

LA DETERMINAZIONE DEI PREZZI DEL ROAMING COMUNITARIO¹

1. Le comunicazioni elettroniche e la disciplina del 2002

Le direttive di seconda generazione in materia di comunicazioni elettroniche, entrate in vigore nel 2002, sono state emanate sul presupposto: a) che la concorrenza fosse stata raggiunta nel mercato e che, quindi, la precedente, numerosa regolazione potesse essere sostituita con nuove direttive (solo cinque); b) che unicamente nei settori in cui la concorrenza ancora mancasse si potesse intervenire con una attività regolativa volta ad introdurre la concorrenza (regolazione *ex ante*); c) che là dove la concorrenza esistesse, ma fosse violata, si dovesse intervenire con la normativa antitrust (regolazione *ex post*)².

In generale, sotto il profilo sub b), erano previste analisi periodiche dei mercati da parte delle autorità nazionali di regolamentazione (Anr), svolte sulla base di una dettagliata raccomandazione della Commissione, anch'essa periodicamente aggiornata. A seguito di queste analisi, le Anr potevano imporre, nei confronti degli operatori dotati di significativo potere di mercato, e che fossero di ostacolo allo svolgimento di una attività concorrenziale, obblighi (cd *remedies*) scelti tra quelli indicati dalla normativa comunitaria, in particolare dalla direttiva accesso³.

2. I costi del *roaming* europeo

Sulla base di questa disciplina, il regolatore comunitario ha indagato sulla possibile esistenza di posizioni dominanti sul mercato *retail* (mercato n. 16). Tuttavia, la procedura aperta dalla Commissione contro gli operatori mobili, si è chiusa senza poter dimostrare l'esistenza di una posizione dominante inizialmente ipotizzata. Anche se, la presenza di più reti interconnesse, caratterizzate da una sensibile asimmetria, sulle quali ciascuno degli operatori poteva praticare un

¹ In corso di pubblicazione in *Giornale di diritto amministrativo*, novembre 2007.

² Le novità introdotte nel 2002 sono commentate da M. Siragusa e S. Ciullo, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in "MCR", 2002, 511; cfr. L. Radicati di Brozolo, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in "MCR", 2002, 561 ss.

³ Art. 9 ss. direttiva 2002/19/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002. La direttiva indica categorie di obblighi entro i quali le Anr scelgono quelli più appropriati in base alla natura del problema concorrenziale da risolvere. I rimedi o *remedies* sono la specificazione degli obblighi generali. Per cui, ad esempio, l'obbligo di trasparenza può consentire l'imposizione dell'obbligo di pubblicazione di una offerta. Le direttive sono in corso di revisione da parte delle istituzioni comunitarie, nel rispetto del termine di tre anni dalla loro entrata in vigore.

proprio prezzo di terminazione, metteva in difficoltà il consumatore. Sia che fosse il chiamante a pagare la terminazione o che, viceversa, fosse il chiamato. Poiché in entrambi i casi, l'utente, non era in grado di selezionare l'operatore più conveniente e che meglio si adattasse alle proprie esigenze ⁴.

Infatti, dal lato della domanda, l'utente spesso non conosceva la ripartizione del prezzo della chiamata tra l'operatore nazionale e le compagnie europee. E questa carenza di informazione era tale da impedirgli l'esercizio di qualsiasi pressione sugli operatori.

Dal lato dell'offerta, le compagnie nazionali non operando sull'intero mercato europeo avevano difficoltà ad offrire un unico prezzo conveniente di *roaming* ai propri abbonati, attirandone, eventualmente, anche di nuovi.

Inoltre, al termine di specifiche analisi operate dalle Anr di settore sul mercato all'ingrosso per i servizi di *roaming* internazionale il mercato all'ingrosso per servizi di *roaming* internazionale (mercato 17, individuato con la Raccomandazione "Mercati" 2003/311/Ce, prevista dalla Dq), è stato considerato sufficientemente concorrenziale in quanto nessun operatore deteneva un significativo potere di mercato (art. 2, c. 5 e 6 delibera Agcom n. 381/06/Cons). Quindi quel mercato non è stato sottoposto a regolazione né sono stati individuati obblighi. Viceversa il mercato *retail*, come tutti i mercati al dettaglio nella telefonia mobile, non era stato incluso tra quelli suscettibili di una regolazione *ex ante*. Anche se avrebbe potuto essere individuato come mercato rilevante, ai sensi della Dq e, in caso di operatori con significativo potere di mercato, avrebbe potuto essere sottoposto a regolazione, se l'Agcom avesse ritenuto di dare una interpretazione estensiva della normativa esistente.

