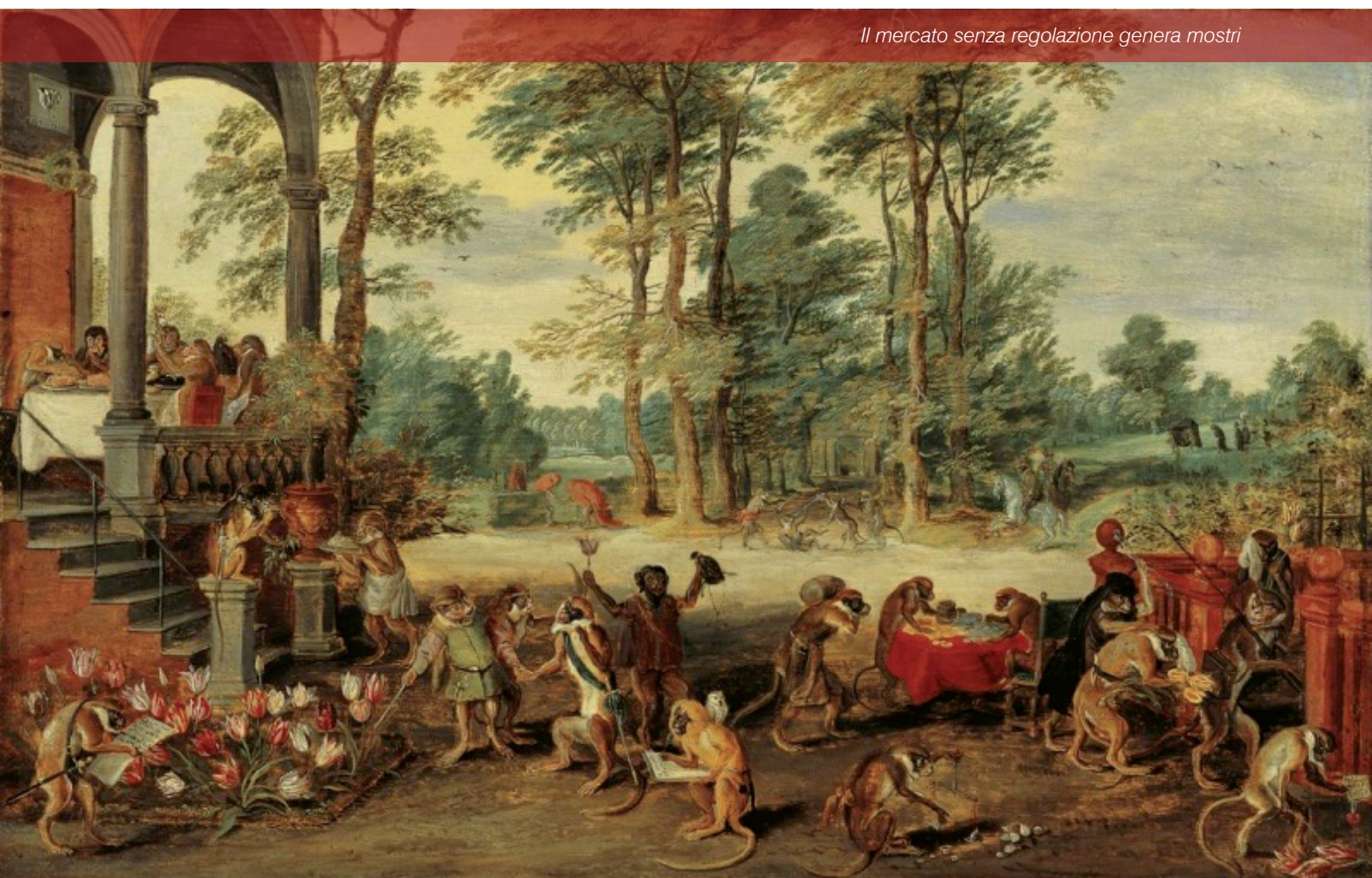


Fascicolo **2** | 2014

RIVISTA DELLA

Regolazione dei **mercati**

Il mercato senza regolazione genera mostri





INDICE

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo 2 | 2014

Rivista registrata presso
il Tribunale di Torino
aut. n. 31 del 25 ottobre 2013

Direttori

Eugenio Bruti Liberati,
Filippo Donati
direttore responsabile

Comitato direttivo

L. Ammannati, N. Bassi,
M. Clarich, D. de Pretis, U. Filotto,
F. Ghezzi, M. Giovannini,
P. Giudici, B. Marchetti, A. Pericu, M.
Ramajoli, C. Scarpa,
F. Scarpelli, B. Tonoletti

Comitato scientifico

A. Albanese, A. Alemanno,
C. Barbati, P. Biandrino, A. Boitani,
M. Cammelli, F. Cassella,
S. Cassese, R. Cavallo Perin,
G. Della Cananea, G. De Nova,
E. Ferrari, G. F. Ferrari, N. Irti,
M. Libertini, M. Maresca, G. Morbidelli,
M. Orlandi, G. Pericu, A. Police,
G. M. Racca, M. Renna,
M.A. Sandulli, F. Sciafani,
M. Thatcher, L. Torchia, A. Travi

Comitato di redazione

A. Candido, V. Gioffré, A. Marra

Progetto grafico e impaginazione
mv comunicazione architetti associati

Editoriale

di *Marcello Clarich*

1

SAGGI

From old to new industrial policy via economic regulation

di *Mark Thatcher*

6

Il 'valore' del *rating* nelle regolazioni pubbliche. Regolare il mercato del *rating* o superare il *rating*?

di *Laura Ammannati*

23

Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche

di *Eugenio Bruti Liberati*

47

L'ecosistema delle apps ed il ruolo della regolazione

di *Antonio Perrucci*

82

La cessione dei diritti audiovisivi del Campionato di calcio di Serie A, tra regolazione pro-competitiva e tutela della concorrenza

di *Federico Ghezzi e Mariateresa Maggiolino*

101

Gli obblighi di servizio pubblico come strumenti polifunzionali di regolazione dei mercati

di *Nicola Bassi*

127

L'Autorità per l'Energia tra competizione e cooperazione

di *Salvatore Lanza e Simone Lucattini*

156

La regolazione dei prezzi dei farmaci

di *Monica Delsignore*

192

COMMENTI

"Razionalizzazione delle autorità indipendenti". Tagliare le spese, ma non gli artigiani!

di *Fabiana Di Porto*

207

Riflessioni a margine della direttiva 2014/23/UE

di *Giovanni D'Angelo*

225

Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti tra *matière pénale* e divieto di *bis in idem* (note a margine della sentenza CEDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014)

di *Feliciano Palladino*

247

Il riparto di competenze in materia ferroviaria tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Autorità di Regolazione dei Trasporti alla luce della sentenza *Arenaways* del T.A.R. Lazio

di *Davide Maresca e Luigi Ceffalo*

260

Programmazione economica e libertà di concorrenza. L'utilità sociale nelle valutazioni dell'Autorità *antitrust*

di *Andrea Cardone e Giorgia Crisafi*

271

Il Decreto Alstom: illustrazione della disciplina e prime valutazioni di compatibilità con il diritto comunitario di <i>Andrea Pericu</i>	290
Intermediari Finanziari ed <i>Equity Crowdfunding</i>: profili di compliance di <i>Salvatore Rizzo</i>	300
Taxing financial transactions as an alternative to the regulation of financial markets di <i>Camilla Buzzacchi</i>	318
Regolazione del mercato idroelettrico e tutela della concorrenza: la sentenza 25 febbraio 2014, n. 28 e un possibile nuovo orientamento della Corte Costituzionale di <i>Gianluca Cavalieri</i>	341
RECENSIONI	
Massimo Florio, <i>Network Industries and Social Welfare. The Experiment that Reshuffled European Utilities</i> , Oxford University Press, 2013, pp. V-406 di <i>A. Canepa</i>	358
Simone Torricelli, <i>Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale</i> , Rimini, Maggioli Editore, 2013, pp. I-300 di <i>M. Renna</i>	362
Francesco Goisis, <i>La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo</i> , Torino, Giappichelli, 2014 pp. XIV-146 di <i>V. Carfi</i>	366
Ermanno Vitale, <i>Contro i beni comuni. Una critica illuminista</i> , Bari, Laterza, 2013, pp. XVIII-125 di <i>F. Cassella</i>	371
RASSEGNE	
AGCOM e procedura di <i>notice and comment</i> di <i>Nadia Spadaro</i>	375



EDITORIALE

Editoriale

In occasione del Convegno di presentazione della Rivista, svoltosi a Roma il 29 maggio 2014, Marcello Clarich ha tenuto una Relazione introduttiva dal titolo “La riflessione scientifica attuale sulla regolazione dei mercati”. D'accordo con l'Autore, pubblichiamo tale Relazione come Editoriale del presente numero.

La regolazione dei mercati è stata da sempre al centro di riflessioni dottrinali e di dibattiti politici. Si pensi soltanto in epoche storiche ormai lontane alle discussioni tra i mercantilisti e i fautori del libero mercato.

Limitandoci ai periodi più recenti, che hanno un rilievo non limitato alla cerchia degli specialisti di storia economica e di storia del pensiero economico, si possono distinguere, pur con qualche semplificazione, nell'esperienza italiana, tre fasi principali.

Una prima fase, dominante a partire dagli anni Trenta del secolo scorso, con un apice negli anni Sessanta e presente fino agli anni Novanta, è stata caratterizzata dal modello dello Stato interventista e del governo democratico dell'economia. Una seconda fase si è sviluppata nei decenni successivi e ha visto affermarsi il cosiddetto Stato Regolatore. Una terza fase si è aperta in seguito alla crisi sistemica finanziaria ed economica del 2008 che ha portato a un ripensamento dei modelli, delle categorie e degli strumenti della regolazione.

La prima fase è stata segnata da un paradigma antitetico rispetto a quello della libera concorrenza, intesa come principio generale nei rapporti economici, della regolazione leggera e della devoluzione ai privati delle attività di erogazione dei servizi pubblici.

La tradizione legislativa, scientifica, culturale dominante non poneva all'epoca alcun limite giuridico né all'ambito di intervento dello Stato, né agli strumenti a sua disposizione.

Com'è stato osservato (F. MERUSI) la dottrina italiana degli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso aveva concentrato la propria attenzione soprattutto sulla programmazione economica, sia generale sia settoriale, sulle direttive amministrative, sulle riserve legali di attività, sul regime dei prezzi autoritativi, ecc.

Si pensi per tutti alle riflessioni di Massimo Severo Giannini in tema di diritto pubblico dell'economia, che impostano l'analisi della regolazione economica quasi esclusivamente dal punto di vista dei poteri amministrativi e del pubblico interesse. In particolare, l'interpretazione dell'art. 41 Cost. pone l'accento non già sul primo comma, che enuncia il principio di libertà economica, bensì sul secondo comma che pone il limite dell'utilità sociale. Una siffatta impostazione legittima ogni forma di interventismo pubblico giustificato dall'interesse pubblico, stabilito dallo stesso legislatore, senza alcun tipo di argine giuridico. In quegli stessi anni, la giurisprudenza della Corte costituzionale usava un criterio estremamente blando di controllo della legittimità costituzionale delle

leggi che introducevano restrizioni alla concorrenza (M. LIBERTINI).

Massimo Severo Giannini, che pur metteva a nudo le disfunzioni del sistema delle pianificazioni generali o di quelle settoriali, proponeva una critica tutta interna al modello stesso. Egli cioè si interrogava su come correggere i difetti del sistema di intervento pubblico, su come limitare lo strapotere della politica nella sua gestione diretta o indiretta delle imprese pubbliche, pur sempre rimanendo all'interno del paradigma all'epoca dominante.

Va anche considerato che la regolazione, così come oggi la conosciamo, era a quell'epoca estremamente limitata. Il predominio del modello dell'impresa pubblica in regime di monopolio, che gestiva tutta la filiera del settore dei servizi pubblici, riduceva al minimo il bisogno di una regolazione giuridica. Gran parte delle questioni correlate alla produzione e alla erogazione di certi beni e servizi venivano risolte direttamente all'interno dell'ente pubblico economico o dell'azienda di Stato priva di personalità giuridica cioè, sul piano per così dire gestionale. Il principale strumento di regolazione finiva per essere costituito dalle direttive ministeriali che peraltro, come aveva sottolineato la dottrina (F. MERUSI) erano di fatto elaborate spesso dagli stessi destinatari delle medesime.

Inoltre in alcuni settori economici anche diversi dai servizi pubblici (attività bancaria o assicurativa), la regolazione si prestava a essere ricondotta comunque al modello dei cosiddetti ordinamenti giuridici settoriali (M.S. GIANNINI). Per esempio, secondo la legge bancaria del 1936, gli istituti di credito che entrano nel mercato non esercitano un diritto, ma necessitano di una concessione amministrativa; sono soggetti a penetranti poteri ordinatori e sanzionatori delle autorità di vertice del sistema (dei quali è ancor oggi un residuo il Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio). I compiti dei regolatori non erano limitati alla salvaguardia della stabilità del sistema (cosiddetta sana e prudente gestione), ma includevano anche poteri di indirizzo e di orientamento dell'attività secondo il modello della pianificazione del credito.

Per effetto di un siffatto modello normativo, la concorrenza finiva per essere considerata come un elemento meramente residuale rispetto agli spazi occupati dalla regolazione pubblica (A. PATRONI GRIFFI).

A partire dagli anni '90, quasi all'improvviso, emerge un cambiamento di paradigma che apre una nuova fase nella quale predomina il cosiddetto Stato regolatore. In esso compaiono nuovi soggetti come le autorità amministrative indipendenti, apparati che hanno dato molto filo da torcere alla dottrina, attesa la loro incerta collocazione all'interno del sistema costituzionale e amministrativo (A. LA SPINA, G. MAIONE, S. CASSESE, M. D'ALBERTI). Il vecchio modello di rapporti tra Stato e mercato entra infatti in crisi sia a causa della situazione finanziaria dello Stato, che non aveva più le risorse per ripianare i disavanzi delle imprese pubbliche, sia per effetto di un'applicazione più rigorosa in sede europea della disciplina degli Aiuti di Stato, sia infine per effetto delle direttive europee di liberalizzazione dei vari settori.

Nel 1990 viene approvata in Italia (tra gli ultimi paesi europei) una legge antitrust (n. 287/1990), che ad avviso della dottrina maggioritaria subito sviluppata sul tema, rappresenta in modo emblematico un punto di svolta che presuppone tra l'altro una rivalutazione del primo comma dell'art. 41 Cost., non a caso espressamente richiamato dall'art. 1 della nuova legge e rivalutato in anni più recenti anche dalla Corte costituzionale (M. RAMAJOLI).

Il cambio di paradigma è stato sofferto nella riflessione di molti giuristi, economisti e politologi italiani, perché il nuovo modello dello Stato regolatore ve-

niva visto da alcuni quasi come un'imposizione dell'ordinamento europeo e come un innesto spurio di concezioni di matrice anglosassone. Va ricordato infatti che, storicamente, negli Stati Uniti non si è mai affermato il modello dello Stato dirigista e interventista dominante in molti paesi europei.

L'introduzione degli elementi fondanti dello Stato Regolatore e degli strumenti della regolazione, insieme ad ampi processi di privatizzazione delle imprese pubbliche, misero in rilievo in termini inediti il problema della regolazione.

Infatti, aprire alla concorrenza settori che per natura non sono competitivi, a causa della sussistenza di fallimenti del mercato, significava configurare una nuova architettura della regolazione, sia in senso verticale (relativa ai rapporti tra autorità di regolazione e operatori), sia in senso orizzontale (relativa ai rapporti tra operatori e tra questi e i consumatori). Si pensi, per esempio, nel settore delle comunicazioni elettroniche, alla disciplina dei contratti di interconnessione e di accesso alla rete come strumento negoziale ma fortemente controllato da un regolatore che può intervenire anche coattivamente. Si pensi ancora alle regole a tutela degli utenti dei servizi pubblici.

La stessa espressione "regolazione", intesa come complesso di strumenti che servono a far funzionare un mercato affetto da fallimenti più o meno gravi, entra a poco a poco anche nel lessico giuridico, mentre tradizionalmente in dottrina trovava spazio soltanto il lessico delle fonti giuridiche di tipo tradizionale costituite dai regolamenti governativi, esecutivi, delegati, indipendenti.

Ci si è dunque interrogati su quali criteri possano essere utilizzati per distinguere la regolazione economica dalla regolazione sociale, nonché se la regolazione deve essere intesa in senso ampio o in senso stretto, se essa deve includere solo le regole di creazione del mercato laddove il mercato da solo non può funzionare, oppure anche regole esterne al mercato che individuano limiti all'attività d'impresa (per esempio in materia ambientale).

In seguito al venir meno dell'impostazione dirigistica volta a individuare priorità, allocare risorse, orientare l'attività degli operatori, è stato teorizzato il modello della regolazione condizionale (L. TORCHIA) che, in quanto tale, può anche essere affidata ad autorità indipendenti.

Molti hanno ritenuto di poter distinguere il livello dell'indirizzo politico da quello della regolazione indipendente. Nella sistematica prevalente, da un lato si enucleavano le scelte di tipo distributivo (allocazione di risorse), di politica industriale ed economica che in un paese di democrazia liberale deve essere attribuita a un'entità politicamente responsabile; dall'altro si collocava, in modo separato, la regolazione indipendente definita non discrezionale (al massimo investita da discrezionalità tecnica) che può essere scorporata dal circuito democratico e affidata alle autorità indipendenti. Si tratta in realtà di una dicotomia astratta, in quanto, a ben considerare, il passaggio da scelte di tipo allocativo alla regolazione concreta comporta tanti gradi intermedi, per cui è difficile segnare il confine tra politiche regolatorie che spettano per natura alla politica e regolazioni che possono essere affidate alle autorità indipendenti.

Il primato della concorrenza sulla regolazione è un altro principio derivante dal diritto europeo che condiziona il modello. Si pensi in particolare ai servizi di interesse economico generale, per i quali le deroghe alla concorrenza sono giustificate secondo criteri di stretta proporzionalità, in presenza di motivi imperativi di interesse generale (art. 106 TFUE). Il rapporto tra concorrenza e regolazione è stato a lungo trattato dalla dottrina, che ha sempre più enfatizzato il principio di proporzionalità, assunto ormai a "superprincipio" non solo

per la regolazione ma anche per l'esercizio della discrezionalità.

