralismo politico e istituzionale nei telegiornali diffusi dalle reti televisive nazionali*”. Ci sono poi gli atti di impegno del soggetto incorso in violazioni, recepiti in provvedimenti di contestazione: v. allegato delibera 375/2012/CONS recante impegni di Vodafone Omnitel N.V. nel procedimento di contestazione n. 27/12/DIT e i provvedimenti che recepiscono l’esito di attività di vigilanza per verificare il rispetto degli impegni assunti da soggetti incorsi in violazioni, talvolta concludendo con l’archiviazione dei procedimenti sanzionatori: v. delibera n. 33/2014/CONS, *Esito dell’attività di vigilanza degli impegni assunti dalla società Fasweb s.p.a. approvati con delibera n. 230/2012/CONS e archiviazione del relativo procedimento sanzionatorio n. 50/11/DT*; delibera n. 554/2013/CONS, *Esito dell’attività di vigilanza degli impegni assunti dalla società H3G s.p.a. approvati con delibera n. 29/2011/CONS e archiviazione del relativo procedimento sanzionatorio n. 45/10/DT*.

Un altro intervento complementare alle pratiche di better regulation concerne la trasparenza dell'attività dell'Autorità in attuazione delle disposizioni contenute nel D.Lgs. n.33 del 14 marzo 2013, nonché del principio generale di trasparenza: a tal proposito, si rinvia alla delibera n. 605/2013/CONS il cui allegato A contiene il Regolamento AGCOM sulla trasparenza.

Per quanto concerne le disposizioni rilevanti ai fini della better regulation, si segnala l'art. 24 del Regolamento citato secondo cui l'Autorità è tenuta a rendere noto lo svolgimento dei propri procedimenti, compresi, evidentemente, quelli concernenti la funzione di regolazione dei mercati delle comunicazioni.

7. La giurisprudenza sull'AIR nell'AGCOM

Si riferisce all'AIR il caso deciso con sentenza Tar Lazio Roma, sezione III ter, 26 novembre 2006 n. 13198. Sembra opportuno, poi, segnalare altre due pronunce del Tar Lazio Roma, sez I, 10 ottobre 2012 nn. 8381 e 8382 in cui si evidenzia l'importanza dell'impatto di talune scelte di regolazione in particolare quando, per esigenze che l'Autorità è chiamata a dimostrare, esse si discostino dalle indicazioni comunitarie o nazionali.

Preliminarmente, si deve notare che vi è una certa attesa per le pronunce giurisdizionali in tema di AIR da parte di tutte le autorità di regolazione, compresa l'AGCOM. La giurisprudenza sinora intervenuta in tema di AIR non è ancora assurta a punto di riferimento per le autorità e per gli operatori di mercato. Ciò in quanto il giudice amministrativo si trova ancora ad affrontare problemi "tangenziali" rispetto all'AIR occupandosi spesso di aspetti riguardanti l'esercizio del potere di regolamentazione che costituiscono pur sempre parti integranti delle AIR (consultazione, valutazione comparativa delle diverse opzioni, etc...). In ogni caso si deve prendere atto che la capacità di elaborazione interpretativa dei giudici è sinora piuttosto inespresa, anche perché l'AIR risulta uno strumento di recente introduzione che, peraltro, si sovrappone ad alcune attività procedurali che precedono l'adozione dei provvedimenti di regolamentazione (es. le consultazioni)⁵⁶.

La pronuncia del Tar di Roma risolve una controversia insorta tra l'operatore Tim s.p.a. e l'Autorità Garante nelle Comunicazioni. La questione di nostro interesse concerne la mancata

⁵⁶ Per quel che concerne la giurisprudenza in tema di AIR, si rinvia alla lettura di M. Giorgio, *L'AIR nelle Autorità indipendenti italiane: il contributo della giurisprudenza*, in Osservatorio AIR, aprile 2010.

adozione dell'AIR propedeuticamente all'approvazione di una delibera regolatoria dell'Autorità gravata insieme ad altri provvedimenti (come, ad esempio, una delibera recante attribuzione dei diritti d'uso delle numerazioni per i servizi di informazione assieme ad una delibera contenente misure di urgenza in merito alla numerazione in decade 4 utilizzata per il servizio informazione elenco abbonati).