Ad accentuare la confusione in materia, con il regolamento Ce, n. 717/2007 del 27 giugno 2007, del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo al *roaming* sulle reti pubbliche di telefonia mobile all'interno della Comunità, si è, invece, affermato (considerando n. 1) che nel servizio di *roaming* europeo utilizzato dagli utenti per la telefonia cellulare venivano praticati prezzi eccessivamente elevati sia nel mercato *wholesale* che nel *retail* ⁶. E senza effettuare alcuna analisi di mercato, quindi non individuando nessuna impresa con significativo potere di mercato, con il regolamento sono state dettate le norme che si commentano.

Con il regolamento, si constatava, inoltre, che le Anr, in base alla normativa vigente, mancavano di strumenti per attuare una azione efficace sui prezzi del *roaming* (considerando n. 4). Esse, infatti, non erano in grado di controllare gli operatori della rete terminale ospitante situata in

⁴ E' lo stesso significato della parola *roaming*, traducibile con vagante, girovagante, errante a rendere esplicita tale difficoltà.

⁶ Cioè che in entrambi i mercati la concorrenza era carente.

altri Stati membri e, pertanto, non tutelavano gli utenti. Ciò in quanto gli obblighi individuati dalle direttive del 2002, utilizzabili dalle Anr non potevano correggere il funzionamento del mercato del *roaming* comunitario, poiché riferiti al solo mercato della telefonia fissa⁷. Per lo stesso motivo, non si poteva neppure ricorrere al potere riconosciuto alle Anr tramite la direttiva accesso (art. 9, n. 3 e tramite la Dq art. 7, n. 6), di individuare nuove misure da sottoporre, rispettivamente, ad una autorizzazione o ad una ratifica della Commissione⁸.

In questo scenario, secondo l'ordinamento europeo, si imponeva la necessità di individuare un prezzo di terminazione corretto, nel rispetto dei principi concorrenziali⁹. Questa individuazione richiedeva, però, il ricorso ad una maggiore regolazione, confliggente con i principi posti dalle direttive di seconda generazione, volti a ridurre l'impatto regolativo, a favore dell'utilizzo della normativa antitrust. Ed è in base a queste diverse constatazioni che vanno esaminate le disposizioni del regolamento che si commenta.

Per dare una soluzione al problema dei prezzi del *roaming* in un contesto in cui, da un lato, l'ordinamento europeo constatava la mancanza di concorrenza e, dall'altro, l'incapacità delle Anr di agire per porla in essere, all'intervento regolatorio si aprivano due possibilità. Seguendo la prima, si potevano attribuire alle singole Anr nuovi poteri per agire nel mercato del *roaming*, applicando *remedies* ritenuti più appropriati o utilizzando lo strumento dell'accordo. In tal caso, attraverso una delibera che indicasse un prezzo massimo da applicare e guidasse, poi, le parti verso accordi rispettosi di tale tetto, le Anr avrebbero potuto tener conto delle istanze delle categorie interessate, agendo nel rispetto dei principi di trasparenza imposti dalle direttive del 2002.

Percorrendo la seconda strada, il prezzo era determinabile in sede comunitaria, riconoscendo alla Commissione la capacità di individuare, in via amministrativa, un tetto massimo praticabile. La Commissione avrebbe esercitato tale funzione seguendo la procedura indicata dalla direttiva quadro (Dq) del 2002. A questa attività avrebbe concorso l'European regulatory group (Erg)¹⁰, e la Commissione avrebbe assunto la delibera, anche in tal caso consultando i responsabili delle categorie interessate.

Per quanto riguarda la prima possibilità, il legislatore comunitario del 2007 la ha, però, esclusa, rinunciando ad attribuire alle Anr nazionali i poteri necessari per modificare la situazione

⁷ E, pertanto, solo con una interpretazione assai ampia avrebbero potuto essere utilizzati nel mercato del mobile.

⁸ Questa impossibilità delle Anr di agire potrebbe riguardare la mancanza di strumenti ovvero l'incapacità delle Anr di creare tra di loro un coordinamento efficace. Sotto questo secondo profilo, tuttavia, è stata disciplinata l'apertura orizzontale tra Anr che costituisce una delle caratteristiche della disciplina comunitaria del 2002. Su questo aspetto, R. Perez, *Comunicazioni elettroniche*, in *Trattato Dir. amm. europeo*, M. P. Chiti e G. Greco direttori, parte speciale, tomo II, Milano, Giuffrè, 2007, 783 ss.

⁹ P. L. Parcu e A. Manganelli, *Monopolio senza potere. Terminazione di chiamata e nuovi entranti*, in MCR, n. 2/2007, 391 ss.