Il principio di proporzionalità rovescia l'impostazione tradizionale dei rapporti tra potere pubblico e imprese, in quanto richiede al regolatore un onere di giustificazione stringente delle scelte che incidono sui diritti individuali e delle imprese senza poter più dare per assodata la legittimazione dell'intervento pubblico. Ne deriva che la regolazione deve essere in qualche modo motivata, può essere anche negoziata con le imprese regolate, richiede forme di partecipazione e di consultazione, va sottoposta a un'analisi di impatto preventiva, va rivista periodicamente o sottoposta a clausole "sunset".

Altro concetto caratteristico della seconda fase è che la regolazione è un fenomeno transeunte, secondo la nota immagine del fortino che deve essere preservato prima dell'avvento della concorrenza liberatoria. Si è discusso se e in che misura la regolazione deve accompagnare nel tempo i mercati affetti da fallimenti del mercato, oppure se si tratta di una sorta di "purgatorio" in attesa del "paradiso" del mercato deregolamentato sottoposto soltanto ai principi generali della concorrenza.

Nella seconda fase la discussione giuridica si è intersecata con quella degli economisti e in particolare con il modello dell'analisi economica del diritto. Quest'ultima, da molto tempo affermata tra i giusprivatisti, è stata tradizionalmente guardata con sospetto dalla dottrina amministrativistica italiana e ha fatto capolino quasi come un ospite inatteso o addirittura indesiderato (G. NAPOLITANO).

Come accennato, la terza fase si apre in seguito alla crisi finanziaria del 2008 che ha messo in discussione i dogmi e le assunzioni del modello di regolazione dominante nella seconda fase.

Si è parlato di un ritorno della mano pesante dello Stato sotto forma di sovvenzioni e salvataggi temporanei alle imprese bancarie, pubblicizzazione di imprese con finalità appunto di salvataggio, pianificazione e progettazione di spesa pubblica in funzione della creazione di infrastrutture, riprendendo i vecchi modelli della *Tennessee Valley Authority* degli anni Trenta. Si è assistito, cioè, a un revival dello Stato interventista.

Come sintomo di non perfetta assimilazione e di una adesione poco convinta al precedente paradigma, è emersa immediatamente nella riflessione dottrinale una critica al fondamentalismo di mercato da parte di coloro che forse non avevano accettato fino in fondo la svolta degli anni '90. Il riemergere dello Stato salvatore (G. NAPOLITANO), con strumenti di regolazione più pesanti, ha fatto ritenere la seconda fase come una sorta di parentesi in uno sviluppo lineare che assegna allo Stato un ruolo di centralità.

Gli sviluppi della crisi del 2008 hanno fatto emergere un paradosso suscettibile di avere un impatto nei rapporti tra politica e autorità indipendenti soprattutto a livello europeo. Da una parte, infatti, si assiste al ritorno del primato della politica, soprattutto nelle scelte che richiedono l'esborso di risorse pubbliche. Si pensi da ultimo alla discussione, in tema di disciplina della risoluzione delle crisi bancarie, su chi debba decidere se le imprese bancarie devono essere salvate ovvero messe in liquidazione o quale debba essere l'entità del sostegno pubblico.

Dall'altra parte, sono stati rafforzati gli strumenti della regolazione che fanno capo alle autorità indipendenti. Si pensi, per esempio, alle autorità europee in materia finanziaria istituite nel 2010 (EBA, ESMA ed EIOPA) e, da ultimo, al conferimento di specifici poteri di vigilanza bancaria alla Banca Centrale Europea, con il Regolamento n. 1024 del Consiglio Europeo del 15 ottobre 2013. Il

modello delle autorità indipendenti viene dunque confermato e rafforzato, atteso che i regolamenti istitutivi di queste agenzie europee ne sottolineano la duplice indipendenza, sia nei confronti del potere politico, sia nei confronti delle imprese regolate.

Il dibattito dottrinale volto a riequilibrare i rapporti tra politica e autorità indipendenti continua a caratterizzare anche quest'ultima fase, perché la distinzione tra attività discrezionale con effetti distributivi e attività vincolata o semi-vincolata affidata alle autorità indipendenti è sempre controversa (E. BRUTI LIBERATI).

Recentemente, il dibattito si è arricchito della *behavioural law and economics*, che ha rimesso in discussione i paradigmi del mercato efficiente e del soggetto razionale, ponendo invece in evidenza tutti i vizi e le carenze cognitive degli attori economici operanti ai vari livelli.

Sul piano della regolazione, è stato introdotto il nuovo metodo, utilizzato anche nel cosiddetto antitrust comportamentale, del “*nudge*” o “spinta gentile” (C.R. SUNSTEIN e R.H. THALER), che introduce dei correttivi al paradigma precedente, senza tuttavia però riuscire ancora a sostituirlo integralmente.

I dubbi degli economisti circa il paradigma della razionalità hanno ricadute anche in ambito giuridico. Infatti, il pensiero giuridico dogmatico continentale, tradizionalmente, si fonda proprio sull'ipotesi del soggetto giuridico autonomo, capace di valutare al meglio i propri interessi e di assumere la responsabilità delle proprie scelte.

Questo indirizzo metodologico ha già avuto sviluppi concreti. Per esempio l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, in base a una delibera del 2013 adottata a chiusura di un'indagine conoscitiva relativa al mercato libero e alle condizioni di vendita al dettaglio di energia elettrica e di gas naturale ai clienti di piccole dimensioni, ha elaborato una disciplina in materia partendo dall'ipotesi che il consumatore è tendenzialmente pigro e poco capace di orientarsi razionalmente tra le varie proposte del mercato.

Anche negli Stati Uniti è stata introdotta nella regolazione (Executive Order n. 12866/2011) l'uso di strumenti come l'individuazione di opzioni di “default”, ritenute preferibili dal regolatore in termini di tutela dell'interesse pubblico, dalle quali il consumatore può però uscire (*opt-out*), oppure l'obbligo di fornire agli utenti proposte contrattuali chiare, semplici e comparabili, ecc.

Specie nei paesi anglosassoni è in corso una discussione sul fatto che il cosiddetto paternalismo libertario, oltre certi limiti, diventa una manipolazione occulta degli agenti del mercato (R. BALDWIN). Di conseguenza, ci si chiede se il regolatore pubblico possa approfittare delle deficienze conoscitive degli agenti per influenzarne le scelte, anche con messaggi di tipo subliminale, al fine di raggiungere obiettivi che il regolatore stesso ritiene auspicabili. Si indaga dunque sulle tipologie di “spinte gentili” che siano compatibili con il modello di Stato democratico-liberale.

In conclusione, la nuova fase che si è aperta nel 2008 accanto alla rivitalizzazione di strumenti di intervento pubblico di tipo tradizionale, ha aperto la strada a prospettive metodologiche innovative i cui esiti sono ancora in gran parte da scoprire.



From old to new industrial policy via economic regulation

di Mark Thatcher

ABSTRACT

Major institutional reforms that have introduced economic regulation in Europe and elsewhere appear to have ended traditional industrial policies of favouring selected national champion suppliers. Privatisation, the delegation of powers over mergers and acquisitions to the EU and independent competition authorities, new rules to ensure competition and prohibit state support to favoured companies and the end of planning, all appear to have led to a regulatory state. However, the article argues that regulatory reforms have in fact provided additional or alternative instruments for policy makers to favour European or international champion firms. The article analyses the different institutional reforms to show how they have provided instruments for policy makers to construct larger Europeanised and internationalised champion firms, shape markets through mergers and acquisitions, aid selected firms in liberalised markets, and to plan policies in ways that privilege chosen firms. It concludes that regulatory institutions are compatible with new forms industrial policy.

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. From industrial policy to a regulatory state? A statist alternative. – 3. Privatisation. – 4. Structuring markets – Mergers and acquisitions. – 5. State support for selected firms in competitive markets. – 6. Planning. – 7. Conclusion.

1. Introduction

Industrial policy and economic regulation of markets are usually seen as opposites. Industrial policy involves political choices to favour selected 'champion' firms. In contrast, economic regulation is based on legal rules focused on competition. Major literatures on (neo)liberal institutions and the 'regulatory state' have argued that regulation designed to ensure competition and implemented by unelected institutions has increasingly replaced industrial policies in Europe and elsewhere.

However, this article challenges the proposition that economic regulation and industrial policy are always in conflict. It argues that they can be compatible, and indeed in Europe, the spread of economic regulation has in fact given rise to a new form of industrial policy. It does so by distinguishing the institutions of market regulation from instruments and their uses. It argues that although in Europe, traditional national industrial policies have been greatly reduced, market regulation designed to promote competition has provided new instruments, which have been used to support European champion firms.

The article begins by outlining the key features of traditional industrial policy and the literature claiming a cross-national move towards 'liberal' economic in-

stitutions and a 'regulatory state'. It draws on recent 'statist' literatures, which suggests that far from being diminished, state action can recur, but in new forms and that the state continues to promote domestic firms despite liberalised markets. It seeks to develop this theme by showing how institutional changes have reduced or ended traditional industrial policy instruments but provided new ones to give rise to a new form of industrial policy in Europe. It examines four related major institutional changes in regulation to illustrate its argument: privatisation; merger control; regulation of competition; medium-term planning. Empirically, it focuses on 'regulated industries', such as energy, telecommunications, railways, airlines, water, finance, chemicals and pharmaceuticals, since these were at the core of traditional industrial policy in Europe and have seen the greatest change towards regulatory institutions. Its conclusion suggests the processes through which the creation of regulatory institutions has aided or permitted the rise of a new form of industrial policy in Europe.

2. From industrial policy to a regulatory state? A statist alternative

For several decades after 1945, 'economic regulation' was a term rarely used outside the US. Instead, many markets were dominated by national 'industrial policies'. Although several definitions of 'industrial policy' exist, at their core lies the concept that the state seeks to influence the supply side of the economy¹. In Western Europe, industrial policies involved explicit state support for 'national champion' firms and/or for specific sectors². They were pursued by elected politicians and their departmental civil servants executives at the national level, and sometimes also at subnational levels, together with the senior managers of state-owned and privately-owned 'national champion' suppliers, as well as representatives of labour. The state played direct roles in the structuring and operation of economic market. It enjoyed considerable discretion and formal powers which it used to favour selected 'national champion' firms as part of objectives other than just ensuring competition, notably relating to developing the overall economy, national prestige or political advantage.

Such industrial policies were dominant in many sectors – notably the network industries, but also others such as banking, finance, mineral extraction and parts of manufacturing. They were seen in most West European countries, as well as Latin America and parts of Asia. Some national champion suppliers were privately owned. Others were publicly-owned firms that sought to compete with private firms. Finally, there were publicly-owned monopolies, notably in network industries such as telecommunications, energy and transport. Although not organised and presented as commercial entities, these suppliers were central to implementing policies of prioritisation of certain sectors, developing technologies and supporting other, more commercially oriented domestic firms.

Of course important cross-national differences existed. Industrial policies in France were marked by 'dirigisme' and 'grands projets' which saw close cooperation between the state and selected public and private suppliers and gave

1 D. GERADIN-I. GIRGENSON, *Industrial policy and European merger control: A reassessment*, in *International antitrust law and policy: Fordham competition law 2011*, Juris, New York, 2011, pp. 353-382.

2 Cf. J.E.S. HAYWARD (ed.), *Industrial Enterprise and European Integration*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

rise to technological advances on sectors such as high speed trains, telecommunications, nuclear energy and aerospace³. In contrast, Britain was often unable to promote such projects due to the gaps between public and private sectors, constraints on public spending and the power of the financial sector⁴. Industrial policies in Italy were marked by a multiplicity of actors and coordination being undertaken by IRI.

Industrial policy rested on an institutional framework that provided many instruments for national governments. One key pillar was public ownership of producers in major sectors such as banking and finance, manufacturing and extractive industries, or indeed sometimes entire industries, notably the network industries (then often called 'public utilities'). A second was that governments held most formal powers over mergers and acquisitions, providing influence over market structure. Third, governments enjoyed discretion and powers to support selected suppliers, be these state owned or privately owned – most legal powers lay in the hands of nation states who could make rules about the extent and form of competition and applied them. They had to act within constitutional and legal limits, but these were broad, as judicialisation was low. Finally, governments engaged in planning, often creating specific organisations and frameworks that set targets and determined investment.

The most important cross-national contrast concerned the US, which had 'regulation'. Policies often took the form of formal rules and there was a higher level of judicialisation compared with Europe. Regulation was based on institutions that differed somewhat from those in other capitalist countries. Public ownership was low, with private ownership of almost all firms, including in telecommunications and finance. Regulatory powers were held by independent 'commissions', with their own members appointed for fixed terms of office, such as the FCC (Federal Communications Commission) or SEC (Securities and Exchange Commission). Nevertheless, the US was seen as an exception. Interestingly, and importantly for the argument here, regulation did not prevent the US from having its own forms of industrial policy, notably the promotion of large firms, barriers to overseas entry and a powerful 'military-industrial complex'.

However, from the 1980s onwards, the institutions traditionally underpinning industrial policies in Europe were abolished or reformed: state-owned enterprises were privatised; governments lost many legal powers over monopolies and mergers both to the European Commission and to national 'independent regulatory authorities' (IRAs); they also lost legal powers to support selected suppliers, as legal monopolies were ended, competition was enshrined in law as a major principle and objective of policy and the powers of the EU and IRAs grew; planning organisations were abolished or severely weakened. These changes formed part of the spread of 'liberal' economic institutions that reduced the direct role of the state to shape markets and more broadly the (re)turn to neo-liberal ideas centred on competitive markets and a strong but limited state dedicated to policing such competition⁵.

3 See for instance, E. COHEN, *Le colbertisme "high tech"*, Hachette, Paris, 1992.

4 P.A. HALL, *Governing the Economy*, Polity Press, Cambridge, 1986.

5 B. SIMMONS-Z. ELKINS, *The Globalization of Liberalization: Policy Diffusion in the International Political Economy*, in *American Political Science Review*, 98/1, 2004, pp. 171-189; B. SIMMONS-F. DOBBIN-G. GARRETT, *Introduction: The International Diffusion of Liberalism*, in *International Organization*, 60/4, 2006, pp. 781-810; for a general discussion of neo-liberal ideas, see V. SCHMIDT-M. THATCHER, *Resilient Liberalism in Europe's Political Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

Table 1 summarises the altered institutional framework.

Table 1. – *Institutions underpinning industrial policy and the rise of regulation*

	<i>Industrial policy</i>	<i>Regulation</i>
Ownership	Large scale public ownership of suppliers	Privatisation of many state-owned enterprises and suppliers
Powers over market structure	Government powers over mergers and acquisitions	Powers over monopolies and mergers held by the EU and independent regulatory agencies
Aiding selecting suppliers	Government powers and discretion over support for selected national suppliers	Powers and regulation to ensure 'fair competition' given to EU and independent regulatory agencies
Planning	Planning organisations and medium/long-term plans for outcomes and investment	Planning greatly limited – investment and outcomes to be determined by market competition

Institutional and ideational changes appeared to end industrial policy. Indeed, one influential line of analysis suggests that they have led to the development of the 'regulatory state' or 'regulatory capitalism'⁶. Although neither neo-liberalism nor the regulatory state analyses suggest the end of the state, its role was argued to be fundamentally different from that in traditional industrial policy. It was argued to become much more indirect, with central parts being played by non-majoritarian institutions, notably independent regulatory agencies (IRAs)⁷. In contrast, elected politicians, government departments and nationalised industries were argued to have lost importance. Regulation was to be focused on ensuring competition, unlike the multiple wider or political goals of industrial policy. Equally it was highly legalised, in contrast to the discretionary and highly politicised style of previous policy. Finally, supranational regulation, especially by the EU, was growing. Overall, an active role for national governments enjoying discretion to shape markets and privilege national firms seemed to be in decline or even largely terminated.

However, claims for a move towards a more indirect and competition-focused state role have recently faced a new growing 'statist' literature. This argues that far from retreating, the state remain a central actor in markets and although old forms of state action may decline, new forms can arise⁸. Indeed,

6 G. MAJONE (ed.), *Regulating Europe*, Routledge, London, 1996; G. MAJONE, *From the positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, in *Journal of Public Policy*, 17/2, 1997, pp. 139-167; D. LEVI-FAUR-J. JORDANA, *The Rise of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, 598 /1, 2005, pp. 12-32.

7 M. THATCHER-A. STONE SWEET (eds.), *The Politics of Delegation, special issue of West European Politics*, 25/1, 2002; F. GILARDI, *Delegation in the Regulatory State: Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008.

8 J. LEVY (ed.), *The State after Statism: New State Activities in the Age of Liberalization*, Harvard University Press, Cambridge, 2006; V.A. SCHMIDT, *Putting the Political Back into Political Economy by Bringing the State Back Yet Again*, in *World Politics*, 61/ 3, 2009, pp. 516-548;

a new economic 'constitution' can be born⁹. It argues that even in the face of internationally open economic markets, states pursue policies that favour selected domestic firms, seeking 'economic nationalism' or 'economic patriotism'¹⁰. It distinguishes between the aims of policy – which can be highly nationalistic and selective – and the forms of policy, notably its instruments¹¹. Hence it argues that states can engage in selective liberalisation, which favours certain national firms which gain from the opening of markets. Thus liberalisation of markets can form part of state strategies to aid domestic firms. This is especially so because the state also re-regulates competition¹², which offers opportunities to shape markets and favour certain firms, either by aiding competition or by limiting it and seeking to protect existing suppliers. Hence focusing on traditional forms of industrial policy such as subsidies or tariffs may miss newer instruments that operate through selectively extending competition and influencing its operation. Studies suggest that even the US has found new instruments to pursue industrial development, through a largely invisible development network state, particularly to promote new technologies¹³. The economic crises of the 2000s have drawn further attention to the roles of the state, since in many countries governments stepped in to rescue failing firms, subsidise others or lead restructuring¹⁴.

Thus there is a developing debate about whether liberalisation and regulation of markets mean the end of an active state that privileges certain firms. Although the term 'industrial policy' is rarely used, this is at the core of the discussion. The statist analyses claim that the state has discretion to shape competition which it uses to favour selected firms, whereas work on the regulatory state claims there is a movement towards less political discretion and more legal or quasi-legal application of rules in pursuit of extending competition, so that national states can no longer favour privileged firms such as 'national champions'. The 'statist' literature is valuable in countering work that has underplaying the continuing direct roles of governments in markets, roles that were strongly revealed after 2008. Equally, it is very valuable in distinguishing aims and instruments. But it calls for analysis of the processes whereby certain kinds of state activity in markets arise. Finally, comparison between past industrial policy and current state activities could be valuable in assessing what remains from past policies and what is new.