Dunque, con particolare riferimento alla delibera 9/03/CIR (mancante dell'AIR), si è contestata la violazione e la falsa applicazione del Codice delle comunicazioni elettroniche poiché la decisione ivi assunta dall'Autorità avrebbe violato l'art. 13 comma 8 del D.Lgs. 259/03 in quanto non preceduta dall'analisi sull'impatto della regolamentazione. Infatti, l'Autorità si sarebbe limitata a richiamare il principio di parità di trattamento tra gli operatori di cui all'art. 15 comma 2 del D.Lgs. 259/03 senza approfondire le conseguenze delle sue scelte regolatorie.

Tuttavia, tale motivo di ricorso viene ritenuto infondato dai giudici amministrativi atteso che ai sensi della normativa vigente (art. 13, commi 8 e 9 del D.Lgs. 259/03 letti in combinato disposto con la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2000), l'AIR deve essere effettuata solo quando le misure regolamentari adottate sono espressione del potere discrezionale dell'Amministrazione.

Nel caso di specie, invece, il blocco delle attività di commercializzazione dei servizi informazione abbonati in decade 4 costituisce una misura meramente attuativa del piano di numerazione – già elaborato e approvato nella delibera 9/03/CIR prima dell'entrata in vigore del Codice delle Comunicazioni elettroniche – e risponde alla finalità di dare attuazione, nello specifico settore, ai principi di cui all'art. 15 comma 2 del D.Lgs. 259/03.

Come accennato, altre due fattispecie interessanti sono state decise più di recente dal Tar Lazio con le sentenze nn. 8381/8382 del 2012. Le controversie, introdotte rispettivamente da Telecom spa e H3G, concernono la regolazione dei servizi di terminazione vocale su rete mobile di cui alla delibera n. 621/11/CONS del 17 novembre 2011. Con questo provvedimento l'Autorità ha mantenuto talune asimmetrie nel mercato in questione dovute all'attribuzione ineguale delle frequenze. Tra i riferimenti richiamati a fondamento delle ragioni dei ricorrenti, vi è la raccomandazione 2009/396/CE con cui la Commissione europea si è rivolta ai regolatori delle comunicazioni precisando che le scelte regolatorie da cui discendano assetti asimmetrici dei mercati devono intendersi eccezionali, richiedendo una adeguata motivazione. Per la precisione, nel provvedimento oggetto della controversia promossa da H3G, l'AGCOM ha corretto il tiro sull'asimmetria in favore di H3G derivante da una scelta iniziale di una maggiore attribuzione di frequenze al ricorrente (delibera 667/08/CONS) in quanto quest'ultimo era un *newcomer*: con il provvedimento impugnato (delibera 621/11/

CONS) l'AGCOM ha quindi rideterminato la misura dell'asimmetria delle tariffe di terminazione della rete mobile, prevedendone la cessazione a luglio 2013, diversamente da quanto proposto nello schema di provvedimento dove si stabiliva che la cessazione sarebbe avvenuta a partire dal 2014. Tale previsione è stata invocata da H3G che ha evidentemente interesse a prolungare la maggiore assegnazione di frequenze in suo favore. Infatti, avendo l'AGCOM ridefinito un'allocazione eguale delle frequenze nel provvedimento finale a partire da luglio 2013, in conformità ai tempi indicati dalla Raccomandazione 2009/396/CE, ciò ha provocato l'insorgere di H3G che tuttavia ha visto respinto il ricorso. La stessa Commissione europea, del resto, chiamata come sempre ad esprimere parere sullo schema di provvedimento, si era pronunciata nel senso della necessità che l'AGCOM operasse in sintonia con quanto raccomandato in sede U.E.: il prolungamento del regime di allocazione ineguale delle frequenze non avrebbe trovato, infatti, alcuna giustificazione perché non era stata fornita nessuna dimostrazione di tale necessità attraverso gli esiti dell'istruttoria svolta.