¹⁰ L'Erg è stato costituito dalla Commissione europea con decisione del 2002/627 Ce del 29 luglio 2002, successivamente modificata con decisione della Commissione 2004/641/Ce. L'attività svolta dall'Erg è illustrata nell'Annual report, 2006, published february 2007, consultabile sul sito www.Erg Annual report (07) 14, 2007.

anche, eventualmente, autorizzando le autorità alla determinazione dei prezzi del *roaming*. Nel regolamento, infatti, si dichiara che risultati positivi non possono essere raggiunti tramite lo strumento degli accordi tra operatori sotto la guida delle singole Anr, strumento privilegiato dalle direttive del 2002, e che, quindi, è necessario introdurre una deroga al principio in base al quale le offerte dei servizi si determinano a conclusione di accordi commerciali.

Lo stesso legislatore non ha seguito, però, neppure la seconda strada apparentemente percorribile. Quella di spostare a livello ultrastatale la disciplina dei prezzi del *roaming*, utilizzando interventi scanditi, nei tempi e nei modi, da procedure analiticamente predisposte dalle direttive del 2002 – in particolare dalla Dq - comportanti consultazioni e interventi incrociati della Commissione e delle Anr interessate. Al contrario, in base al regolamento che si commenta, il principio di una determinazione amministrativa assunta a livello nazionale o comunitario, ma a seguito dell'esperimento di procedure di partecipazione, è stata sostituita dalla "introduzione di *obblighi normativi supplementari* che riflettano le *caratteristiche peculiari* dei servizi di *roaming* intracomunitario" (considerando n. 12).

Introducendo l'obbligo normativo – gradito, per motivi politici, al Parlamento europeo e al Consiglio dei ministri- la normativa comunitaria non ha, però, tenuto conto di una iniziale concorrenza che si andava istaurando, sia sul mercato *retail*, sia sul mercato *wholesale*. Questa situazione, fondata su accordi stipulati tra gli operatori¹¹, non è stata valutata appieno dall'ordinamento europeo. Si è creato, in tal modo, un precedente pericoloso, pur se il regolamento richiama l'eccezionalità e la limitatezza temporale dell'intervento.

Nella scrittura del testo, il legislatore è stato, peraltro, preciso. E non volendo intaccare i principi fondanti delle direttive di seconda generazione, esso ha aggiunto, con l'art.10 del regolamento, un punto 5 all'art. 1 della Dq, sottolineando che quest'ultima e le altre direttive particolari entrate in funzione nel 2002 continuano ad applicarsi "fatte salve eventuali misure specifiche adottate per la regolamentazione delle tariffe di *roaming* internazionale sulle reti pubbliche di telefonia mobile all'interno della Comunità". Lasciando, così, aperta la possibilità che, anche disposizioni diverse dal regolamento, possano introdurre tali "misure", purché si tratti di misure specifiche, cioè rivolte espressamente al settore delle comunicazioni elettroniche, anche se inserite in una disciplina più ampia. Il regolamento ha, però, ommesso di richiamare, in questa seconda ipotesi, la necessità di rispettare il principio di partecipazione degli interessati richiesto dalle direttive del 2002.

Abbandonata la via dell'accordo a favore della determinazione normativa degli obblighi, il legislatore comunitario, con l'art. 3 del regolamento, ha individuato direttamente la tariffa da

¹¹ In particolare da Vodafone.

applicare, disponendo che la tariffa media all'ingrosso che l'operatore di una rete ospitante può richiedere all'operatore di una rete di origine non può superare l'importo di 0,30 euro al minuto. Questa tariffa è applicabile ad una qualsiasi coppia di operatori ed è calcolata su un periodo di dodici mesi. Inoltre, sono state previste ulteriori riduzioni al tetto massimo da applicare nei due anni successivi al 2007. In base all'art. 4, l'importo al dettaglio non può superare 0,49 euro al minuto per le chiamate in uscita e 0,24 euro per le chiamate in entrata per il 2007. Questa determinazione va ricondotta all'obiettivo di armonizzazione perseguito dal legislatore europeo (art. 95 tr.), al fine di rimuovere gli ostacoli al mercato comune. Ma può produrre un effetto perverso in quanto non tiene conto del differente potere d'acquisto dell'euro nei vari Stati comunitari e della diversità dei costi, non correlati alla realtà economica, dei singoli Paesi.

3. L'attività di regolazione

Ed è proprio per queste disposizioni che determinano, in via normativa, il prezzo massimo da applicare all'attività di *roaming* comunitario che il regolamento spinge ad una riflessione sull'utilizzazione dell'attività di regolazione e sui suoi contenuti.