The following sections therefore discuss the key institutional changes in the

S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, pp. 601-650.

9 S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2000; cf. S. WILKS, *Competition policy*, in D. COEN-W. GRANT-G. WILSON (eds.), *The Oxford Handbook of Business and Government*, Oxford University Press, Oxford, pp. 730-756.

10 B. CLIFT-C. WOLL, *Economic Patriotism: Reinventing Control Over Open Markets*, in *Journal of European Public Policy*, 19/3, 2012, pp. 307-323, E. HELLEINER, *Economic nationalism as a challenge to economic liberalism? Lessons from the 19th century*, in *International Studies Quarterly*, 46/3, 2002, pp. 307-329, E. HELLEINER-A. PICKEL, *Economic nationalism in a globalizing world*, Cornell University Press, Ithaca, N.Y., 2005.

11 Cf. P. LASCOUMES-P. LE GALES (eds.), *Gouverner par les instruments*, Presses de Sciences Po, Paris, 2004.

12 Cf. S. VOGEL, *Freer Markets, More Rules*, Cornell University Press, Ithaca, N.Y., 1998.

13 F. BLOCK, *Swimming against the current: The rise of a hidden developmental state in the United States*, in *Politics & Society*, 36/2, 2008, pp. 169-206.

14 Cf. W. GRANT-G. WILSON (eds.), *The consequences of the global financial crisis*, Oxford University Press, Oxford, 2012; G. NAPOLITANO (ed.), *Uscire della crisi: politiche pubbliche e trasformazione istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012.

move towards regulatory institutions, looking at how it has affected the instruments available to policy makers (elected and unelected). They examine whether and how the institutional changes have affected instruments for pursuing industrial policy, defined as the capacity to select and favour certain firms. They compare the current instruments available following (neo)-liberal institutional changes with those provided by previous institutions to examine whether new forms of industrial policy have developed to replace or overlay traditional forms.

3. Privatisation

Public ownership of suppliers lay at the heart of post-1945 industrial policy in Europe. It was very wide in most countries, covering network industries such as telecommunications energy, railways, water and airlines and often stock exchanges. However it also extended to manufacturing, such as cars, aerospace, mineral extraction and working (coal, steel, oil), large parts of finance (banking, insurance) and transport. Public ownership varied a little in extent across countries (for instance, being somewhat more limited in the UK than say France and Italy) and form (being more national in France than Germany, or more indirect in Italy through IRI than in France).

Public ownership of suppliers provided governments with direct and indirect policy tools to promote industrial policy. It provided suppliers who could then enjoy privileged treatment, often in the name of 'the public good'. In network sectors, this took the form of legal doctrines of 'service public' or 'servizio pubblico'¹⁵. Public ownership aided governments to structure markets, deciding how many suppliers should exist and their size; indeed, nationalisation of firms in the 1960s, 1970s and 1980s was often linked to merging several suppliers in order to create large 'national champion' suppliers (for instance, in cars or steel). Thereafter, state-owned suppliers allowed provision of orders and other forms of support to privately-owned firms. Other policy instruments were influencing prices, investment and the selection and development of new technologies. Government policy choices about which firms and sectors to support often passed through the decisions of state-owned suppliers.

Privatisation has swept through Europe, as well as other parts of the world¹⁶. In Europe, 'privatisation' has at least two senses: legal transformation into a company; transfer of ownership from the public to the private sector¹⁷. In the first sense, almost all suppliers have been privatized – including postal

15 G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Giuffrè, Milano, 2002; R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2002.

16 Among the many works on privatisation, especially in network industries, see J. CLIFTON-F. COMIN-D. DIAZ FUENTES, *Privatizing public enterprises in the European Union 1960-2002: ideological, pragmatic, inevitable?*, in *Journal of European Public Policy*, 13/5, 2006, pp. 736-756; H. FEIGENBAUM-J. HENIG-C. HAMNETT, *Shrinking the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998; V. SCHNEIDER-S. FINK-M. TENBUCKEN, *Buying Out the State*, in *Comparative Political Studies*, 38/6, 2005, pp. 704-727; B. BORTOLOTTI-D. SINISCALCO (eds.), *The Challenges of Privatization. An International Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2004; G. ROLAND (ed.), *Privatization: Successes and Failures*, Columbia University Press, New York, 2008; V. WRIGHT (ed.), *Privatisation in Western Europe*, Pinter, London, 1994.

17 C. SCHMITT, *The Janus Face of Europeanisation: Explaining Cross-Sectoral Differences in Public Utilities*, in *West European Politics*, 36/3, 2013, pp. 547-563.

operators (e.g. Deutsche Post, the Post Office, La Poste). Moreover, in the second sense, ownership of many state-owned enterprises has also been transferred to the private sector. Thus for example, most telecommunications operators, banks, car companies and airlines have been sold off¹⁸, plus a majority of energy suppliers. Even some railway and postal operators have been privatised (e.g. Deutsche Bahn and the railways in the UK).

At first sight, privatisation might seem to prevent or at least restrict industrial policies. The 'public interest' rationale for favouring selected firms is greatly weakened if they are privately-owned. Equally, their owners will seek profits, and their managements will face pressures to maximise 'shareholder value' in the short-term, rather than following government policies. Firms can be expected to set prices and investment for their strategies rather than government ones.

However, whilst privatisation may have weakened traditional instruments, it has also offered alternative instruments that allow national governments to follow new forms of industrial policy. Legal privatisation has aided state-owned suppliers to become more clearly 'national champion' firms. They have adopted commercial practices and identities, expanded into new competitive markets and sought to expand abroad. Examples here are postal and railway operators such as La Poste or SNCF in France.

Moreover, legal privatisation and then partial sale of state shares have aided state-owned enterprises to expand, especially overseas, and hence become larger 'international' state-owned champions. The state-owned firms have been able to raise capital both directly and by borrowing, since such companies enjoy good credit ratings. In turn the capital has permitted these partially privatised firms to take cross-shares in other companies or purchase them. Legal and partial privatisation have also helped state-owned firms to form alliances with fully privately-owned firms. Thus for example, Gaz de France was partially privatised which allowed it to merge with Suez to form a large French-based international gas firm, while EDF too has become the largest European electricity firm, buying up many overseas producers, especially in Europe. Similarly, ENI and ENEL have been partially privatised, and been able to expand abroad.

Even full privatisation has offered instruments for governments to pursue industrial policy. It has created powerful fully-privately owned firms such as Telecom Italia, British Telecom, British Airways or BP. These are internally and externally organised to compete and expand both domestically into new markets and internationally. In turn, national policy makers have been able to promote them through new means. Thus for example, as suggested by work on 'liberal' nationalism or 'economic patriotism', the UK sought international liberalisation of air transport as part of a strategy to aid British Airways¹⁹. Similarly, it and other European countries such as France pressed the US to allow overseas purchases of American network operators (for instance, in telecommunications), offering liberalisation and privatisation as part of the creation of international alliances with American firms to gain²⁰. Thus for instance, Euro-

18 For example, British Telecom, Telecom Italia, France Télécom/Orange, Deutsche Telekom.

19 M. STANILAND, *Government Birds: Air Transport and the State in Western Europe*, Rowman and Littlefield, Boulder, CO, 2003; H. KASSIM-H. STEVENS, *Air Transport and the European Union*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2009.

20 M. THATCHER, *Internationalisation and economic institutions: comparing national experiences*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

pean governments have sought liberalisation of markets and acceptance of overseas takeovers in the US and in Latin America in markets such as telecommunications and airlines²¹. At the same time, national governments have offered these private internationalised champions state support through regulation, international negotiations or protection against takeovers (discussed below). Suppliers that were previously organised as domestic 'public services' akin to welfare services (e.g. network industries) or as clubs (e.g. stock exchanges), are now international firms but with strong links to one or more nations, representing a significant extension of industrial policy²².

Finally, legal privatisation has been combined with the development of new forms of public ownership. Companies backed by government guarantee have been created, which have private company structures but are in fact a public responsibility. Thus for instance, in the UK, although the railway infrastructure was sold to the private sector in 1996, when the operator, Railtrack in 2001, collapsed, it was taken over by Network Rail – which is legally has a private company but whose debt is guaranteed by the state (indeed, after a long debate, the UK government was obliged to include it within state spending and debt). State ownership through state-owned banks and lenders offers a further form of public ownership. Thus for example, the *Cassa Depositi e Prestiti*, the KfW (Kreditanstalt für Wiederaufbau) or the *Caisse des Dépôts et Consignations* all have substantial share holdings. New forms have been created with 'sovereign wealth funds' such as the French Fonds Stratégique d'Investissement or the UK 'UK Financial Investments', a 'private' company which holds the state's bank shares following rescues of RBS and Lloyds. Indeed, it should be noted that while significant privatisation has taken place, public ownership has returned in these new forms, especially after the financial crisis of 2007/8.

Hence privatisation has offered national policy makers alternative instruments for industrial policies, notably through creating partially privatised international champions, private law firms that are an indirect state responsibility and then fully private firms that are nationally – rooted and supported. The changes arising from the shift from traditional public ownership to private law and private ownership are summarised in table 2.

Table 2. – *Ownership and policy instruments*

<i>Traditional industrial policy Public ownership</i>	<i>Privatisation</i>
Public suppliers as part of protecting public interest	Private law state – owned companies
Creation of state – owned national champions	Creation of partially state – owned international champions and expanded national-based private champions
Direct public responsibility via ownership	Indirect state responsibility through guarantees and state holding companies

21 For example in the 'open skies' negotiations by the UK and France to open up transatlantic traffic for BA and Air France.

22 M. THATCHER, *Internationalisation and economic institutions: comparing national experiences*, cit.

4. Structuring markets – Mergers and acquisitions

A key purpose of structuring markets in traditional European industrial policy was to develop large ‘national champions’, both publicly and privately – owned, with the aim that these suppliers would enjoy economies of scale and world-market size. National policy makers held powers over mergers and acquisitions; indeed, in some countries there were no specific merger authorities and very few legal rules. Governments could use their powers to allow mergers and acquisitions that formed part of their industrial strategies, notably expansion by ‘national champions’, including state-owned enterprises. Conversely, governments could block undesired market restructuring, especially hostile foreign takeovers. Just the threat of such action was usually sufficient to ward off overseas predators, a situation that prevailed even in a ‘liberal’ market economy such as the UK.

A major institutional change since the late 1980s has been the great reduction of the legal powers and discretion of national governments over mergers and acquisitions. Thus for instance, under the 1989 European Merger Control Regulation, most large mergers and acquisitions are decided by the European Commission – with thresholds that catch most major acquisitions²³. The Commission acts almost entirely using competition criteria – whether the merger creates a ‘significant impediment to competition’ and has little legal scope for looking at other criteria²⁴. Even when mergers fall under national jurisdictions, almost all European countries have created independent competition authorities who act under legislation that is focused on whether a merger could impede competition. Often elected politicians have lost their previous direct powers over mergers – for example, in the UK, under the 2002 Enterprise Act, government ministers can only block a merger on very narrow grounds such as national security.

Yet while these institutional changes in merger powers, in combination with privatisation and the end of legal monopolies, have reduced the scope for traditional industrial policies to structure markets, they have paradoxically contributed to the development of European champions. Most large mergers attempted have been between European firms, either cross-border or domestic. Thus in three major sectors – banking, energy and telecommunications – 60% of all mergers were cross-border European ones (i.e. forms from at least two separate EU member states), 14% were domestic within an EU member state and only 14% were non-EU firms merging with European ones²⁵. Even these small figures in the last category over-estimate the entry of non-European firms into the EU as they include European firms taking over non-EU ones and hence represent internationalisation of European firms rather than real non-European entry into European markets. Although the European Commission

23 Since 1997, aggregate worldwide turnover of more than 2.5 billion ECU and combined aggregate turnover in each of at least three Member States of 100 million ECU, with the turnover of at least two of the firms being more than 25 million ECU and aggregate EU-wide turnover of at least two of the firms being 100 million ECU (Regulation 1310/97).

24 For legal discussions see D.G. GOYDER, *EC competition law*, Oxford University Press, Oxford, 2003; G. MONTI, *EC competition law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, Chapter 8; R. WHISH-D. BAILEY, *Competition law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

25 M. THATCHER, *European Commission merger control: Combining competition and the creation of larger European firms*, in *European Journal of Political Research*, 53/3, 2014, pp. 443-464.

has only used competition criteria in making decisions, the interpretation and application of those criteria have permitted many mergers to be approved. Thus for example, between 1990 and 2009, only 2 out of 394 mergers in telecommunications and energy were prohibited by the Commission and not a single one in banking out of 187 cases²⁶.

The result has been the development 'European champions' as well as larger national ones through mergers and acquisitions. Firms that were previously largely domestic have both retained their home base and also expanded in other European countries. Some are privately owned champions – for example, French banks such as Crédit Agricole or la Société Générale or the UK-based mobile operator Vodafone. Others are previously state-owned suppliers who have become commercial enterprises – for instance, Euronext, which was built from the French, Belgian and Dutch stock exchanges, and then merged with the New York Stock Exchange. A third group are partially state-owned firms, such as EdF, Enel, Eni or Orange (formerly France Télécom). All have grown thanks for substantial mergers and acquisitions that the Commission has approved. Very importantly for industrial policy, the Commission and national regulatory authorities have permitted vertical (re)integration by large firms in sectors such as energy or transport, including in domestic markets. The result is that a small number of major firms (often 3-4) now dominate important segments of most national markets in network industries such as mobile telecommunications, the fixed line network, energy distribution and generation and parts of finance.

Although national policy makers, especially governments, have lost many legal powers over mergers and acquisitions, their interventions have continued, using alternative instruments. At times, they have encouraged mergers between certain firms. Sometimes, this takes place early in the process, before formal merger control begins. It can start through privatisation itself, as national officials choose to create or strengthen national or Europeanised champions through their choice of purchasers. Thus for example, France, under the centre-left Jospin government, transferred a large part of Aérospatial to the privately-owned Matra corporation to create EADS – a European champion. A third instrument has been for governments to select 'white knights' or favoured partners for national champions, which allow them to influence the dominant market players. Some of these are domestic firms but others are international. One example of the former is the merger between Gaz de France and Suez in 2008, which prevented the latter company falling into rival hands, while in 2007 Telecom Italia was 'saved' from the attentions of AT&T by the Spanish operator Telefonica taking a large stake²⁷, as was Alitalia, whose 'Italian' status was secured in 2008 by a sale to a consortium of domestic investors²⁸. In all these cases, the governments played a central role in orchestrating the white knight manoeuvre.

Conversely, national policy makers have been able to discourage unwanted mergers and takeovers, especially by non-European firms. For a start, states still maintain large shares in some firms or 'golden shares', which although under great legal attack, create potential commercial obstacles in terms of de-

26 M. THATCHER, *European Commission merger control: Combining competition and the creation of larger European firms*, cit.

27 Telefonica in 2014 began to exit its stake.

28 Later Air France took a large stake, but then in 2014 the Arabian airline Etihad took a major share.

lay and controversy. Hence for example, the French state retains substantial shares in firms such as France Télécom/Orange and GDF-Suez. Governments and IRAs can also modify or threaten to modify regulatory frameworks so make certain acquisitions more or less attractive. A major example occurred in Italy when the US firm AT&T seemed poised to acquire Telecom Italia – the Italian government and also its IRA began to threaten to restructure the telecommunications system to enforce vertical separation between the network and services, which would have made Telecom Italia much less attractive; when AT&T withdrew its interest, vertical separation also ceased to be a possible regulatory option. Finally, politicisation of mergers and acquisitions has sometimes hindered acquisitions. In banking, certain takeovers have become highly politicised, raising domestic opposition and discussions of unwanted foreign takeovers – seen for instance, in Italian banking in the 2000s (e.g. bids for Antonveneta and BNL were bitterly resisted, amongst others by Antonio Fazio, then governor of the Bank of Italy). Even in Britain, the most ‘liberal’ economy in Europe for takeovers, the American firm Pfizer’s attempt to take over Astra Zeneca in 2014 created considerable political controversy, with parliamentary questions and committee enquiries, and was quickly ended.

Table 3 summarises the instruments available to national policy makers under traditional industrial policy and then in the new institutional framework in which many powers over mergers and acquisitions lie in the hands of the EU and national independent competition authorities.

Table 3. – *Powers over mergers and acquisitions*

<i>Traditional Industrial Policy</i>	<i>Regulation by the EU and independent competition authorities</i>
Purchase of domestic firms by state-owned enterprises to create ‘national champions’	Cross-border mergers and acquisitions to create European champions
Mergers and acquisitions among privately-owned firms	Sale of state-owned enterprises to selected privately-owned firms
Prevention of mergers and acquisitions of domestic firms by overseas firms	White knights
	Golden shares
	Regulatory changes
	Political attention

5. State support for selected firms in competitive markets

Under traditional post-1945 industrial policy, national policy makers could direct support to selected suppliers through a series of instruments. The most obvious was legal monopoly, which prevented direct competition and allowed policy makers to set prices. This was closely linked to public ownership, especially in network industries. However, even when competition was permitted by

law, the state could shape and limit it through national standards, which privileged firms found easy to meet whereas others (especially foreign companies) found such standards difficult and expensive to comply with. They could also influence or indeed set 'administered prices'. Equally, policy makers could provide direct and indirect subsidies to favoured suppliers. In addition, they could provide support through public orders, and less directly through publicly – owned banks or cooperation over research and development.

Regulatory institutions have greatly curbed the legal scope for such instruments. Thus for instance, legal monopolies in almost all network industries have been outlawed by EU law and replaced with re-regulation of competition designed to ensure 'fair and effective competition'.²⁹ Equally, non – tariff barriers to trade, including national standards, have mostly been outlawed by EU and international law. State aid and public procurement are regulated by the EU, which legally is bound to prevent discrimination on grounds of nationality. Government subsidies are regulated by EU rules on state aid, and have greatly been reduced – for example, for the EU as whole, it went down from 1.085% of GDP in 1992 to 0.669 in 2000 to 0.521% in 2012³⁰. Public financing of investment has been severely constrained by fiscal targets and by the privatisation of state-owned banks. Systems of government-determined 'administered prices' have been greatly curbed.