Nella seconda fattispecie, la controversia è invece promossa da Telecom spa che ha impugnato la stessa delibera 621/11/CONS, censurandola proprio nella parte che attribuisce a H3G una maggiore fetta di frequenze fino a luglio 2013. I giudici del Tar Lazio evidenziano che, in effetti, l'AGCOM non ha chiarito in che misura l'allocazione ineguale di frequenze in favore dell'operatore H3G determini un impatto sulla differenza dei costi di fornitura dei servizi di terminazione delle chiamate vocali, né l'Autorità ha quantificato le potenziali differenze del costo di terminazione delle chiamate vocali sulle diverse reti. Perciò, la scelta di regolazione in questione appare al Tar priva di un valido sostegno che la motivi in relazione agli aspetti anzi detti: ne è conseguenza l'accoglimento del ricorso di Telecom spa. In definitiva, le pronunce nn. 8381/8382 del 2012 del Tar Lazio portano a considerare le importanti connessioni tra istruttoria, valutazioni tecniche e scelte di regolazione. La giustificazione a prolungare un regime di allocazione ineguale delle frequenze è richiesta correttamente al *rule maker*, quale esito di un'indagine valutativa complessa riservata all'Autorità. In questo senso, l'AIR dovrebbe fornire la motivazione necessaria di ogni scelta regolatoria, in particolare di quelle che appaiono inique e perniciose per la concorrenza o il mercato, ancorché altrimenti giustificabili, come nelle fattispecie esaminate dal Tar Lazio.

8. Le prospettive

Dai risultati dello studio sin qui realizzato, sembra potersi affermare che l'AIR stia cominciando a diventare parte integrante del processo regolatorio, sebbene la sua introduzione non si possa ritenere effettivamente compiuta: siamo ancora di fronte a talune incertezze sul modello di AIR da

utilizzare, prendendo atto che il primo modello utilizzato (AIR-allegato) sembra essere stato accantonato.

Nella seconda fase (AIR integrata), non completamente superata, si assiste a intrecci troppo stretti (tali da suscitare confusione e dubbi interpretativi) tra l'analisi del mercato e l'AIR vera e propria.

Infine, l'ultima fase è quella che tende ad una AIR *ideale*, chiara e completa, svolta utilmente nell'ambito del procedimento di regolazione e bene inserita all'interno del provvedimento conclusivo: al momento, rappresenta un risultato assai apprezzabile quello che emerge dalla delibera n. 728/2013/CONS nell'ambito della regolazione dei servizi postali. Occorre monitorare attentamente il corso delle prossime attività per comprendere quale sarà la strada scelta dall'Autorità e se adotterà definitivamente un unico modello AIR ovvero lo adatterà di volta in volta al mercato di riferimento.

Tuttavia, grazie all'AIR della citata delibera n. 728/2013/CONS, sembra sia stato compiuto un importante passo in avanti sul piano metodologico e su quello della integrazione dell'AIR nell'ambito del procedimento di regolazione: l'obiettivo, infatti, è quello di un processo di consolidamento reale (e non solo formale) tra le misure di regolazione e l'AIR.

Resta il fatto che, al momento, permangono alcune sovrapposizioni rispetto all'attività di analisi dei mercati.

Inoltre, è importante ricordare che nella Relazione al Parlamento per l'anno 2014 l'AGCOM stabilisce un indirizzo preciso: quello di applicare e sviluppare una metodologia AIR più puntuale per i procedimenti che siano maggiormente incidenti sul mercato. Ciò porta alla conclusione che, verosimilmente, il modello di AIR integrata non sarà abbandonato quando si tratterà di svolgere procedimenti regolatori caratterizzati da un basso tasso di incidenza sul mercato.