Questa riflessione impone di fare un passo indietro e di ricordare che, nel secolo scorso, si sono succeduti nel nostro ordinamento due tipi di regolazione. La prima ha costituito uno strumento per porre in essere un'economia regolata. La seconda è stata utilizzata per il fine opposto. Quello di abbattere il sistema economico dirigistico in favore dell'introduzione di un'economia di mercato.

Con la prima regolazione, così detta di disciplina pubblica dell'economia¹², emanata in funzione di programmazione e di direzione dell'economia, in particolare delle attività di servizio pubblico e di produzione di beni, l'ordinamento incideva sulla quantità dei servizi da offrire, dei beni da produrre e sui loro prezzi. In passato, con la regolazione si determinava anche la riduzione del godimento di alcuni beni da parte dei privati che rendeva a questi ultimi impossibile lo svolgimento di specifiche attività. Sempre con la regolazione, si fissava il prezzo del pane o dello zucchero, tutelando i produttori. In seguito, una regolazione fu richiesta dagli stessi amministrati, evidenziando, in tal modo, il carattere corporativo che la caratterizzava. Essa poteva intervenire ad esempio, sulla distribuzione dei prodotti farmaceutici o, anche, sulla stampa.

Quanto agli strumenti utilizzati, le modalità di offerta dei servizi e i loro caratteri essenziali venivano individuati in situazioni di monopolio pubblico. In pratica, con la regolazione, i pubblici poteri erano in grado di sottrarre i servizi, ed anche i beni (si pensi, per il mercato delle

¹² M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in *Regolazione e concorrenza* a cura di G. Tesaurò e M. D'Alberti, Bologna, Il Mulino, 2000, 171 ss.

telecomunicazioni, all'acquisto di terminali) al libero gioco del mercato, utilizzando strumenti di vario tipo, consentiti dall'art. 43 della Costituzione, quali l'esistenza di aree riservate per legge ai pubblici poteri, il ricorso al sistema delle concessioni¹³, la determinazioni dei prezzi, le autorizzazioni discrezionali, l'azionariato pubblico.

Per effetto dell'intervento europeo, la regolazione ora descritta e le sue finalità sono state sostituite da interventi di segno opposto, messi a punto, per introdurre la concorrenza nei singoli mercati, attraverso una normativa dettagliata che ha investito l'intero territorio dei servizi pubblici (o *public utilities*), spesso in mano privata¹⁴ e che presenta la caratteristica di essere molto diversa da settore a settore, dovendo scandagliare tutte le caratteristiche tecniche dei singoli mercati¹⁵. Anche con la nuova regolazione sono stati perseguiti fini economici. A questi si sono accompagnati fini sociali perché la concorrenza nei servizi, nel disegno comunitario indicato nel trattato (artt. 2 e 3), avrebbe abbattuto il loro costo, creando maggiori opportunità di lavoro e una maggiore coesione sociale.

Rispetto alla precedente, la nuova regolazione ha avuto una portata più ristretta. Essa non ha riguardato ogni forma di ingerenza pubblica nell'economia, come la pianificazione, le sovvenzioni, la concertazione, ma forme più ridotte di azione che contribuiscono a conformare il mercato stabilendo equilibri e riconoscendo interessi¹⁶. Nelle comunicazioni elettroniche, come in altri servizi pubblici, la nuova regolazione, ad alto contenuto tecnico, è stata affidata ad autorità neutrali ed esplicata con modalità *market oriented*, quali il contraddittorio, la partecipazione degli interessati, la trasparenza.

Nella sua fase iniziale, il compito della nuova regolazione è stato quello di abbattere i monopoli, liberalizzare il mercato e consentire l'entrata in esso di una pluralità di operatori, assicurando anche la loro permanenza nel settore. Quest'ultimo profilo ha imposto una vigilanza sulla conservazione, negli ex monopolisti, di situazioni di dominanza che potevano frapporre ostacoli al funzionamento del mercato. Infatti, la dimensione può consentire - ed ha consentito in diversi ordinamenti europei - all'ex monopolista di mantenere, anche dopo la caduta del monopolio, una posizione dominante fondata su una superiorità tecnologica, sulla facilità di accesso al credito, sulla possibilità di acquistare sul mercato beni a prezzo di favore, considerate le dimensioni

¹³ *Concessioni e concorrenza*, a cura di M. D'Alberti, Antitrust, Quaderno n. 8, giugno 1998; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001, descrive le origini della disciplina pubblica rispetto ai pubblici lavori e ai pubblici servizi e i caratteri discrezionali da essa assunti (p.11 ss.) e, successivamente, i regimi di diritto amministrativo (p.77 ss.).

¹⁴ L. Prosperetti, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economiche ed esperienze recenti*, in "MCR", 2002, 277ss. spec. 282. M. Libertini, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in "Giorn. dir. amm.", 2005, 195 ss. G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005, spec. 47 ss.