Nevertheless, national policy makers have found considerable scope for aiding selected 'national' or European champions. Although legal monopolies have largely been ended, licensing (or authorisation) and licence conditions have offered powerful tools to aid national champions in many industries – from network sectors to finance. Sometimes the number of licences affects how many suppliers exist in a market. Even when 'competition' is an official policy objective, governments can protect existing suppliers through obstructing new licences. One example is French third generation mobile telecommunications networks, where initially only three licences were issued and it took years for a fourth 3G licence to be issued, thereby protecting existing French suppliers (Orange, SFR and Bouygues). But perhaps more important are licence terms which influence the attractiveness of entry and the extent to which firms are really competitors. Thus for example, rules about sharing of infrastructures affects whether there is competition in providing such infrastructures or whether just in resale, which matters greatly for outcomes such as price and competitive pressure. Equally in areas such as banking, rules about 'structural separation' that involve dividing banking activities, capital requirements, passporting of bank account numbers or specific additional obligations for 'systemically important' banks affect the number of effective players in markets and the attractiveness of entry. Sometimes stricter regulation has effects such as reducing the attractiveness of entry and hence protecting existing national champions – for instance, capital requirements in finance.

Another key element of licensing concerns tariffs. Although widespread administered prices have been ended, some governments still have limited legal powers over prices for final services. Thus, for instance, the French gov-

29 M. THATCHER, *Internationalisation and economic institutions: comparing national experiences*, cit.

30 Excluding railways and crisis aid; source – European Commission data – for figures and detailed national figures, see http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm_comp/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcode=comp_ncr_xrl_02 – last accessed 9 November 2014.

ernment holds powers over the setting of basic energy tariffs. However, of much greater importance is direct regulation by IRAs of tariffs in major industries, especially network sectors. Hence for example, many energy, communication and rail prices are controlled by formulae interpreted and sometimes set by IRAs. In turn, this allows scope for IRAs to influence the profitability of major suppliers, who are often 'national' or European champions, such as EDF, Orange or Telecom Italia. More indirectly but equally important, licence terms affect which costs are included in calculating tariffs, which are often based on a 'cost plus' formula, notably in infrastructure industries. A key issue is whether investment and capacity costs are allowable: if costs such as spare generating capacity or universal service are included, then existing suppliers can both reinforce their market share and also protect profits. In recent years, concern about ensuring sufficient capacity in sectors such as energy or telecommunications has increased, and even the European Commission has officially underlined its importance³¹.

Whilst formal non-crisis state aid has fallen over recent decades, new forms of state support have emerged. Governments and central banks have offered explicit or implicit guarantees to major national champions in times of need – from France Télécom in 2002 to large banks and financial institutions after the crisis of 2007 (e.g. Monte dei Paschi di Siena in Italy in 2009 and 2013). Cross-subsidies for desirable policy aims represent another instrument. These have been used for example in the energy sector to favour renewable energy in several countries, including Germany. Tax arrangements offer another instruments – they can be designed to favour certain sectors (e.g. finance) or to transfer financial responsibility for risky, large debts (e.g. the costs of nuclear waste disposal or 'toxic debts' in banks). Long-term state orders and agreements provide a further instrument for national policy makers to promote selected firms. Sometimes this is direct, as when orders are given to such firms. But at other times, it is less visible, as when policy makers negotiate with overseas states, offering access to domestic markets in return for orders from those states for national champions. Thus for example, UK and French policy makers have welcomed investment by sovereign wealth funds from countries such as China and Qatar, in return for which they have sought orders and market access for favoured national companies in fields such as nuclear energy and banking. These 'quid pro quos' allow policy makers to aid national champions to gain overseas orders.

Although national standards that hindered overseas entry have been under attack from both EU law and the growth of European and international standards. Some follow traditional technological standards – i.e. concern equipment. Thus for instance, the EU has set standards for new mobile communications networks that apply across Europe. But many standards are now regulatory, especially by the EU as part of the single market process. They concern matters such as capital standards, provision of information or accounting, in industries from finance to energy. Creating these standards is often slow and involves detailed European negotiations. EU regulation to remove specific barriers to cross – border trade such as cross-national energy grid capacity particularly aid the development of large, pan-European firms.

³¹ To give just one example in energy see Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, European Energy Security Strategy, SWD (2014) 330 final*.

Thus while traditional instruments of state support such as subsidies, orders and national standards have become increasingly legally constrained, new instruments for supporting selected firms, notably national and especially Europeanised champions, have emerged. Table 4 sets out the traditional and new tools available for state support.

Table 4. – *State support for selected firms*

<i>Traditional Industrial Policy</i>	<i>Liberalisation and re-regulation of competition</i>
Legal monopoly	Licensing
National technological standards	European and national regulatory standards
Prices set by governments	Regulated tariffs
Subsidies	State guarantees; cross-subsidies; tax arrangements
Public orders	Long-term state contracts; overseas orders
State-private cooperation on R&D	

6. Planning

Medium and long-term planning was a central part of industrial policy after 1945. In most countries, it was led by governments and specialised planning agencies. Their activities involved not just setting macro-economic targets but also public signalling of investment priorities for both the public and private sectors (for instance, special importance was given to certain industrial sectors such as energy or telecommunications). Planning often also meant selecting particular technologies (e.g. a particular technology for nuclear energy), and balancing different objectives, such as national autonomy, regional development, building a technological lead or national security. Forms of signalling varied across countries. In some, such as France, centralised national agencies set out goals for several years, and sought to allocate or direct investment to sectors. In others such as the UK, planning was much more indicative.

Although medium-term official government macro-economic planning has been mostly ended, and planning organisations abolished or downgraded (even in France), new forms of sectoral planning have emerged. Governments have set medium and long-term targets for sectors such as energy, transport and telecommunications. Frequently, these targets concern the behaviour and decisions of privately – owned firms, and have translated into long-term investment programmes and contracts – from nuclear energy to ‘fourth generation’ communication networks to high speed rail programmes, in countries as diverse as Britain and France. Equally, independent regulatory agencies engage in a form of planning by their decisions concerning which costs are allowable in setting price controls and their direct negotiations with major suppliers over medium-term investment. One example concerns water in the UK, where the regulator has set price formulae according to plans for capital

spending and agreed targets for such spending, thereby in effect engaging in medium-term investment planning.

Policy makers have also implicitly or explicitly influenced choices of technology through their sectoral investment plans and also tax and (cross) subsidies. Hence for instance, governments and IRAs have taken very direct roles in decisions about energy mixes, notably between nuclear and renewables, through instruments such as nuclear and renewable levies, long-term investment contracts for nuclear energy or regulation of tariffs and rights to sell renewably-generated electricity. In transport, government planning decisions about new airports or high speed train lines (e.g. the current debate about where to locate a third London runway or the planned HS2 high-speed rail link in the UK or the Turin-Lyon rail link) all shape choices about transport technology. In contrast to traditional industrial policies, the technologies chosen have often been developed by European or international groups – for instance, European high speed rail or airlines or different forms of energy generation offered by consortia such as Airbus or specially-created consortia that bring together national firms and European champions such as EDF and Areva.

Although competition has been a central regulatory goal, other objectives have become increasingly important, especially in the 2000s, many of them similar to previous industrial policy aims. Security of supply has achieved increasing prominence, especially in energy, and been a major argument for new nuclear power stations and also for building storage and grid capacity. Regional development has driven policies about transport, such as new high speed rail links (e.g. HS2) or airport capacity. Externalities, regional development and also equality have all been important considerations in policies for broadband and mobile networks.

These aims however, have often been pursued through a combination of direct financing and regulatory instruments. Direct financing has come from both national governments and from the EU, through its structural funds and more recently, its plans for investment programmes run through the European Investment Bank. However, they also occur through regulatory instruments, which are much less visible. Thus achieving security of supply and additional capacity can occur through price formulae that allow infrastructure providers to pass on certain costs. Equally, medium-term price controls can be linked to investment programmes (e.g. in water, energy or transport). They can also be achieved through regulation that allows sharing of infrastructure (e.g. for telecommunications), which in turn makes certain investments more profitable.

The relationship between planning and individual national champion firms is less strong today than the heyday of industrial policy, when it involved explicit choices about support for individual firms. Nevertheless, the long-term planning of the 2000s does aid a limited number of firms, since many regulated markets are dominated by a small number of European champions. Thus for example, regulation and planning to ensure high investment in new mobile networks generally aids existing major suppliers such as Orange or Vodafone. Indeed, the European Commission itself, supposedly the guardian of competition, increasingly supports concentration of sectors such as network industries in order to ensure high levels of investment and coverage³².

32 For instance, in 2014 it approved both a merger between Telefonica Deutschland and E-Plus, reducing the number of mobile operators in Germany from four to three – see EUROPEAN COMMISSION, Case M.7018, Telefonica Deutschland/E-Plus; equally, a Directive in 2014 encour-

Table 5 summarises the contrasts between the instruments for planning under traditional industrial policy and then with regulatory institutions.

Table 5. – *Instruments for planning*

<i>Traditional industrial policy</i>	<i>Regulatory institutions</i>
Public priorities and targets for sectors	Sectoral target outcomes for private suppliers
State funding for investment in selected sectors	Public agreement to private investment plans; tax; cross-subsidies
Choice of certain national technologies	Choice of internationally-available technologies
Public orders and coordination in pursuit of wider aims than competition – e.g. regional development, national autonomy, security, technological lead	Regulatory instruments in pursuit of wider aims – e.g. security of supply,

7. Conclusion

National policy makers pursued traditional industrial policies using instruments available from a well-established institutional framework. Some elements of that framework continue to exist, such as limited explicit public ownership or direct state subsidies and state aid. However, as studies on the spread of (neo-)liberal institutions and the regulatory state rightly identify, major reforms have replaced many past institutions with new regulatory ones. Privatisation, the transfer of powers over monopolies and mergers to the EU and national competition agencies, rules designed to ensure ‘fair and effective competition’ and the abolition or weakening of planning mechanisms have all represented a move towards competition-based regulation of markets. They have ended or limited traditional instruments of industrial policy.

However, when looked at closely, these regulatory institutions have not ended industrial policy. Instead, they have offered new instruments for national policy makers. Legal and ownership privatisation have offered instruments to shape the development of partially – state firms or fully private firms, as well as indirect forms of state ownership. The transfer of powers over mergers and acquisitions and a focus on competition have allowed mergers and acquisitions by existing large European firms. Re-regulation of competition has provided several tools to aid firms, from licensing and licence conditions to regulatory standards. The decline of formal planning and previous planning organisations and increased reliance on ‘the market’ to direct choices of technologies and investment have permitted governments and independent regulatory agencies to plan and attempt to influence market choices through their orders and multiple objectives for a well-functioning market.

The outcome has been a new form of industrial policy, operating through a

aged the sharing of infrastructure in broadband telecommunications, thereby reducing the incentives for competition among networks – Directive 2014/61/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on measures to reduce the cost of deploying high-speed electronic communications.

combination of both traditional and newer regulatory instruments. It is centred on aiding selected firms, particularly aiding Europeanised or internationalised champion firms. These firms have a historic link with a nation state, often being former national champions, but have increasingly expanded abroad. Some are majority state-owned such as EDF. Others are minority state-owned such as GDF-Suez, ENI or ENEL, or indirectly state owned such as Deutsche Post or Lloyds and Royal Bank of Scotland. But many are state-supported privately-owned firms – from network operators such as Telecom Italia, British Telecom or British Airways to banks such as Barclays or Société Générale.

Why have the new regulatory instruments not ended industrial policies? One set of reasons lies in the very nature of institutional reform: often change occurs through ‘layering’ in which new institutions are created ‘on top of’ existing ones or through decay, in which old institutions remain but are left to decline³³. Hence public ownership or planning organisations have not been entirely abolished. Second, more importantly, there are several different types of market structures that can be used to create competitive markets. Thus different forms of public ownership can be combined with competition. Equally, there are several possible meanings of ‘competition’ and modes of determining its protection in merger and acquisition control. Finally, initial attempts to focus purely on competition rapidly failed. Other objectives such as security of supply, aiding politically influential firms and national development rapidly re-emerged. Making markets is an inherently political activity, and national policy makers have sought and found instruments to continue with industrial policies.

The case of industrial policy supports wider arguments by recent ‘statist’ literatures³⁴. Far from disappearing, state activity has both shaped liberalisation and internationalisation of markets and adapted to these changes. National policy makers have found new instruments to aid selected firms. The present analysis advances such work by suggesting which instruments have arisen and by examining how regulatory reforms have provided these new instruments.

33 W. STREECK-K. THELEN (eds.), *Beyond Continuity: Institutional Change in Advanced Political Economies*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2005.

34 Cf. CLIFT-C.WOLL, *op. cit.*, J. LEVY, *op. cit.*, V. SCHMIDT, *op. cit.*

Il ‘valore’ del *rating* nelle regolazioni pubbliche. Regolare il mercato del *rating* o superare il *rating*?

di Laura Ammannati

ABSTRACT

Rating has taken on importance as a ‘normative parameter’ in public regulations in time. Its role as a regulatory instrument (“regulating by rating”) has been challenged by the financial crisis and its impact on the Credit Rating Agencies’ reliability. This paper highlights the complex interplay between public and private regulation, focusing, on the one side, on the decision of public regulators and policymakers to turn to ‘the market’ and employ the rating as a normative measure of the credit risk, and on the other on the need to increase the accountability and the independence of the CRAs as well as to regulate their activities. In this respect the paper deals with two main questions: whether and to what extent CRAs, as private market actors, can be regulated, and whether and how the reliance on rating in public regulations can be reduced to go beyond a rating-based regulation.

SOMMARIO: 1. Una breve introduzione al *rating* e alle sue trasformazioni. – 2. L’ascesa del *rating* come parametro normativo nella regolazione finanziaria. – 3. Dalla *self-regulation* alla regolazione pubblica del mercato del *rating*. – 3.1. Il percorso della *US Securities and Exchange Commission*. – 3.2. La regolamentazione quadro europea. – 4. La ‘legittimazione’ del *rating* tra regolazione privata e pubblica. – 4.1. Oltre la *rating-based regulation*? Quali credibili previsioni?

1. Una breve introduzione al *rating* e alle sue trasformazioni

Per lungo tempo il *rating* è stato uno strumento di valutazione del rischio di credito quasi del tutto ignoto all’opinione pubblica. Nondimeno da diversi decenni ha giocato un ruolo di rilievo nella regolazione dei mercati finanziari. Intermediari finanziari, investitori, regolatori ed anche legislatori hanno usato e tuttora usano l’informazione prodotta dalle agenzie di *rating* a supporto e all’interno delle loro decisioni. Le agenzie di *rating* sono divenute «istituzioni pervasive»¹.

La crisi finanziaria ha avuto un forte impatto sulle agenzie di *rating* o meglio sulla loro affidabilità così come sul “valore” del *rating*. Le agenzie sono state additate come i maggiori responsabili della propagazione della crisi innescata dalla proliferazione incontrollata di operazioni di finanza strutturata certificate

¹ L’espressione «*pervasive institutions*» è usata da S. ROUSSEAU, *Regulating credit rating agencies after the financial crisis: the long and winding road toward accountability*, Rotman School of Management, University of Toronto, July 23, 2009 (disponibile in: <http://ssrn.com/abstract=1456708>).

da *rating* inflazionati, anzi talvolta costruiti con la consulenza delle stesse². Gli effetti distorsivi si sono moltiplicati all'ombra della eccessiva dipendenza dal *rating* delle regolazioni dei mercati finanziari e quindi dei comportamenti di molti attori del mercato, dai grandi investitori e intermediari al piccolo risparmiatore.

All'improvviso sulle agenzie di *rating* si sono accesi i riflettori di regolatori e legislatori, dagli organismi internazionali ai vecchi e nuovi regolatori comunitari agli apparati nazionali. In carenza di precedenti ed efficaci regole riguardanti l'attività delle agenzie, le metodologie e le procedure di produzione dei *rating*, si è cominciato ad indagare e discutere sulle criticità più evidenti e sui possibili interventi correttivi.

È significativo, a questo proposito, l'*incipit* del regolamento 1060 del 2009 che rappresenta un primo approccio delle istituzioni europee alla regolazione del mercato del *rating*. La premessa si fonda sul ruolo esercitato dalle agenzie di *rating* sui mercati mobiliari e bancari mondiali, così che «i loro *rating* del credito sono utilizzati dagli investitori, dai mutuatari, dagli emittenti e dai governi come elementi che contribuiscono alla formazione di decisioni informate in materia di investimenti e di finanziamenti» ed «hanno un impatto significativo sul funzionamento del mercato e sulla fiducia degli investitori e dei consumatori». Di conseguenza è essenziale che le attività «siano condotte nel rispetto dei principi di integrità, trasparenza, responsabilità e correttezza gestionale, affinché i *rating* utilizzati nella Comunità ... siano indipendenti, oggettivi e di qualità adeguata»³.

Come traspare da queste considerazioni, il *rating* resta inteso come strumento di informazione espresso in formule semplici e accessibili. Infatti lo stesso Regolamento lo definisce come «un parere relativo del merito creditizio di un'entità, di un'obbligazione di debito o finanziaria, di titoli di debito, di azioni privilegiate o di altri strumenti finanziari, o di un emittente di un debito, di un'obbligazione di debito o finanziaria, di titoli di debito, di azioni privilegiate o altri strumenti finanziari, emessi utilizzando un sistema di classificazione in categorie di *rating* stabilito e definito»⁴.

È evidente che nella prosa di legislatori e regolatori come nel patrimonio "culturale" delle agenzie il *rating* è ancora presentato come una informazione destinata essenzialmente a ridurre l'asimmetria informativa nei rapporti tra attori dei mercati finanziari. Ma da quando John Moody iniziò la sua attività nel 1909 con un libriccino sul *rating*, le agenzie di *rating* hanno cambiato il modello di *business* e l'industria del *rating* si è sviluppata oltre ogni ottimistica aspettativa. Lo stesso *rating* ha ampliato la gamma delle sue funzioni in quanto, nel corso di molti decenni, legislatori e regolatori nazionali e internazionali dei mercati finanziari hanno utilizzato nelle regolazioni pubbliche, su scala crescente, il *rating* come misura del rischio insito nelle attività di investimento e di finanziamento.

Molte delle criticità al centro del dibattito riaperto dalla recente crisi finan-

² Ved. per tutti, INTERNATIONAL MONETARY FUND, *The uses and abuses of sovereign ratings*, in *Global Financial Stability Review*, October 2010, spec. p. 4.

³ Come espresso nel cons. 1 del Reg (CE) n. 1060/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio (16 settembre 2009) relativo alle agenzie di *rating* del credito.