¹⁵ M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo*, cit. 174 ss.

¹⁶ Così, S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesaro e M. D'Alberti, Bologna, Il Mulino, 2000, 11 ss.

dell'impresa, su un maggior numero di abbonati e, infine, sulla utilizzazione di un marchio conosciuto¹⁷.

Va precisato che l'intervento comunitario non solo ha richiesto, come si è osservato, che la regolazione venisse utilizzata per una finalità opposta rispetto al passato, ma ha, anche, reso illegittime le precedenti attività di economia regolata poste in essere dai pubblici poteri.

Con riferimento alle telecomunicazioni, la nuova regolazione ha avuto un carattere capillare. La normativa emanata ha dato luogo ad un complesso organico di prescrizioni a volte minuziose – rese operative attraverso direttive e regolamenti che hanno previsto per la loro attuazione anche interventi di *soft law*. Da un lato, perché un settore ad alta complessità tecnica come è quello che ruota intorno alle telecomunicazioni (oggi comunicazioni elettroniche) ha bisogno di essere guidato da regole analitiche per non lasciare eccessiva discrezionalità agli operatori e per introdurre la massima trasparenza nei rapporti¹⁸. Dall'altro, con riferimento alla *soft law*, perché la regolazione tramite accordi, orientamenti, *guidelines* e proposte, maggiormente adattabili al singolo caso, si presta a trovare più facilmente attuazione.

Stupisce, dunque, che l'ordinamento comunitario abbia fatto ricorso, nel 2007, alla fissazione dei prezzi del *roaming* in via normativa, strumento appartenente ad una regolazione in funzione di pianificazione¹⁹, che non esiste più e che non è consentita dallo stesso trattato del 1992 (art. 86). Senza contare, sotto il profilo della disciplina generale, che la determinazione dei prezzi in base ad accordi guidati o sorvegliati dalle Anr, in considerazione della neutralità e imparzialità che caratterizzano queste ultime, rappresenta uno di principi sui quali le direttive del 2002 hanno fondato l'attività nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Né si può invocare, per giustificare l'intervento comunitario, l'applicazione del principio di sussidiarietà sancito all'art. 5 del trattato (e richiamato dal considerando n. 41 Dq), accompagnato, nelle modalità di esecuzione, dal principio di proporzionalità. Ciò in quanto la sussidiarietà non è stata mai intesa come un'azione che sostituisce a livello superiore, in forma autoritaria, incapacità rese manifeste a livello inferiore. Piuttosto, è stata configurata come la sostituzione di un intervento affidato ad una istanza inferiore con una azione posta in essere da un'istanza superiore, allorché la prima abbia dimostrato difficoltà o impossibilità a svolgerlo. Ma l'attività sostitutiva mantiene,

¹⁷ Ciò è quanto è avvenuto in Italia con Telecom.

¹⁸ S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in "Questa rivista", n. 6/2002, 689 ss. A. Sandulli, *Il procedimento*, in *Trattato dir. amm.*, a cura di S. Cassese, *Dir. amm. gen.* tomo II, seconda ed., Milano, Giuffrè, 2002, 1035 ss. spec. 1170 ss.; P. Humphreys and S. Simpson, *Globalisation, Convergence and european telecommunications regulation*, Celtenham, UK, Northampton, Ma., Usa, 2005

¹⁹ G. Napolitano, *Servizi pubblici* cit. osserva che all'origine la potestà tariffaria assumeva carattere addirittura tributario era liberamente manovrata dalle autorità ministeriali, perdendo qualsiasi collegamento con i costi effettivi (p. 307 ss), aspetti venuti meno con il processo di liberalizzazione.

quanto alle modalità, le stesse caratteristiche di quella cui si sostituisce²⁰. Inoltre, la sussidiarietà trova applicazione, principalmente, nei confronti di interventi a carattere nazionale. E dà luogo ad azioni mirate, poiché ogni sostituzione tiene conto della specificità dell'attività sostituita. Mentre l'obbligo che discende dal regolamento viene imposto a livello europeo ed è direttamente applicabile all'interno di tutti gli Stati.

4. La determinazione dei prezzi in via normativa

Sotto questo aspetto, si può osservare che se, oggi, la regolazione è considerata una attività finalizzata all'abbattimento degli ostacoli che si oppongono all'instaurarsi di un regime concorrenziale e a stimolare il libero gioco delle forze di mercato, essa, tendenzialmente almeno, non dovrebbe imporre agli operatori decisioni sui prezzi che non siano frutto di accordi tra le parti, pur se guidati o vigilati dalle Anr. Soprattutto perché la determinazione dei prezzi di un servizio è di fondamentale importanza, e può definirsi quasi la cartina di tornasole, per valutare il grado di concorrenzialità del mercato cui il servizio si riferisce. Pertanto, in un mercato concorrenziale, la determinazione dei prezzi di un servizio, pur tenendo ovviamente in considerazione il costo necessario a svolgerlo ed una certa remunerazione per l'impresa che lo offre, deve essere libera²² e formarsi sulla base dell'offerta più conveniente, cui corrisponde una maggiore domanda.

Se questa regola non è stata seguita appieno, in passato, nelle telecomunicazioni, ciò è dipeso da diversi fattori inerenti anche alla natura di preminente interesse nazionale del servizio e ad alcuni suoi caratteri intrinseci, il primo dei quali è dato dalla difficoltà di determinazione dei prezzi e dei costi. In ogni caso, i prezzi praticati sono stati sottoposti a controlli preventivi esercitati, soprattutto, sulle modalità seguite per individuarli. Se questo è quanto si è verificato in precedenza, non è un buon motivo per continuare questa pratica che ci riporta indietro di almeno cinquant'anni, ad una impostazione dirigistica dell'economia oramai superata, anche perché con i prezzi amministrati o determinati per legge²³ si configura un intervento comunitario nel settore,

²⁰ Su questi temi, cfr. A. D'Atena, *Sussidiarietà e sovranità*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 1999, La Costituzione europea: Atti del XIV Convegno annuale Perugia 7-9 ottobre 1999*, Padova, Cedam, 2000; 17 ss. Id., *Modelli federali e sussidiarietà, nel riparto delle competenze normative tra Ue e gli Stati membri*, in *Il diritto dell'UE*, n. 1/2005, 59 ss.; L. Melica, *Sussidiarietà*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, Giuffrè, 2006, 5836 ss. L'applicazione del principio richiede l'individuazione della necessità dell'azione e, solo in un secondo momento, interviene l'applicazione del principio di proporzionalità. Osserva Melica che i mezzi dell'azione comunitaria devono limitarsi all'essenziale "privilegiando le direttive e gli orientamenti generali" e lasciando la massima libertà ai destinatari degli interventi (5838).

²² Questo è quanto affermato dalla l. n. 249/1997, art. 4, c. 9.

²³ Cfr. Agcom delibera n. 85/98.

antitetico al nuovo modello di regolazione introdotto con la costituzione dell'Agcom e con gli indirizzi contenuti nel trattato del 1992.

Piuttosto, si può affermare che il tema posto sul tappeto dal regolamento coinvolge in pieno l'uso della regolazione in funzione della concorrenza²⁴ affidata alle Anr. Ed è configurabile come uno strumento che, di fatto, restringe la potestà regolativa delle singole Anr. Naturalmente, si può osservare che lasciare che a deliberare siano le singole Anr, ammesso che ne abbiano i poteri, comporta il rischio di una possibile diversità di tariffe da nazione a nazione²⁵. Anche se gli accordi dovrebbero stipularsi necessariamente tra le Anr dei vari Stati. Mentre, se il prezzo massimo praticabile è determinato d'autorità in sede europea, esso avrà maggiore uniformità all'interno della Comunità²⁶. Può una simile considerazione essere sufficiente a giustificare un intervento normativo in materia di prezzi, e per di più sottratto all'azione delle autorità neutrali a ciò predisposte? O non deve, piuttosto, tale azione essere inquadrata in un indirizzo, in atto certamente nel nostro ordinamento da quasi un decennio, nel quale si evidenzia una progressiva erosione da parte del governo dei poteri delle Anr, soprattutto con riferimento a quelli amministrativi che tendono a ridursi a poteri consultivi? A confermare questa tendenza si può notare, per l'Italia, che l'attribuzione di poteri di regolazione al governo e in particolare al Ministero delle comunicazioni iniziò²⁷ alla fine degli anni Novanta, prima ancora di essere generalizzata e formalmente codificata²⁸. E sempre in tale ottica va inquadrata anche la preannunciata trasformazione dell'Erg in

²⁴ S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, cit. osserva che, contrariamente a quanto scrivono frequentemente gli studiosi americani, la disciplina della regolazione non fa parte della concorrenza. Essa mira alla correzione dei risultati non desiderati sotto il profilo concorrenziale (ad esempio, intese o abusi di posizione dominante). La regolazione parte da un punto di vista diverso e cioè che il mercato non vi sia e che sia necessario abbattere gli ostacoli che vi si oppongono.