⁴ *Ivi*, art. 3, 1 lett. a). Questa definizione evidenzia anche una fondamentale criticità del *rating* in generale, in quanto questo si riferisce esclusivamente al rischio di credito e traslascia di considerare altri rilevanti rischi come il rischio di mercato, cioè il rischio prodotto da dinamiche sfavorevoli dei prezzi di mercato oppure il rischio di liquidità nei casi in cui *asset* o titoli non sono rapidamente scambiabili sul mercato in modo da evitare perdite.

ziaria erano emerse da tempo e riprese da più parti anche a seguito di ben noti fallimenti come Enron e WorldCom all'inizio di questo secolo. Tuttavia, soprattutto in Europa la spinta decisiva ad un ripensamento del fenomeno *rating* è arrivata dalla tempesta abbattutasi sui debiti sovrani e dalla consapevolezza degli effetti pro-ciclici degli improvvisi *downgrading* dei *rating* dei titoli pubblici.

La breve presentazione appena delineata rinvia ad una serie di tematiche cruciali per la comprensione dell'attuale contesto di riferimento. Alcune saranno soltanto brevemente accennate in questo lavoro.

Infatti il suo oggetto centrale sarà il fenomeno della "domanda" di *rating* da parte dei regolatori pubblici. Fenomeno che si iscrive, come diversi autori rilevano, in quello più generale per cui la regolazione non è più soltanto dominio esclusivo dei soggetti pubblici ma ingloba un numero crescente di soggetti privati o ibridi, di "*non-state actors*". Inoltre, consapevoli dei limiti delle strategie di *command and control* nell'era della globalizzazione, le stesse istituzioni pubbliche hanno riconosciuto un potente ruolo alle agenzie di *rating* nei meccanismi di *governance* dei mercati finanziari utilizzando informazioni, indicatori, standard messi a punto da queste stesse. In prima approssimazione è il caso di ricordare che il coinvolgimento di attori privati nei meccanismi di *governance*, come il riconoscimento da parte dello stato di regole di origine privata e di fonti di regolazione oltre lo stato, e la presenza di soggetti non-statali nei sistemi di regolazione e nella *governance* ha segnato in particolare i mercati finanziari. E che quindi i regolatori hanno fatto crescente affidamento sugli attori privati presenti sui mercati e sulle loro conoscenze⁵.

Un passaggio ritenuto da tutti cruciale nell'evoluzione del *rating* è rappresentato dal modello di *business* adottato inizialmente dalle c.d. 'Big Three', cioè le due agenzie storiche Moody's e Standard & Poor's, e la più recente Fitch, e acquisito da tutte le altre entrate successivamente sul mercato. Il modello originario, utilizzato fino agli anni '70 dello scorso secolo, era quello *investor-pays* che prevedeva il pagamento delle agenzie da parte di chi utilizzava il *rating* a supporto delle proprie scelte di investimento. Il superamento di questo modello ha incrementato significativamente i profitti delle agenzie ma, nello stesso tempo, ha prodotto un potente conflitto di interessi su questo mercato.

Il passaggio al modello *issuer-pays* fa correre alle agenzie il rischio di valutazioni poco accurate o più favorevoli all'emittente che viene in tal modo "fidelizzato". Tuttavia, come osserva qualche commentatore, gli effetti negativi di questo modello appaiono bilanciati, almeno in parte, dal timore di intaccare il patrimonio consolidato di reputazione acquisito nel tempo⁶. Il "legame pericoloso" tra le potenti agenzie e gli emittenti si è rafforzato utilizzando la pratica degli *unsolicited ratings*, in quanto la divulgazione di *rating* non richiesti induce talvolta l'emittente a richiedere un ulteriore *rating* a pagamento nella speranza

5 Per una considerazione generale sul ruolo degli organismi non-pubblici ved., in particolare, M. SENN, *Non-State Regulatory Regimes. Understanding Institutional Transformation*, Springer, Heidelberg, London, 2011, p. 92 ss.; sullo specifico aspetto del "decentramento" della *governance* dallo stato ad attori non-statali come le agenzie di *rating*, ved. l'interessante trattazione di A. KRUK, *Private Ratings, Public Regulations. Credit Ratings Agencies and Global Financial Governance*, MacMillan, Palgrave, 2011, in partic. Cap. 1.

6 L.J. WHITE, nel suo saggio (*The Credit Rating Agencies*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 24, 2010, p. 215 s.) conclude, aderendo al punto di vista di altri osservatori, che «*the major complaint about the rating agencies during this era was not that they were too compliant to issuers' wishes but that they were too tough and too powerful*».

di raggiungere una valutazione migliore anche grazie alle informazioni fornite direttamente all'agenzia⁷.

In ogni caso le agenzie di *rating* giocano un ruolo importante sul mercato finanziario in quanto forniscono un "segnale" informativo in forma standardizzata sulla qualità e sul rischio dei prodotti finanziari. In questa prospettiva le agenzie sono state ricondotte alla più vasta categoria dei "Gatekeepers" o dei "Reputational Intermediaries"⁸.

In più, secondo una opinione fin di recente condivisa, il *rating*, in quanto espresso in forma semplice e immediatamente percepibile, consentiva di far crescere la fiducia di contro alle incertezze del mercato anche grazie ai consolidati meccanismi reputazionali⁹. Così il *rating* ha svolto un ruolo di propagatore di fiducia sistemica.

Questo è accaduto soprattutto in quelle aree dove la regolazione era più debole o dove i soggetti pubblici, all'interno di procedimenti di regolazione, riconoscevano alle agenzie il potere di fornire un *rating* che acquistava così un valore "quasi regolamentare" per la disciplina del mercato¹⁰. Il sempre più frequente ricorso al *rating* da parte di legislatori e regolatori ha avuto come effetto che la regolazione del mercato finanziario ha valorizzato, ad ogni livello, il *rating* come condizione per avere accesso a determinati mercati o utilizzare alcune forme di finanziamento¹¹.

La regolazione pubblica rende possibile che i *rating investment grade* forniti dalle agenzie divengano lo strumento che consente di adeguarsi ai requisiti legali richiesti dai regolatori acquistando un valore che è stato definito come «*force of law*»¹². In presenza di questa trasformazione del *rating* da opinione capace di indirizzare le scelte degli investitori a strumento di regolazione ("regulating by rating") e del ruolo delle agenzie come una delle cause all'origine della crisi finanziaria le organizzazioni sovranazionali come l'Unione Europea

7 Ved. in partic. F. PARTNOY, *The Paradox of Credit Ratings*, in R.M. LEVITCH, C. REINHART, G. MAJNONI (eds.), *Ratings, Rating Agencies, and the Global Financial System*, Kluwer, Boston, 2002, p. 79; e M.S. FRIDSON, *Discussion*, *ivi*, pp. 85-88.

8 I due termini possono, in linea generale, essere considerati sinonimi. Tuttavia nella prima definizione è più evidente la funzione di condizionamento dell'accesso al mercato, mentre nella seconda sono evidenziati i caratteri che fanno di questi soggetti attori sofisticati e affidabili nel mercato.

Sul tema ved. in partic. J.C. COFFEE, *The Acquiescent Gatekeeper: Reputational Intermediaries, Auditor Independence and the Governance of Accounting*, (maggio 2001), Columbia L. & E. WP No. 191 (disponibile in: <http://ssrn.com/abstract=270944>), e il vol. *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*, OUP, 2006. Per un quadro del dibattito in materia ved. G. FERRARINI-P. GIUDICI, *I revisori e la teoria dei gatekeepers*, in *Nuove prospettive della tutela del risparmio*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 130 ss. Più in dettaglio, sulla regolazione dei *gatekeeper* e sui correlati profili di responsabilità civile, ved. P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2008, cap. IV, e in partic., la sez. VIII sulle Agenzie di *rating*.

9 Proprio Moody's ancora nel 2010 sosteneva che l'obiettivo del *rating* è «*to provide investors with a simple system of gradation by which relative creditworthiness of Securities may be noted ...*» (MOODY'S, *Ratings Definitions*, disponibile in <http://v3.moody's.com/ratings-process/Ratings-Definitions/002002>).

10 I punti più significativi della regolazione che utilizza i *rating* definiti dalle agenzie nella sua evoluzione negli Stati Uniti e più di recente nell'ordinamento comunitario sono illustrati da F. PARMEGGIANI, *La regolazione delle agenzie di rating tra tentativi incompiuti e prospettive future*, in *Giur. comm.*, 2010, 1, pp. 1-34.

11 La dottrina sia italiana che straniera sul punto è più che ampia. Ved., tra l'altro, L. ENRIQUES, M. GARGANTINI, *Regolamentazione dei mercati finanziari, rating e regolamentazione del rating*, in *Analisi giur. dell'economia*, 2010, 2.

12 L.J. WHITE, *The Credit Rating Agencies*, cit., p. 213.

o i governi, come nel caso degli USA, hanno iniziato a ripensare l'intero sistema.

In primo luogo, mettendo in campo una normativa di regolazione delle stesse agenzie in modo da garantire una maggiore *accountability* e indipendenza insieme ad una elevata qualità del *rating*. Si passa quindi da un approccio regolatorio basato su strumenti di *self-regulation* alla introduzione di un regime di regolazione e vigilanza, in particolare a livello europeo all'indomani del fallimento di *Lehman Brothers*, delineato già nel Rapporto *De Larosière* come base della rifondazione della disciplina dei mercati finanziari. L'esistenza di un ampio consenso sulla necessità di forti misure di regolazione è evidente nella dichiarazione del G20 di Londra del 2009 quando afferma che «*we have agreed on more effective oversight of the activities of Credit Rating Agencies, as they are essential market participants*»¹³.

In secondo luogo, cercando di recedere dalla strada che aveva progressivamente ampliato la dipendenza dal *rating* come esclusiva fonte di valutazione. La produzione di parametri alternativi necessaria per ridurre la dipendenza dal *rating* nelle regolazioni rappresenta un aspetto cruciale verso una effettiva riforma del settore. Questo è testimoniato dai numerosi documenti prodotti da organismi internazionali e sovranazionali a partire dal documento del FSB del 2010 passando al documento di consultazione presentato congiuntamente da EBA, EIOPA e ESMA relativo ai riferimenti meccanici al *rating* nelle *guidelines* e nelle raccomandazioni delle tre Autorità di vigilanza sui mercati finanziari fino ai report conclusivi pubblicati da entrambi i soggetti nel 2014. Senza tralasciare, anche se non sarà possibile darne conto più estesamente, gli interventi messi atto dalle istituzioni US a partire dalle nuove regole del *Dodd-Frank Act* fino alle misure della SEC del 28 agosto 2014¹⁴.

2. L'ascesa del *rating* come parametro normativo nella regolazione finanziaria

Tradizionalmente il *rating* ha come obiettivo di comunicare informazioni sulla capacità di un emittente di ripagare il suo debito. Quindi aiuta gli investitori a superare l'asimmetria informativa esistente tra questi ultimi e l'emittente.

Come è noto, la riduzione del *gap* informativo è resa possibile dal ricorso a

13 Dichiarazione cit. in S. ROUSSEAU, *Regulating Credit rating Agencies*, cit., dove l'A. fornisce una valutazione critica delle prime iniziative di riforma sia in USA che in Europa (disponibile in <http://ssrn.com/abstract=1456708>).

14 FSB, *Principles for Reducing Reliance on CRA Ratings*, 27 October 2010; *Thematic Peer Review on the FSB Principles for Reducing Reliance on CRA Ratings* – questionnaire, 23 March 2013; *Thematic Review on FSB Principles for Reducing Reliance on CRA Ratings* – Peer Review Report, 12 May 2014; EBA EIOPA ESMA, *Joint Consultation on Mechanistic references to credit ratings in the ESAs' guidelines and recommendations*, 7 November 2013; *Final report on Mechanistic references to credit ratings in the ESAs' guidelines and recommendations*, 6 February 2014.

Con riguardo alle misure SEC, si tratta di: *Rules that replace credit ratings as eligibility criteria for asset-backed issuers seeking to use "short form" registration* (August 27, 2014) [§ 939A]; *Technical amendments and rules regarding NRSRO internal controls, transparency, procedures and methodologies, third-party due diligence, standards for analysts, and ratings symbols*. (August 27, 2014) [§§ 932, 936, 938]; *Rules that standardize asset-level information for ABS backed by residential mortgages, commercial mortgages, auto loans and leases, debt securities, and securitizations of those asset classes* (August 27, 2014).

meccanismi di regolazione finalizzati a produrre certezze oppure, meglio sarebbe dire, a ridurre l'incertezza e l'insicurezza così come i costi di transazione nel reperimento delle informazioni necessarie. Il valore informativo del *rating* lo colloca nell'area degli *information goods* e, come sostenuto nella letteratura economica, almeno due elementi rilevano sul mercato dell'informazione: la qualità e l'accuratezza dell'informazione e l'esperienza/reputazione.

Nell'industria del *rating* le agenzie si confrontano e competono prevalentemente sulla accuratezza delle valutazioni che si traduce in reputazione. Infatti, insieme al bene informazione viene messo sul mercato un bene correlato, cioè la reputazione (*reputational value*), che ha un valore rilevante, per un verso, per gli investitori e, per un altro, per gli emittenti che possono contribuire ad accrescere la quota di mercato di una determinata agenzia. Infatti la reputazione è il bene di cui gli emittenti usufruiscono in caso di giudizio positivo, ma in parte anche per la sola circostanza di aver fatto ricorso al *rating* da parte di una determinata agenzia e di sottoporre a monitoraggio la propria affidabilità¹⁵.

Nel tempo il *rating* ha assunto una ulteriore funzione che si è progressivamente rafforzata e ampliata ed è quella di cui ci occupiamo in questo lavoro, cioè la crescente affermazione del *rating* come 'parametro' all'interno di regolazioni pubbliche, definita come "*rating-based regulation*".

Negli USA le prime misure regolatorie che hanno usato il *rating* come parametro di valutazione di prodotti finanziari risalgono agli anni '30 dello scorso secolo e hanno avuto un considerevole incremento nel tempo, in particolare negli anni '70¹⁶. La SEC nel 1975 (*rule 15c3-1*) confermava questo orientamento disciplinando i requisiti di capitale di *broker – dealer* e introducendo la categoria delle *National Recognized Statistical Rating Organization* (NRSRO) che qualificava le agenzie che potevano emettere un *rating* valido a fini di vigilanza. Senza dare una definizione di NRSRO o indicare i criteri in base a cui una agenzia poteva essere riconosciuta come tale o disporre di un procedimento finalizzato a tale risultato, la SEC attribuì questo preciso status alle *Big-Three* grazie allo strumento delle «*no-action letter*»¹⁷. Successivamente il

15 Sul punto, ved. S. ROUSSEAU, *Regulating credit rating agencies*, cit., p. 16, il quale afferma che «*CRAs act as certifying agents by offering their reputation to supplement that of the issuer as a guarantee of quality. For prospective investors to be convinced of the accuracy of certification, the signal conveyed by CRAs must be credible itself*».

16 È interessante ricordare che all'indomani della crisi del 1929 e per ridurre l'elevato rischio di credito che caratterizzava gli intermediari finanziari, l'*Office of the Comptroller of the Currency* elaborò nuove regole per le banche (1931), obbligandole a contabilizzare al loro valore di acquisto solo i bond che avessero ricevuto da almeno un'agenzia un *rating* BBB o superiore. Nel 1936, mentre la crisi continuava ad affliggere il mercato americano, lo stesso *Office* e la *Federal Reserve* inasprirono le restrizioni regolamentari, con un provvedimento che imponeva alle banche di detenere unicamente titoli ai quali fosse stato attribuito da minimo due agenzie un *rating* almeno pari a BBB. Tale regola ebbe un impatto cruciale sui mercati, in quanto circa metà dei *bond* all'epoca negoziati non erano in grado di soddisfare tale requisito. Questo intervento costituì la prima dimostrazione dell'enorme potere che la regolazione era in grado di attribuire alle agenzie di *rating*, quando elevava i loro giudizi al rango di parametri con i quali disciplinare il mercato. Per una ricostruzione delle regole statunitensi che incorporano, in diversa misura e con diversi effetti, i giudizi delle agenzie di *rating* ved. tra gli altri C. HILL, *Regulating the Rating Agencies*, Georgetown University Law Center, Working Paper N. 452022, p. 53 ss.; e F. PARTNOY, *The Siskel and Ebert of Financial Markets: Two Thumbs Down for the Credit Rating Agencies*, in *Washington University Law Quarterly*, 1999, in partic. p. 681 ss. (disponibile in <http://ssrn.com/abstract=167412>).

17 La «*no-action letter*» indirizzata a un *broker-dealer* affermava che la SEC non avrebbe intrapreso alcuna azione contro di questo se si fosse attenuto ai *rating* definiti dalle tre NRSRO nel calcolo dei requisiti per la determinazione del capitale netto.

Congresso incorporava in buona parte della legislazione finanziaria la nozione di NRSRO e in seguito la SEC ha fatto costante riferimento al *rating* delle agenzie così denominate per distinguere tra i vari gradi di merito di credito.

In sostanza questo indeboliva il valore tipicamente di informazione del *rating* a favore di un ruolo di “certificazione”¹⁸. Si produceva così quella condizione che Frank Partnoy ha chiamato «*regulatory licence*»¹⁹, trasformando le agenzie in “venditori” di un trattamento regolamentare in grado di generare una rendita economica per le NRSRO anche in caso di valutazioni poco accurate²⁰. Così le agenzie si comportano come peculiari *gatekeeper* che decidono, in base al *rating* attribuito, quali soggetti possono beneficiare di un trattamento regolamentare più favorevole. La diffusione di un sistema di *regulatory licence* emerge dallo stesso Reg. europeo n. 1060 del 2009 che, pur nell'intento di regolare il mercato dei *rating*, riconosce che banche, imprese di investimento o di assicurazione ed altri organismi utilizzino «a fini regolamentari solo *rating* emessi da agenzie di *rating* del credito stabilite nella Comunità e registrate conformemente al presente regolamento» (art. 4).

In tal modo si è affermata una diversa qualificazione delle agenzie trasformate da soggetti che emettono un giudizio che incorpora un valore in soggetti che vendono una *regulatory licence*. Tale evoluzione ha fatto emergere un evidente paradosso delle agenzie di *rating* per cui, a fronte di un decrescente *informational value* del *rating*, l'importanza e la prosperità delle stesse agenzie è di molto aumentata nel tempo.

Questa impostazione si è estesa rapidamente, oltre i confini geografici, a molti ambiti del mercato. Le legislazioni hanno aderito alla introduzione di un uso regolamentare del *rating* che riconosce a quest'ultimo una valenza giuridica finalizzata alla regolazione dei mercati finanziari e dell'attività dei soggetti che vi operano.

Sull'approccio originariamente diffuso negli Stati Uniti, secondo il quale determinati strumenti di debito possono essere collocati sui relativi mercati a patto che il *rating* relativo ad essi o al loro emittente non sia inferiore a *investment grade*, è stata modellata anche la normativa europea a partire da quella riguardante gli organismi collettivi di investimento in valori mobiliari (OICVM)²¹.

18 L'effettivo valore informativo del *rating* è in teoria connesso al carattere di tempestività sia del rilascio che della modifica. Così le agenzie di *rating* interpretano ruoli potenzialmente in conflitto: fornire tempestive informazioni al mercato e allo stesso tempo comunicare *rating* stabili a fini di regolazione e contrattazione. È infatti dimostrato l'impatto della modifica del *rating* sui corsi di borsa, come nel caso di *downgrading* dei titoli, il cui effetto è di fatto rafforzato dalla pratica del *rating trigger*, cioè di quelle clausole contrattuali che riconoscono agli investitori certe facoltà soprattutto in caso di variazioni negative del *rating*.

19 VED. in partic. F. PARTNOY, *How and Why Credit Rating Agencies Are Not Like Other Gatekeepers*, University of San Diego, Legal Studies Research Paper, No. 07-46 (May 2006), p. 59 (disponibile in <http://ssrn.com/abstract=900257>), dove sostiene che un altro motivo di differenziazione tra agenzie di *rating* e *gatekeepers* è che «*they have been largely immune to civil and criminal liability. [...] More important, several lower-court judges have accepted – wrongly, in my opinion – the rating agencies' argument that ratings are opinions protected by the First Amendment*».

20 Nell'area dei *gatekeepers*, diversamente da quanto accade per gli analisti finanziari, le banche di investimento, i legali o i revisori contabili, le agenzie di *rating* sono state finora l'unico soggetto che non conduce una verifica fattuale in relazione alle informazioni su cui si fondano i loro modelli di valutazione. Esse dichiarano semplicemente di fare riferimento alle informazioni che sono loro fornite da altri. Sul punto in partic. *Ratings reform: the good, the bad, and the ugly* (Note by Prof. John Coffee), in OECD, *Competition and Credit Rating Agencies* (2010), p. 46.

21 Il riferimento è all'art. 6 della direttiva 2009/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamen-

Nella stessa direzione, in Italia, il primo provvedimento che ha dato rilevanza al giudizio delle agenzie è stata la legge n. 130/1999 (Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti). Infatti la legge prevede che, nel caso in cui i titoli oggetto delle operazioni di cartolarizzazione siano offerti ad investitori non professionali, l'operazione debba essere sottoposta alla «valutazione del merito di credito da parte di operatori terzi» (art. 2, comma 4).

Inoltre la stessa ha delegato la Consob a fissare, con proprio regolamento, i requisiti di professionalità e i criteri richiesti a garanzia dell'indipendenza degli operatori che svolgono la valutazione del merito di credito. Il regolamento Consob (n. 12175/1999) ha disciplinato i requisiti di professionalità e quelli di indipendenza. Comunque il ruolo centrale attribuito dal legislatore italiano alle agenzie di *rating* nel campo dei titoli cartolarizzati è confermato dal contenuto del «regolamento dei mercati organizzati e gestiti da borsa italiana S.p.A.» nella sua versione del 2011²². Qui titoli *asset backed securities* sono ammessi alla quotazione solo se ogni *tranche* è stata sottoposta a valutazione da parte di un'agenzia di *rating* accreditata e ha raggiunto un livello di giudizio pari almeno all'*investment grade*. Inoltre si obbligano gli emittenti di *asset backed securities* a comunicare a Borsa Italiana tutte le modifiche intervenute nel *rating* di tali titoli e i *report* creati dalle agenzie di *rating* sugli stessi strumenti.

Anche il Testo Unico della Finanza (TUF, art. 100 *bis*, commi 2 e 4), si muove nello stesso senso dove esclude che possa essere considerata «offerta al pubblico» la rivendita sistematica a soggetti diversi dagli investitori qualificati di titoli di stato emessi da paesi dell'area OCSE che vantino un *rating* «di qualità bancaria» cioè pari all'*investment grade*, purché tale giudizio sia assegnato «da almeno due primarie agenzie» di *rating* registrate in base al reg. comunitario 1060 del 2009.

Sempre su questa linea si colloca, tra l'altro, la circolare ISVAP 474/D del 2002 (in attuazione dell'art. 30, comma 1, d.lgs. n. 174/1995) dove, in rapporto ad alcuni prodotti finanziari assicurativi, era richiesto un *rating*, attribuito da una primaria agenzia, almeno pari a «BB» o equivalente, a condizione che nessun'altra agenzia avesse attribuito una valutazione inferiore²³.

Accanto ai casi appena citati, in chiave esemplificativa, di un particolare uso del *rating*, questo è divenuto, in altro contesto, lo strumento per modulare i vincoli patrimoniali predisposti per gli intermediari finanziari. Un decisivo incremento del tasso di affidamento sui *rating* da parte dei regolatori a livello globale è venuto dall'accordo adottato nel 2004 dal Comitato di Basilea, c.d. «Basilea 2». Qui, come noto, si rinvia al *rating* come strumento per il calcolo dei requisiti di capitale che le banche sono tenute ad accantonare in base alle loro esposizioni al rischio²⁴.

tari e amministrative in materia di taluni organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM) (art. 50, lett. h).

22 BORSA ITALIANA S.p.A., *Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da borsa italiana S.P.A.* 2011 (disponibile in http://www.dt.tesoro.it/export/sites/sitodt/modules/documenti_it/regolamentazione_bancaria_finanziaria/compendio_tuif/REG_BI_28_6_2010.pdf).

23 ISVAP, *Circolare n.474/D* (21 febbraio 2002), in particolare la Sezione 3: Attivi a Copertura delle Riserve Tecniche, p. 9.

24 Sul rafforzamento delle agenzie di *rating* prodotto dalla regolazione introdotta con Basilea II, ved. Ch. M. BRUMMER, *The New Politics of Transatlantic Credit Rating Agency Regulation*, 2012 (disponibile in <http://ssrn.com/abstract=2179239>): «After the Asian Financial Crisis, the Basel Committee on Banking Supervision issued a New Capital Adequacy Framework proposal in 1999. The Framework, which would later serve as the basis for "Basel II" regulations [...], devised new methods for determining the riskiness of bank investments and financial activities.

Nel quadro di Basilea 2, due delle metodologie adottate per la valutazione del rischio degli enti creditizi (*Standardised Approach* e *Internal Rating Based Approach*) richiedono, per la valutazione del proprio patrimonio, di fare riferimento alla valutazione di soggetti esterni (*External Credit Assessment Institutions* – ECAI). Queste rappresentano un particolare tipo di agenzia che fornisce *rating* utili ai fini della conformità con Basilea 2. Proprio tale attività è stata oggetto del primo intervento regolamentare europeo in materia di *rating*. In effetti, l'accordo è stato recepito nell'Unione Europea con la direttiva 2006/48/CE (*Capital Requirement Directive* – CRD) che disciplina le ECAI e definisce il regime per il loro riconoscimento²⁵. Lo schema del nuovo accordo "Basilea 3", concluso in prima battuta nel 2010, si rifà ai pilastri di riferimento del precedente accordo, anche se è evidente l'impegno a ridurre il peso e la portata dei *rating* esterni²⁶.

Un ulteriore rafforzamento di questo impiego del *rating* è il risultato delle regole relative ai prodotti finanziari strutturati²⁷ per i quali il *rating* non sembra rappresentare soltanto una valutazione dell'agenzia sulle caratteristiche del prodotto oggetto di *securitization*, ma è considerato come un vero "marchio" di garanzia. E questo perché nella valutazione dei prodotti strutturati le agenzie forniscono per lo più un servizio ulteriore partecipando al processo di strutturazione del prodotto stesso così che risulti costruito in modo da meritare un determinato *rating*. Tra l'altro, dato che la valutazione dei prodotti di finanza strutturata è più complessa di quella del merito di credito di una emissione tradizionale, questa attività consente alle agenzie di *rating* di incrementare i loro profitti. Dall'inizio dello scorso decennio la crescita esponenziale di tale mercato ha provocato una sensibile e rapida crescita dei ricavi delle agenzie.

Under one of the options, the external ratings approach, banks could rely on the ratings provided by credit rating agencies. In doing so, the new banking regulations heightened the importance of CRAs as global gatekeepers and sources of quality control».

25 Sul punto, ved. in particolare L. ENRIQUES-M. GARGANTINI, *Regolamentazione dei mercati finanziari, rating e regolamentazione del rating*, cit., p. 476 s.; ed anche F. PARMEGGIANI, *La regolazione delle agenzie di rating tra tentativi incompiuti e prospettive future*, cit., pp. 21 ss. È evidente l'analogia tra ECAI e NRSRO. Tuttavia l'assetto regolamentare delle ECAI poneva dei problemi in quanto l'aver rinviato la procedura di riconoscimento alle autorità di vigilanza nazionali aveva come effetto la mancata uniformità della disciplina con possibilità di *forum shopping*.

26 BANCA REGOLAMENTI INTERNAZIONALI – COMITATO DI BASILEA PER LA VIGILANZA BANCARIA, *Basilea 3 – Schema internazionale per la misurazione, la regolamentazione e il monitoraggio del rischio di liquidità* (dicembre 2010); *Basilea 3 – Schema di regolamentazione internazionale per il rafforzamento delle banche e dei sistemi bancari* (2010-2011). Il Comitato ha valutato una serie di misure volte a ridurre il ricorso ai *rating* esterni previsto dallo schema Basilea 2. Queste misure comprendono l'obbligo per le banche di valutare internamente le esposizioni a cartolarizzazioni provviste di *rating* esterno, l'eliminazione di alcune delle cause che determinano nel calcolo dei requisiti patrimoniali variazioni improvvise e di entità significativa (*cliff effect*) relative all'utilizzo delle tecniche di attenuazione del rischio di credito, e l'incorporazione dei principali elementi del *Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies* della IOSCO all'interno dei criteri per il riconoscimento prudenziale dei *rating* esterni nello schema patrimoniale.

27 "The remarkable growth in the market for asset-backed securities would have been impossible without the help of CRAs. The reason is simple: for this market to succeed, it needed to attract the large pool of institutional investors that are subject to rating-based constraints. In other words, the market for subprime MBS and CDOs needed to be a "rated" market, in which the risk of tranches was assessed by CRAs using the same scale as bonds. In that way, the rating provided access to a pool of potential buyers, who would have otherwise perceived these securities as very complex and would have possibly shied away from them. Interestingly, rating agencies were very explicit in reassuring investors that the rating of structured securities was directly comparable with the rating of bonds" (cfr. M. PAGANO-P. VOLPIN, *Credit Ratings Failures and Policy Options*, Working Paper, Tilburg University, October 2009, p. 5 – disponibile a: <http://dev3.cepr.org/meets/wkcn/9/977/papers/PaganoVolpin.pdf>).

Inoltre, con il tipico effetto a cascata, la domanda di *rating* ha contagiato anche la dimensione privatistica in relazione all'introduzione di clausole contrattuali definite a garanzia dei sottoscrittori per tutelarli da improvvisi deterioramenti del merito di credito della società emittente grazie al riconoscimento di particolari poteri²⁸.

3. Dalla *self-regulation* alla regolazione pubblica del mercato del *rating*

L'espansione del *rating* come parametro normativo a disposizione dei regolatori e dei legislatori ha innescato sia negli USA che in Europa una serie di dinamiche correttive simili, sebbene gli interventi europei abbiano avuto inizio più di recente anche a causa di una ritardata diffusione del fenomeno. L'obiettivo era quello di garantire l'accuratezza, l'attendibilità e l'indipendenza della valutazione, anche a tutela degli investitori e più in generale della stabilità del mercato finanziario. Di conseguenza gli interventi iniziali, già in epoca precedente la crisi finanziaria, erano stati indirizzati a regolare l'attività delle agenzie di *rating* così da renderle più *accountable* sul mercato del *rating*.

Successivamente, proprio in conseguenza della crisi finanziaria, le stesse organizzazioni finanziarie globali hanno acceso i riflettori sulla '*reliance*' dal *rating* nella definizione di standard, regole e norme di regolazione e hanno iniziato a porre sul tappeto la questione del superamento del *rating* e della sua sostituzione con altri indicatori. Legislatori e regolatori hanno condiviso di recente molte delle critiche riguardanti la "*overdependence*"²⁹ dal *rating* come parametro normativo veicolato dalla regolazione. Numerose altre critiche sono state rivolte alle agenzie per il ruolo esorbitante progressivamente rivestito, per gli errori ripetutamente commessi con declassamenti tardivi di strumenti finanziari quando gli emittenti erano ormai in evidente situazione di insolvibilità³⁰, così come per gli improvvisi e poco trasparenti *downgrading* di *rating* sovrani con conseguenze importanti sul costo del debito.

Tuttavia ciò che più stupisce è che, indipendentemente dalla influenza regolatoria, molti operatori abbiano mantenuto una incrollabile fiducia nel *rating* perché, dopo decenni di dominio delle agenzie e del *rating*, quest'ultimo è divenuto parte della «cultura finanziaria»³¹. Una causa profonda di questo atteggiamento è probabilmente nell'incontrastato e duraturo predominio dei meccanismi di *self-regulation* sui mercati finanziari. Come dicevamo, nel decennio precedente la crisi finanziaria i regolatori pubblici hanno cercato, per

28 I c.d. "*rating trigger*" obbligano l'emittente ad assumere determinati comportamenti nel caso che il *rating* scenda al di sotto di una soglia prestabilita come ad es. rinegoziare il prezzo dell'obbligazione, in quanto il prezzo in precedenza stabilito non risulta più equo a causa dell'aumento del livello di rischio oppure riacquistare i titoli in possesso degli investitori. Il *trigger* in genere non fa altro che aumentare i già negativi effetti del *downgrade* sull'emittente, e può addirittura essere una delle concause che portano l'emittente al *default*.

29 F. PARTNOY, *Overdependence on Credit Ratings was a Primary Cause of the Crisis*, cit., p. 9 ss.

30 Emblematico è rimasto il caso della Enron, multinazionale statunitense leader dell'energia, che fallì nel dicembre 2001, mantenendo però un *rating investment grade* da parte di Moody's e S&P fino a fine novembre, cioè pochi giorni prima di risultare in *default*.

31 Ved. sul punto anche le osservazioni di F. VELLA, *Il rating: alla ricerca di una "terza via"*, in AGE, 2012, 2, p. 325 ss.

un verso, di condizionare i protagonisti del mercato, tra cui le agenzie di *rating*, a tutela dell'interesse pubblico. Per un altro, hanno lasciato gran parte della responsabilità di regolare e vigilare i mercati finanziari (la c.d. '*market-friendly regulation*') nelle mani di organismi privati.

L'opzione per strumenti di *self-regulation* non è stata inizialmente messa in discussione neppure dalla IOSCO né dal CESR in quanto la regolazione delle agenzie di *rating* dipendeva dalla adozione di un codice di condotta volontario sul modello di quello elaborato dalla stessa IOSCO nel 2004³². Prima della crisi, gli stessi regolatori europei, invece di assumere il compito di verificare in via diretta l'applicazione del Codice IOSCO, richiedevano alle agenzie di *rating* di pubblicizzare se e come si fossero adeguate ai principi in esso contenuti e di spiegare ogni eventuale scostamento, utilizzando il noto approccio '*comply or explain*'³³. Peraltro in mancanza di meccanismi che consentissero di verificare il grado effettivo di trasparenza delle procedure e delle metodologie usate per la definizione del *rating*, gli attori del mercato non erano in grado di stabilire il livello di *accountability* delle agenzie.

La crisi ha poi provocato un significativo spostamento della responsabilità di monitorare e verificare l'adeguatezza ai principi del codice IOSCO nelle mani degli organismi di regolazione. Il Codice di condotta è stato rivisto dalla IOSCO nel 2008 su impulso del *Financial Stability Forum* (FSF)³⁴. Ma, in quanto il Codice mantiene i caratteri di un tipico strumento di *soft law*, l'adeguamento alle sue disposizioni da parte delle stesse agenzie è stato oggetto di periodiche verifiche. Nel 2009 la *Credit Rating Agency Task Force of IOSCO* ha condotto una verifica sulla implementazione dei requisiti di trasparenza richiesti dalla quale emerge che 7 delle 21 agenzie monitorate avevano iniziato il percorso necessario all'adeguamento, mentre le tre maggiori avevano sostanzialmente recepito le più recenti indicazioni del Codice rivisto.

3.1. Il percorso della *US Securities and Exchange Commission*

Come già ricordato, negli USA, fin dagli anni '70 dello scorso secolo, si tentava un primo intervento di regolazione delle Agenzie attraverso la creazione di un albo presso la SEC per la loro iscrizione come NRSRO. L'iscrizione era finalizzata a riconoscere validità alle regole inclusive di un rinvio ai *rating*. Dal 1975 a tutto il 2013 è stato registrato dalla SEC un numero veramente limitato di agenzie. Attualmente sono soltanto 10 nonostante i tentativi della SEC di consentire ulteriori ingressi soprattutto nell'ultimo decennio³⁵. Fin dalla sua in-

32 VED. *International Organization of Securities Commission, Technical Committee, Report of the Activities of Credit Rating Agencies* (2003), e *Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies* (2004); *Committee of European Securities Regulators, CESR's Technical Advice to the European Commission on Possible Measures Concerning Credit Rating Agencies* (2005). Sul Codice, ved. S. ROUSSEAU, *Enhancing the Accountability of Credit Rating Agencies: the Case for a Disclosure-Based Approach*, in *MacGill Law Journal*, 2006, p. 645 ss.

33 Su questi temi ved. in dettaglio S. PAGLIARI, *Who Governs Finance? The Shifting Public-Private Divide in the Regulation of Derivatives, Rating Agencies and Hedge Funds*, in *European Law Journal*, vol. 18, 2012/1, pp. 46-51.

34 Per una analisi delle proposte delle organizzazioni internazionali di revisione dell'uso regolamentare del *rating*, ved. G. ADINOLFI, *La sovranità economica tra meccanismi istituzionali di controllo e agenzie private*, in *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole*, XVII Convegno SIDI Genova, 31 maggio-1° giugno 2012, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 65-103.