²⁵ Sul modo in cui questa diversità possa essere accettata in un'era di globalizzazione degli scambi cfr. R.D. Kelemen, *Globalization, federalism, and regulation*, in *Dynamics of regulatory change. How globalisation affects national regulatory policies*, David Vogel and Robert A. Kagan editors, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 2004, 269 ss. L'a., dando conto di due posizioni contrapposte osserva, da un lato, che "State level regulatory autonomy has been attacked by international trading partners who claim that regulatory diversity.....can constitute a....barrier to trade". Mentre, a loro volta, i regolatori contestano che la globalizzazione "could endanger their regulatory autonomy".

²⁶ Potendo addirittura configurarsi come una misura di armonizzazione ai sensi dell'art. 95 del trattato.

²⁷ R. Perez, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2002, spec. 140 ss. Esistono, peraltro, anche processi di assestamento studiati in altri ordinamenti che investono, senza contrastarla, l'attività di regolazione, cfr. *Refining regulatory regimes. Utilities in Europe*, D. Cohen and A. Héritier editors, Celenham, UK. Northampton, Ma, Usa, 2006.

²⁸ Cfr. art. 25, n. 4, del Codice delle comunicazioni elettroniche, approvato con decreto legislativo, 1° agosto 2003, n. 259. Sulla fase di stallo che si è verificata nel processo di riforma dei servizi pubblici, cfr. Astrid, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, a cura di C. De Vincenti e A. Vigneri, Bologna, Il Mulino, 2007. Osservano i curatori nella loro introduzione che la situazione di stallo è dimostrata dal ritardo nell'attuazione delle misure previste dai provvedimenti di liberalizzazione; dall'uso delle quote residue di proprietà pubblica nelle società di rete e di servizi, volto a massimizzare gli incassi per il Tesoro, invece che a promuovere gli investimenti necessari per la sicurezza energetica e per la promozione della concorrenza; da interventi legislativi volti, in parte a ricondurre in capo al governo e in parte a restringere a favore di imprese dominanti, i poteri regolatori delle autorità indipendenti; dall'abbandono con decreto legge dei poteri di regolazione del Cipe in merito al *price cap*; dal blocco del percorso di adeguamento delle tariffe idriche (p.12-14). Ad un ridimensionamento dell'Agcom faceva riferimento, già nel 2001, M. Libertini, *I rapporti tra Ministero e Autorità garante delle comunicazioni*, in questa rivista, n. 12/2001, 1287 ss. Osservazioni critiche sulle scelte nazionali in G. della Cananea, *I problemi istituzionali nel*

Autorità europea delle comunicazioni, con possibile, futura sottrazione di poteri alle Anr dei singoli Stati²⁹.

Sollevati questi dubbi, sui contenuti e sulle finalità del regolamento, si possono esaminare gli argomenti adottati dal legislatore comunitario per giustificare la scelta autoritaria. Questi, sotto il profilo formale, definisce l'intervento: a) una misura derogatoria specifica che si inserisce in un contesto di eventuali misure specifiche” – e ciò significa che la determinazione potrà, come già accennato, provenire da una fonte non necessariamente comunitaria, ma espressamente riferita al roaming; b) posta in essere in considerazione delle caratteristiche peculiari del servizio.

La prima affermazione, trattarsi di una misura derogatoria, conferma che il provvedimento normativo non è conforme ai principi del trattato e che potrebbe trovare una spiegazione, se non una giustificazione, per il fatto di essere adottato in un ambito ristretto, limitato al solo *roaming*.

Per quanto riguarda la seconda considerazione, che giustifica la deroga anche in relazione alle caratteristiche peculiari del *roaming*, tali caratteristiche possono riguardare tre aspetti del servizio stesso: 1) l'obiettivo complessità di individuare i costi e, quindi, i prezzi di destinazione delle chiamate, da cui discende la difficoltà di correggerli tramite il ricorso ad accordi; 3) l'entità degli investimenti di cui necessita il servizio per stimolarne lo sviluppo e renderlo al passo con i tempi; 4) la rilevanza finanziaria di ogni deliberazioni in tema di prezzi del servizio di *roaming*, nonché il valore finanziario dell'attività contenziosa che una deliberazione su questa materia può suscitare. Anche se il primo aspetto sembra giocare un ruolo determinante.

Si deve notare che l'azione autoritaria nei confronti dei prezzi dei servizi è presente anche nella l. 4 agosto 2006, n. 248 (“Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale” cd legge Bersani). L'art. 2 della legge, nell'abrogare, in conformità al principio comunitario di libera concorrenza, ed al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, l'obbligatorietà delle tariffe fisse o minime, introduce una deroga che fa salve le disposizioni riguardanti l'esercizio delle professioni rese nell'ambito del servizio finanziario nazionale “nonché le eventuali tariffe massime prefissate in via generale a tutela degli utenti” art. 2, c. 2.