35 Ved. SEC, *Annual Report on Nationally Recognized Statistical Rating Organization*

troduzione gran parte degli osservatori hanno evidenziato come la registrazione abbia rappresentato una pesante barriera all'ingresso sul mercato del *rating* ed abbia finito per rafforzare il peso delle tre *incumbent*.

Comunque, solo di recente, il legislatore americano sembra divenuto più consapevole degli effetti negativi della funzione regolamentare del *rating*. Nel 2006 il *Credit Rating Agency Reform Act* si proponeva di rendere più affidabile il mercato del *rating* rafforzando in particolare il regime di vigilanza della SEC. Queste disposizioni hanno trovato attuazione nel 2007 con un provvedimento che mirava a ridurre l'opacità delle procedure di valutazione delle richieste di ammissione all'albo e introduceva norme a tutela dell'indipendenza dei giudizi come, ad esempio, l'obbligo di non condizionare l'emissione di *rating* all'acquisto preliminare di altri servizi³⁶.

Inoltre, solo dopo aver riscontrato che il sistema di *regulatory license* aveva contribuito alla diffusione dei titoli tossici ingenerando negli investitori un irrazionale affidamento, nel 2009 la SEC è intervenuta sulla domanda di servizi delle agenzie e ha aperto la strada alla revisione, nelle regolazioni, dei riferimenti al *rating* come parametro necessario.

L'accresciuto impatto globale del *rating* conseguente al ruolo (fallimentare) assunto sul mercato delle *asset-backed securities* ha condotto ad una significativa convergenza tra stati sugli interventi necessari. Così, su impulso del G20, nel quale era stato raggiunto un consenso tra i rappresentanti delle maggiori economie mondiali sugli aspetti sostanziali di regolazione dei mercati finanziari, è intervenuto il FSB che ha definito una sorta di *road map* verso una progressiva eliminazione, nella misura del possibile, dei riferimenti al *rating* e la loro sostituzione con metodi alternativi³⁷. Ciò che il FSB richiede agli *standard setter*, ai regolatori e agli operatori del mercato è una maggiore responsabilizzazione così che banche, operatori e investitori istituzionali si attrezzino per misurare il proprio rischio di credito considerando il *rating* solo come un elemento del procedimento interno di valutazione. In più, i regolatori dovrebbero incentivare le banche, almeno quelle di maggiore dimensione, a sviluppare al proprio interno capacità di valutazione del rischio di credito facendo ricorso a questo approccio anche in considerazione delle regole di Basilea sui requisiti di capitale³⁸.

Come è evidenziato da più parti, proprio perché il *rating* è ormai incorporato

(dicembre 2013), p. 8. Questo Rapporto è stato richiesto alla SEC in base al *Sarbanes-Oxley Act* del 2002.

36 SEC, *Oversight of Credit Rating Agencies Registered as Nationally Recognized Statistical Rating Organization* (18 giugno 2007). Riguardo i giudizi contrastanti sulla *rule* della SEC, ved. L.J. WHITE, *A New Law for the Bond Rating Industry – For Better or For Worse?*, in *Law & Economics research paper – series working paper* n. 07-09, p. 10 (disponibile in <http://ssrn.com/abstract=961391>).

37 FSB, *Principles for Reducing Reliance on CRA Ratings* (27 ottobre 2010).

38 «*Firms should ensure that they have appropriate expertise and sufficient resources to manage the credit risk that they are exposed to. They may use CRA ratings as an input to their risk managements, but should not mechanistically rely on CRA ratings*». Così, come da un lato, «*banks using the standardised Basel II approach currently have minimum capital requirements based on CRA credit ratings. As long as some banks continue to have capital requirements based on CRA ratings, supervisory processes should be put in place to check the understanding of the appropriate uses and limitations of CRA ratings by these banks' risk managers*», dall'altro «*supervisors should incentivise banks to develop internal credit risk assessment capacity, and to increase use of the internal-ratings-based approach under the Basel capital rules. In order to do this, supervisors should enhance their ability to oversee and enforce sound internal credit policies*» (FSB, *Principles for Reducing Reliance*, cit., pp. 2-4).

nelle principali articolazioni del mercato, comprese supervisione e regolazione, ed è divenuto parte costitutiva della cultura finanziaria esercitando crescente influenza sui comportamenti economici non appare agevole perseguire gli obiettivi indicati dal FSB. Su questa strada si è mosso per primo il *Dodd-Franck Act (Dodd-Franck Wall Street Reform and Consumer Protection Act)* del 2010 che, da un lato, mette l'accento sulla *governance* delle agenzie, e sulle regole di comportamento (Sec. 932), ma dall'altro richiede alla SEC di fare una ricognizione della regolazione che include un riferimento al *rating* e successivamente di eliminare i vincoli di *rating* e sostituirli con standard di diversa natura (Sec. 939 A)³⁹.

Sulla efficacia di questo intervento normativo sul mercato del *rating* i pareri sono contrastanti. Infatti, se per un verso queste misure vanno nella direzione di accrescere la trasparenza, per un altro non risulta indebolito, almeno nel breve termine, il potere delle tre agenzie storiche, come testimoniato dal permanere di quote di mercato costanti. In più le nuove norme non riescono a creare il grado di concorrenza auspicato grazie all'ingresso di nuove agenzie⁴⁰.

Inoltre, il Report presentato dalla FED proprio sulla implementazione della *Section 939A* riguardo la necessità di indicare standard alternativi al *rating* per la valutazione del merito di credito evidenzia come questa operazione presenti non poche incertezze. In effetti, come è fortemente sottolineato, gli indicatori per essere efficaci debbono di necessità incorporare alcuni essenziali criteri come, tra l'altro, la capacità di rispecchiare rapidamente l'evoluzione del mercato, esprimere una elevata sensibilità al grado di rischio e ancora evitare il potenziale incremento del carico regolatorio sugli operatori di minori dimensioni (in particolare le banche)⁴¹.

Ad ulteriore riprova delle difficoltà di applicazione del *Dodd-Frank*, la stessa SEC, cui è affidato l'onere di implementare le misure sulle agenzie di *rating*, prospetta non poche criticità in materia come evidente nella elaborazione del *Report* sulla *Section 939 H*, che disponeva uno studio sulla standardizzazione della terminologia usata dalle agenzie nell'ottica di accrescere la comparabilità. E, in sostanza, proprio la SEC aderisce al punto di vista per cui la standardizzazione non accrescerebbe in alcun modo il grado di *accountability*, la trasparenza e neppure la competizione tra le agenzie di *rating*⁴².

In ogni caso il lavoro della SEC va avanti e alla fine dell'agosto 2014 sono

39 Il Dodd-Franck Act chiede alla SEC «to review (i) any regulation that requires the use of an assessment of the creditworthiness of a security and (ii) any reference to or requirement in such regulations regarding credit ratings, and modify them to remove those references and substitute standards of creditworthiness the SEC determines to be appropriate. The SEC's proposed rules, if adopted, would remove the references to credit ratings [...] and replace them with new standards relating to the trading characteristics of covered securities».

40 Sui limiti, ved. tra l'altro, C. HILL, *Limits of Dodd-Frank's Rating Agency Reform*, in *Chapman Law Reved.*, vol. 15, 2011, 1, p. 133 (disponibile in <http://ssrn.com/abstract=1922865>).

41 Sul punto ved. BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE SYSTEM, *Report to the Congress on Credit Ratings* (luglio 2011). Dopo un anno la SEC ha elaborato alcuni criteri per definire indicatori di merito di credito diversi dai *rating* con riferimenti ad alcuni specifici atti quali l'«*Investment Company Act*» del 1940 e il «*Securities Exchange Act*» del 1933. Le *final rules* relative ad alcuni specifici casi sono state adottate nel 2013 (efficaci dal luglio 2014).

42 SEC, *Report to Congress Credit Rating Standardization Study, As Required by Section 939(h) of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (settembre 2012), in particolare la sintesi delle criticità a p. 4.

state adottate alcune *rules* di particolare rilevanza⁴³. Da una parte, le *rules* si prefiggono di accrescere la trasparenza nella formazione dei *rating* e di promuovere la supervisione pubblica delle NRSRO e la loro *accountability* in quanto ‘*gatekeepers*’ soprattutto a beneficio degli utilizzatori del *rating*. Inoltre impongono nuovi obblighi di trasparenza informativa riguardo i prodotti di finanza strutturata e in particolare le *asset-backed securities* e intervengono sulla struttura della *governance* delle NRSRO. Quindi se, da una parte, le nuove regole introdotte alla SEC vanno nella direzione di rendere più efficace la regolazione delle agenzie registrate, dall’altra, soprattutto riguardo le *asset-backed securities*, intendono ridurre la probabilità di “*undue reliance*” dal *rating* e offrire meccanismi in grado di garantire *asset-backed security* rafforzando l’accesso di investitori e operatori del mercato alle informazioni sulla qualità degli *asset* sottostanti le operazioni di *securitization*.

3.2. La regolamentazione quadro europea

In Europa, storicamente, la normativa finanziaria ha fatto un affidamento meno pervasivo sul *rating* e, forse per questo motivo, la revisione critica della sua funzione regolamentare è apparsa in prima battuta meno urgente. Infatti, soltanto a seguito dei primi effetti della crisi finanziaria le istituzioni europee hanno iniziato a ripensare il modello di regolazione passando da un sostanziale favore per strumenti di *self-regulation* ad una chiara opzione per regole “più robuste, stringenti”, cioè vincolanti⁴⁴.

Il Reg. CE 1060 del 1999 introduceva per la prima volta una specifica regolazione settoriale e creava un quadro regolatorio vincolante per le agenzie di *rating*. Imponeva un obbligo di registrazione delle agenzie (che non eliminava la procedura di riconoscimento come ECAI introdotta con la direttiva 2006/48/CE); elaborava precise regole di comportamento, in particolare relative alla prevenzione dei conflitti di interesse, alla trasparenza relativa ai modelli di valutazione e ai criteri di correttezza nella presentazione dei giudizi; ed infine disponeva un sistema di vigilanza da parte delle autorità nazionali⁴⁵.

Non diversamente da quanto sottolineato altrove, l’introduzione di misure pubblicistiche di regolazione e supervisione può di fatto rafforzare la reputazione delle agenzie e la fiducia nei loro confronti, in quanto una regolazione formale è destinata a ingenerare negli investitori la convinzione che i *rating* siano divenuti più affidabili⁴⁶.

Le disposizioni comunitarie del 1999 sono state riviste con il Reg. UE 513/2011 che affida alla *European Securities and Markets Authority* (ESMA) le competenze relative alla registrazione e alla supervisione, così definitivamente

43 Ved. sopra nota 14.

44 Ancora nel 2006 la Commissione in una invitava il CESR a monitorare l’osservanza del Codice IOSCO e a presentare una relazione annuale alla stessa Commissione (Com 2006/C 59/02).

45 Iniziali commenti sul reg. in M. DE BELLIS, *La nuova disciplina delle agenzie di rating (commento Reg. CE n. 1060/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009)*, in *GDA*, 2010, 5, p. 453 ss.; e F. AMTENBRINK-J. DE HAAN, *Regulating credit ratings in the European Union: a critical first assessment of regulation 1060/2009 on credit rating agencies*, in *CMLReved.*, 46, 2009, pp. 1915-1949.

In Italia sulla base di questo Regolamento è stato modificato il TUF con il d.lgs. n. 176/2010 che attribuisce alla Consob le funzioni di vigilanza (art. 4-bis) e la possibilità di applicare le misure sanzionatorie in presenza di violazioni (art. 193, comma 1-*quinquies*).

46 Ved. a questo proposito il Reg. (CE) n. 1060/2009, al cons. 10.

accentrata, delle agenzie di *rating*⁴⁷. Inoltre in vista di una armonizzazione delle norme tecniche, che agevolino l'applicazione del reg. 1060 e assicurino condizioni di parità e tutela di investitori e consumatori, all'ESMA è stato riconosciuto il potere di deliberare standard tecnici volti a rendere più trasparenti le metodologie di analisi.

Ulteriori mutamenti, prevalentemente di tipo sostanziale, sono stati introdotti con il Reg. UE n. 462 del 2013 (*CRA₃ regulation*) approvato alla fine di un lungo percorso iniziato con il progetto della Commissione presentato nel novembre del 2011⁴⁸. Come emerge con chiarezza già nella Proposta, l'ultimo regolamento, in primo luogo, amplia gli obiettivi della regolazione in quanto prende ad oggetto non soltanto il *rating* ma anche le "prospettive di *rating*" (*rating outlook*) che offrono informazioni sulle tendenze e sulla evoluzione futura dei *rating* stessi (art. 6, §1). Tuttavia non modifica la definizione del *rating* del credito come "parere" e, anzi, sembra rafforzare questo punto di vista laddove dichiara che l'agenzia di *rating* "emette *rating* o prospettive di *rating* stabilendo che il *rating* rappresenta il parere dell'agenzia" e che "è opportuno farvi affidamento entro certi limiti" (art. 8, § 2).

Un'ulteriore novità riguarda, sulla scia delle raccomandazioni del FSB, l'eccessiva dipendenza dal *rating* come fattore di rischio per la stabilità dei mercati finanziari⁴⁹. Ed in particolare si fa riferimento alla dipendenza da parte delle istituzioni finanziarie, delle autorità europee di vigilanza e del Comitato Europeo per il Rischio Sistemico e dello stesso diritto europeo. È così prospettata una prima revisione dei riferimenti al *rating* dove questi producano "un affidamento esclusivo o meccanico" e, successivamente, l'eliminazione di "tutti i riferimenti ai *rating* del credito per scopi regolamentari" (entro il 2020), purché siano "identificate e attuate alternative adeguate" (cons. 6; artt. 5 *bis*, *ter* e *quater*)⁵⁰.

47 Sul ruolo dell'ESMA nel quadro del nuovo sistema di vigilanza europeo sui mercati finanziari, ved. anche il Reg. (UE) 1095/2010 che istituisce l'ESMA. Sulla evoluzione verso una vigilanza europea più accentrata nel settore finanziario, ved. M. PERASSI, *Verso una vigilanza europea. La supervisione sulle agenzie di rating*, in AGE, 2012, 2, pp. 413 ss. Sulla attività dell'ESMA ved. da ultimo il *Credit Ratings Agencies-Annual Report 2013* (ESMA/2014/151) del 21 febbraio 2014 e il *Credit Ratings Agencies. Sovereign ratings investigation. ESMA's assessment of governance, conflicts of interest, resourcing adequacy and confidentiality controls* (ESMA/2013/1775) del 2 dicembre 2013.

48 COMMISSIONE EUROPEA, Com(2011) 747 def. Questi tre regolamenti settoriali nn. (1060/2009; 513/2011; 462/2013) insieme al regolamento istitutivo dell'ESMA rappresentano il "rule book" in materia di agenzie di *rating*. A queste regolazioni si sono aggiunti i Regolamenti delegati della Commissione Europea in materia di procedure (n. 946/2012), di oneri finanziari (n. 272/2012) e di adozione di standard tecnici (n. 447/2012).

Sul complesso della normazione europea, ved. in partic. G. DEIPENBROCK, *Trying or Failing Better Next Time? – The European Legal Framework for Credit Rating Agencies after Its Second Reform*, in *European Business Law Rev.*, 2014/2, p. 207. Nello stesso fascicolo, ved. anche A. HORSCH-J. KLEINOW, *Regulating by Ratings: An Economic Point of View*.

49 Come affermato nella valutazione di impatto del nuovo regolamento «una legislazione che impone il ricorso a *rating* esterni, un uso eccessivo dei *rating* esterni nella gestione interna del rischio da parte degli investitori, strategie di investimento direttamente correlate ai *rating* nonché informazioni insufficienti sugli strumenti finanziari strutturati – tutto ciò comporta un eccessivo affidamento ai *rating* esterni che conduce a prociclicità e ad effetti cosiddetti "falesia" ("cliff effects") sui mercati dei capitali» (COMMISSIONE EUROPEA, Com(2011) 747 def., p. 4).

50 Altre novità riguardano: (1) definizione di alcuni principi fondamentali in materia di responsabilità civile, anche se ne appare particolarmente difficile l'accertamento, verso investitori ed emittenti per i danni prodotti per colpa grave o da violazioni intenzionali degli obblighi imposti dalla regolazione europea (art. 35 *bis*); (2) introduzione di regole relative alla emissione dei *rating* sovrani che disegnano una procedimentalizzazione delle attività delle agenzie imponendo

Dato il perimetro di questo lavoro mi limiterò a qualche osservazione sul punto della dipendenza dal *rating* anche in considerazione della recente pubblicazione da parte di EBA, EIOPA e ESMA del *Final Report* seguita alla consultazione dei soggetti interessati⁵¹.

Sul punto, ancora nel 2012, si era espressa la BCE che, in un parere sulla modifica del reg. 1060, prospettava un quadro fortemente in chiaro-scuro riguardo il superamento del *rating*⁵². Qui faceva proprio l'orientamento del FSB confermando la rilevanza del ruolo delle agenzie di *rating* e del relativo *rating* laddove questo sia utilizzato dalle imprese in modo appropriato nel quadro delle procedure interne di valutazione del credito. Pertanto la BCE riteneva che la riforma non potesse tendere alla completa eliminazione dell'utilizzo dei *rating* ma solo a ridurre l'eccessivo affidamento e a migliorarne la qualità. Così dimostrava "un forte interesse" verso iniziative che si muovessero in tale direzione ma raccomandava "cautela" in ragione delle non poche difficoltà applicative. In questo senso rilevava come «i riferimenti ai *rating* [...] dovrebbero essere eliminati o sostituiti solo quando siano individuate o possano essere attuate in modo sicuro alternative credibili».

Da un punto di vista regolatorio l'utilizzo del *rating* con valore regolamentare ha prodotto, a sua volta, un automatico affidamento da parte degli attori e operatori del mercato condizionandone le scelte in presenza di rilevanti asimmetrie informative. Questo ha fatto sì che gli operatori del mercato abbiano preso in scarsa considerazione i ripetuti inviti a non sopravvalutare il significato dei *rating* essendo, al contrario, incentivati a non coltivare la propria capacità di valutazione del rischio di credito. Di conseguenza l'abuso o il cattivo uso del *rating* da parte dei protagonisti del mercato finanziario impongono interventi e misure di correzione della *rating-based regulation*. Tuttavia l'obiettivo di ridurre ed infine eliminare ogni riferimento al *rating* a fini regolamentari nel diritto dell'UE entro il 2020 è condizionato dalla possibilità di individuare alternative adeguate alla valutazione del rischio di credito. Questa "condizione" che il legislatore europeo non ha ancora provato a specificare rappresenta la chiave di volta della mutata prospettiva regolatoria presentata nella recente normativa.