Certo, non si può non notare l'ambiguità della legge che, con il comma 1 abolisce le tariffe fisse per tutelare la concorrenza e gli utenti e, con il comma 2, allo stesso fine, le mantiene. Apparentemente, dunque, per il nostro legislatore nazionale, così come per quello comunitario, la

nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche, in *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, a cura di G. della Cananea, Torino, Giappichelli, 2005, 9 ss.

²⁹ Questa trasformazione è prevista nelle proposte volte a correggere le direttive del 2002.

determinazione dei prezzi in forma autoritaria può perseguire una finalità duplice e opposta: essendo configurabile come attività che nuoce all'utente o che lo tutela.

In quest'ottica, l'argomento da analizzare si sposta dal mezzo (la determinazione autoritaria) al fine (la tutela che garantisce). Non sarebbero tanto i mezzi derogatori che il legislatore adotta a dover essere giustificati nel contesto, quanto la loro capacità, in casi specifici, di raggiungere il fine (protetto anche in base al trattato) di tutela dell'utente. E qui si nota una sorta di ambivalenza della disciplina pubblica³⁰. Perché l'utente può effettivamente essere meglio tutelato con la determinazione autoritativa dei prezzi. Si pensi al recente provvedimento Bersani, dl n. 7/2007 convertito nella legge n. 40/2007 "Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese, la valorizzazione dell'istruzione tecnico-professionale e la rottamazione di autoveicoli", il cui articolo 1 sopprime i costi delle ricariche telefoniche gravanti sugli utenti, sotto il profilo che tali costi costituivano una componente non trasparente del prezzo, facendo sopportare alle imprese le perdite finanziarie che l'adozione di tale provvedimento ha comportato e, per di più, senza neppure un tentativo di consultazione dei soggetti interessati. Si aggiunga che il provvedimento rappresenta una continuazione della tendenza in atto nei confronti delle Anr e specificamente nei confronti dell'Agcom, che, in questo caso, si è materializzata, non in una sottrazione di poteri già svolti, ma in una attività che avrebbe potuto essere svolta, in futuro, dall'Agcom.

5. Conclusioni

In questa situazione nella quale le determinazioni autoritative dei prezzi possono costituire in via generale, ed hanno costituito nel caso specifico, una protezione per gli utenti³¹ resta però non convincente il riferimento del regolamento che giustifica l'intervento comunitario in relazione alla peculiarità del servizio. Tale richiamo non serve a dissipare la convinzione che anche le Anr, se dotate degli opportuni mezzi, avrebbero potuto mettere a punto la medesima azione, configurabile in tal caso come intervento amministrativo³². E che la loro mancanza di strumenti, richiamata nel

³⁰ Sul profilo, con riferimento ai servizi postali e alla diffusione che la gestione diretta raggiunge nel Novecento G. Napolitano, *Servizi pubblici*, cit. fa riferimento ad un diritto derogatorio applicabile al rapporto di utenza, 48 ss.

³¹ Purché, però, si tratti di una determinazione a breve termine, come è quella in esame. Infatti, su lungo periodo, l'utente non godrebbe di alcuna tutela, non essendogli riconosciuto alcuno strumento né giudiziale, né extragiudiziale per difendersi da un prezzo determinato normativamente che non rifletta più il mercato, ad esempio per cause relative all'introduzione di nuove tecnologie. E avrebbe solo la possibilità di sottrarsi, rinunciando all'eurotariffa. E sotto quest'ultimo profilo, si può osservare che una determinazione normativa dei prezzi così fatta sarebbe contraria anche al considerando n. 27 (Dq) che prevede un riesame periodico, da parte della Commissione dei propri orientamenti in modo da assicurare che siano appropriati ad un mercato in rapida evoluzione, riesame non previsto dal regolamento n. 717/2007

³² Cfr. G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000 e la differenza tra atti che stabiliscono obiettivi e atti che realizzano la gestione, 55 ss.

considerando n. 4 del regolamento, in realtà sanabile, sia da ritenere un argomento pretestuoso riconducibile ad un tentativo confuso, in atto, volto a ripristinare un “primato della politica” che “imporrebbe la restituzione all’esecutivo della “guida” dei servizi pubblici”³³, messa a punto non più solo a livello nazionale, ma anche in sede comunitaria. Ma non va neppure taciuto un altro aspetto “debole” dell’intervento comunitario e cioè che le determinazioni normative dei prezzi, indipendentemente dalla tutela che assicurano, sono provvedimenti che fanno compiere al mercato un passo indietro, per questo motivo vanno fortemente limitate.

³³ Così, G. Napolitano, *Regole e mercato*, cit. 101. M. De Bellis, *L’erosione dei poteri dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, in “Rass. giur. energia elettrica”, n. 3/2004, 401 ss.