In tal senso il *Final Report* offre al momento una risposta limitata in quanto la consultazione aveva ad oggetto esclusivamente *guidelines*, raccomandazioni e standard tecnici predisposti da EBA, EIOPA ed ESMA. Quindi, sulla

obblighi di trasparenza e di informazione (art. 8 *bis*); (3) previsione di vincoli stringenti di informazione nel caso che il *rating* venga richiesto per strumenti finanziari strutturati in quanto l'emittente deve fornire una valutazione degli elementi sottostanti, incluse le garanzie a sostegno delle esposizioni inerenti le cartolarizzazioni; (4) in questo caso l'emittente deve richiedere almeno due *rating* forniti da agenzie indipendenti e non collegate tra loro (artt. 8 *ter* e *quater*); (5) interventi sugli assetti proprietari e sulla *governance* delle agenzie imponendo alcune limitazioni (art. 6 *bis*).

Sul nuovo regolamento ved. il commento di E. CAVALIERI, *La nuova disciplina europea del rating delle banche*, in *GDA*, 2013, 10, p. 931; e tra i primi commenti critici quelli di M. PERDICH, *I rischi della regolamentazione dei rating*, in *lavoce.info*, 1 marzo 2012 e di A. RESTI, *Tutto il potere agli stati nel regolamento sulle agenzie di rating*, in *lavoce.info*, 29 novembre 2013.

⁵¹ EBA, EIOPA and ESMA, *Final Report On Mechanistic references to credit ratings in the ESAs'guidelines and recommendations* (JC 2014 004), 6 febbraio 2014, a seguito della consultazione aperta alla fine dello scorso anno (ved. *Joint Consultation Paper on Mechanistic references to credit ratings in the ESA's guidelines and recommendations* (JC-CP-2013-02), 7 novembre 2013).

⁵² BCE, Parere del 2 aprile 2012 in merito alla proposta di regolamento che modifica il reg. (CE) n. 1060/2009 relativo alle agenzie di *rating* del credito (CON/2012/24).

base di concetti e definizioni condivise⁵³, offre una lista, anche se non esaustiva, di casi dove il riferimento al *rating* può essere ritenuto esclusivo o automatico e casi nei quali questo è escluso. Da una parte, si fa ad esempio riferimento allo “*standardised approach*” proposto per la definizione dei requisiti di capitale dall'accordo di Basilea 2 e al fatto che la norme europee CRD IV, seguendo l'invito di Basilea 3 a rivedere la dipendenza da *rating* esterni, abbiano introdotto strumenti addizionali incentivando la capacità di sviluppare, all'interno delle istituzioni finanziarie, la capacità di valutazione del rischio di credito. Dall'altra, vengono elencate una serie di *guidelines* e raccomandazioni che non richiedono alcun adeguamento, come ad esempio nel caso delle *CEBS Guidelines on Stress Testing* del 2010⁵⁴.

4. La ‘legittimazione’ del *rating* tra regolazione privata e pubblica

Un punto ampiamente dibattuto in tempi recenti e certamente controverso riguarda la natura del *rating*. L'evoluzione del ruolo delle agenzie e del *rating* ha prodotto una distorsione del mercato e una torsione dell'originario significato. Il *rating* doveva esprimere esclusivamente un “parere”, una “opinione” sul merito di credito di un emittente o di uno strumento finanziario, in un dato momento, messo a disposizione dell'investitore. Non è un caso che negli USA il *rating* sia ricondotto all'area della libertà di espressione garantita dal 1° emendamento della Costituzione, anche se questa qualificazione è ormai ampiamente in discussione⁵⁵. Anche la IOSCO definisce il *credit rating* come «*an opinion*», e in modo analogo si esprime, come più volte ricordato, il reg. n. 1060/2009 (art. 3, comma 1, lett. a). Pertanto l'attribuzione di un valore normativo al *rating* ne ha modificato l'originaria natura trasformandolo in una sorta di certificazione delle caratteristiche del soggetto o dello strumento finanziario.

Si è così prodotta una certa ambiguità riguardo la qualificazione del *rating*. Ambiguità evidente nella stessa legislazione comunitaria dove, accanto ad una regolazione delle agenzie e delle modalità di elaborazione del *rating*, si mettono in guardia gli utilizzatori del *rating* dal confidare ciecamente in questo strumento data la ridotta affidabilità dimostrata nel quadro della crisi finanziaria (cons. 10, reg. 1060/2009).

Inoltre, coerentemente con la perdurante qualificazione del *rating* come opinione, sempre a livello europeo, le agenzie sono state escluse dalla applicazione della disciplina comunitaria riguardante “la corretta presentazione delle raccomandazioni di investimento e la comunicazione al pubblico di conflitti di interesse” (direttiva 2003/125/CE).

La stessa esclusione è stata prevista, dopo una prima posizione in senso

⁵³ Come nel caso della definizione di «*sole or mechanistic reliance*»: «*It is considered that there is sole or mechanistic reliance on credit ratings (or credit rating outlooks) when an action or omission is the consequence of any type of rule based on credit ratings (or credit rating outlooks) without any additional discretion*» (p. 8).

⁵⁴ Ved. EBA, EIOPA and ESMA, *Final Report*, cit., rispettivamente pp. 17 ss. e 10 ss.

⁵⁵ Di grande rilevanza il riflesso di questa qualificazione sulla responsabilità civile delle agenzie nei confronti degli investitori, e sul punto ved. le osservazioni di P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008, pp. 413-417, il quale ipotizza che, se le agenzie sono uno strumento di accesso al mercato finanziario, il trattamento in termini di responsabilità civile non dovrebbe essere diverso da quello riservato alle banche d'affari.

contrario, dalla legislazione italiana. Infatti la nota legge sulla tutela del risparmio (262/2005) ha modificato il TUF (art. 114, comma 8) escludendo che il *rating* potesse essere incluso nella categoria delle raccomandazioni di investimento. Di conseguenza le agenzie sono escluse dagli obblighi imposti ai soggetti che producono o diffondono ricerche o valutazioni riguardanti gli strumenti finanziari (indicati nell'art. 180, comma 1, lett. a) o gli emittenti e che sono obbligati a presentare l'informazione in modo corretto e a comunicare preventivamente la presenza di ogni eventuale conflitto di interessi. Il regolamento emittenti Consob (n. 11971/1999) nell'ultima versione del 2007 dell'art. 69-*decies* ha escluso le agenzie di *rating* dall'applicazione delle norme del regolamento lasciandovi assoggettati solo i soggetti abilitati e gli altri soggetti che professionalmente producono o diffondono valutazioni del merito di credito⁵⁶.

Quello che è divenuto evidente, in particolare dopo che, dagli anni '90 in avanti, l'uso del *rating* a fini regolatori si è esteso a gran parte delle economie sviluppate è che uno strumento nato come opinione privata si è trasformato in uno strumento di regolazione con conseguente acquisizione di valenze pubblicistiche. I poteri pubblici hanno riconosciuto rilevanza pubblicistica ad una attività privata fortemente specializzata, esercitata da soggetti privati.

Conseguenza di questa dipendenza dei regolatori pubblici dalle capacità analitiche e dalle risorse di conoscenza delle agenzie è stata la trasformazione di standard basati su una *expertise* completamente privata in standard vincolanti. In effetti, il caso delle agenzie di *rating* ha rappresentato un evidente paradosso finché queste stesse hanno conservato il carattere di organismi non regolati, nel senso che i *rating*, in quanto standard adottati dalla regolazione pubblica, erano dichiarati dai regolatori pubblici vincolanti nei confronti di terzi⁵⁷. Sulle motivazioni di questo passaggio sono state fatte varie ipotesi, tra l'altro che questo abbia rappresentato, per il sistema politico, un meccanismo che consentiva di prendere le distanze dalla crescente incertezza diffusa nei mercati globalizzati⁵⁸.

Così regolatori e *policy maker*, invece di elaborare parametri capaci di indicare il grado di rischio dei debitori o dei prodotti finanziari, hanno fatto "ricorso al mercato" ed hanno acquisito il *rating* in quanto rappresentava lo strumento più semplice e già disponibile per indicare il tasso di rischio a fini normativi. Non possiamo dimenticare che l'emissione di *rating* è prevalentemente attività che si rivolge al mercato per ridurre le asimmetrie informative tra le parti e che i pubblici poteri lo hanno consapevolmente utilizzato a fini regolatori.

In questo senso le agenzie di *rating* sembrano essere accomunate a quegli organismi e regolatori privati che godono di autorità e potere e sono in grado di influenzare governi e agenzie pubbliche, pur in carenza di una delega per l'esercizio della loro attività⁵⁹. Proprio l'assenza di una legittimazione da parte dello stato basata sulla delega di una competenza di regolazione ha reso ne-

⁵⁶ Su questi temi, ved. M.T. PARACAMPO, *L'informativa finanziaria derivata. Ruolo e responsabilità degli analisti finanziari*, Cacucci, Bari, 2008, pp. 57, 125 e 130 ss.

⁵⁷ M. SENN, *Non-State Regulatory Regimes*, cit., p. 27.

⁵⁸ M.R. KING-T.J. SINCLAIR, *Private Actors and Public Policy: A Requiem for the New Basel Capital Accord*, in *International Political Science Review*, 2003, 3, pp. 345-362.

⁵⁹ Il riferimento è a C. SCOTT, *Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance*, in *Journal of Law and Society*, 29, 2002, pp. 56-76.

cessario mettere in atto meccanismi di controllo del potere esercitato anche nella forma classica della vigilanza pubblica.

L'intricata interrelazione tra regolazione pubblica e privata emerge con tutta evidenza se consideriamo che la dipendenza dal *rating* in standard, regolazioni e leggi ha innescato una dipendenza automatica da parte degli attori del mercato che, a sua volta, ha accresciuto la dipendenza del mercato dal *rating*. Il *rating* come parametro normativo di regolazioni pubbliche ha rafforzato la richiesta di *rating* da parte degli operatori del mercato. E proprio la sua qualità di valutazione prospettica, pur con un elevato potere segnaletico, evidenzia che si tratta di un giudizio o appunto di una opinione che, da un lato, è legittimata dal mercato sulla base di un meccanismo reputazionale e, dall'altro, trova un'ulteriore fonte di legittimazione da parte dei legislatori e regolatori pubblici.

Se questa ipotesi è corretta ne consegue che non viene in questione la possibilità di inquadrare il *rating* nel classico schema del conferimento di funzioni pubbliche a privati come nel caso del conferimento di funzioni di certificazione, né di ricondurlo ad una attività ausiliaria a quelle esercitate dai pubblici poteri⁶⁰.

Peraltro l'incorporazione di uno standard privato come parametro normativo di una regolazione pubblica ha posto, come in altri casi, la necessità di migliorare l'*accountability* delle agenzie. Quindi ha condotto ad applicare ad esse alcune caratteristiche tipiche dei regolatori pubblici (come trasparenza e procedimenti chiari, partecipati e definiti). Infatti la scelta dei legislatori, ancora nel momento in cui mettono in discussione l'uso del *rating* nelle regolazioni e lavorano ad un progetto di ridimensionamento, è quella di una iper-regolazione nella rincorsa verso un obiettivo irraggiungibile, cioè garantire la qualità dell'informazione per via amministrativa⁶¹.

Ma, come è stato più volte mostrato, questo regime di iper-regolazione non è in grado di produrre "*rating* infallibili" perché il *rating* per le sue stesse caratteristiche è soggetto a quella che è stata definita "imperfezione dinamica", rischia cioè una certa volatilità dovuta al rapido mutamento dei parametri economici nonostante gli sforzi contrastanti da parte delle agenzie⁶².

In considerazione di elementi di questo tipo alcuni autori traggono, anche se con motivazioni e soluzioni diverse, conseguenze radicali sul ruolo del *rating* e sulla posizione delle agenzie. Da una parte, sulla premessa che una sempre più estesa regolazione delle agenzie di *rating* non garantisca la qualità delle valutazioni, viene prospettata una completa eliminazione dell'utilizzo del *rating* a fini regolatori da parte dei regolatori pubblici. Tuttavia questi dovreb-

60 A conclusioni analoghe sembra pervenire con attenzione specifica sia alle agenzie di *rating* che alle società di revisione, anche se in diverso contesto, A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Giuffrè, Milano, 2010, in partic. 37-85. Sul punto anche la posizione critica di L. PIANESI, *Le agenzie di rating tra privatizzazione di funzioni pubbliche e opinioni private "geneticamente modificate"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011/1, spec. p. 198 ss.

61 Ved. quanto scritto a più riprese da D. MASCIANDARO, *Non oracoli solo opinioni*, in *Il Sole 24 ore*, 11 gennaio 2012; e ancora *Quando le opinioni diventano legge*, in *Il Sole 24 ore*, 21 agosto 2013.

62 Come osservato da L. ENRIQUES-M. GARGANTINI (*Regolamentazione dei mercati finanziari, rating e regolamentazione del rating*, cit., p. 500) le classi di rischio di *rating* sono imprecise perché gli aggiustamenti non possono essere fatti in tempo reale, per cui il *rating* in un dato momento non corrisponderà più alle caratteristiche dell'emittente e, in quanto non ancora aggiornato, non rappresenterà un'indicazione del tutto affidabile.

bero ancora esercitare un controllo sulla affidabilità/rischiosità dei titoli in portafoglio di banche e istituzioni finanziarie senza limitare la loro possibilità di scelta riguardo le tipologie di soggetti, anche esterni, capaci di fornire serie valutazioni o riguardo lo strumento da utilizzare in alternativa al *rating*⁶³. Dall'altra, considerando che le agenzie di *rating* mantengono la loro natura di organismi completamente privati motivati a produrre *rating* accurati in quanto i loro profitti sono proporzionali al livello di reputazione sul mercato, la regolazione pubblica potrebbe essere sostituita dai meccanismi reputazionali quali criterio organizzativo del mercato⁶⁴.

Se poi consideriamo questi aspetti dal punto di vista soggettivo, le agenzie di *rating* rappresentano, come dicevamo, un complesso intreccio di pubblico e privato. Così in esse convivono due aspetti talvolta anche confliggenti: una sorta di legittimazione che proviene dal mercato in base al meccanismo reputazionale e un'altra che, invece, deriva dalla regolazione. È allora da condividere l'idea che l'intervento della regolazione ha modificato la natura stessa delle agenzie, creando un ibrido, cioè un "*private-public gatekeeper*", che viene attratto in una dimensione pubblicistica e al quale è riconosciuto un potere che nessun altro *gatekeeper* possiede, cioè essere di fatto un dispensatore di "*compliance with regulation*"⁶⁵?

4.1. Oltre la *rating-based regulation*? Quali credibili previsioni?

Nella tensione tra tendenze ad una regolazione pervasiva del mercato del *rating* e delle agenzie e le proposte di ritorno ad una dimensione privatistica delle stesse agenzie e dei loro servizi come una delle possibili fonti di informazione sul merito di credito dei prodotti finanziari, il tema in questo momento al centro del dibattito è quello della dipendenza dal *rating*. Un passaggio obbligato su questa via è trovare "alternative credibili" per le quali sono state formulate diverse proposte e indicati percorsi innovativi. Tra l'altro, la scelta del legislatore statunitense di procedere in alcune norme all'eliminazione della soglia *investment grade* come parametro normativo, sostituendola con generali standard creditizi determinati dalla SEC, costituisce un primo passo positivo. Tuttavia non è stato ancora compiuto il passo successivo, cioè quello di "tradurre" in strumenti concreti tali standard.

In generale l'opzione da privilegiare sarebbe quella di procedere alla sostituzione dei riferimenti al *rating* con il rinvio a strumenti che abbiano la stessa identica funzione, ma che, al contrario del *rating*, non presentino i problemi e i conflitti di interessi tipici di tale industria. Quindi si tratterebbe di passare da una *rating-based regulation* a una *market-based regulation*.

In questa prospettiva si è diffusa la proposta di utilizzare, appunto, indicato-

63 L.J. WHITE, *The Credit Rating Agencies*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 24, 2010/2, pp. 222-224.

64 S.L. SCHWARCZ, *Private ordering of public markets: the rating agency paradox*, in *University of Illinois Law Rev.*, 2002/2, pp. 26-27.

65 L'espressione è stata usata di J.C. Coffee in una audizione presso il Senato USA come riportato in CH. M. BRUNER, *States, Markets, and Gatekeepers: Public-private Regulatory Regimes in an era of Economic Globalization*, in *Michigan Journal of International Law*, [Vol. 30: 125], (disponibile in <http://students.law.umich.edu/mjil/uploads/articles/v30n1-bruner.pdf>), che svolge sul punto alcune interessanti considerazioni (pp. 164-168). Sul tema ved. anche L. PIANESI, *Le agenzie di rating tra privatizzazione di funzioni pubbliche e opinioni private "geneticamente modificate"*, cit., p. 179 ss.

ri di mercato come il valore dei prezzi *Credit Default Swap* (CDS) che potrebbero costituire un sostituto ideale per i *Credit Ratings*⁶⁶, seppure anche in questo caso non manchino criticità variamente rilevate⁶⁷. D'altra parte, e ne abbiamo già accennato, il reg. 462 introduce, con particolare riferimento agli strumenti finanziari strutturati, l'obbligo per l'emittente di fornire una propria valutazione autonoma.

In più gli approcci alternativi proposti da diverse fonti sono stati finora sottoposti soltanto alla critica del dibattito mancando di fatto una sperimentazione effettiva e ad ampio raggio. Tra questi ricordiamo anche l'idea di combinare indicatori diversi come nel caso del *dual ratings approach* che avrebbe il vantaggio di mettere insieme un *rating* esterno elaborato dalle agenzie con una valutazione interna del proprio merito di credito. Oppure quella di esternalizzare la valutazione a soggetti diversi dalle agenzie di *rating*, il che comporterebbe che la valutazione del soggetto esterno sarebbe ritagliata "su misura" del contesto regolatorio e non altrimenti utilizzata sui mercati finanziari⁶⁸.

Con una prevalente attenzione al conflitto di interessi emerso nel passaggio dal modello *investor pays* a quello *issuer pays* e culminato nei rapporti di consulenza effettuati dalle agenzie per la creazione dei prodotti di finanza strutturata, da diverse parti è stata avanzata la proposta di far tornare l'industria del *rating* al precedente modello di *business*, così da eliminare la fonte primaria del conflitto di interessi. Quindi la soluzione più appropriata sarebbe quella di far pagare agli investitori i costi del processo di determinazione del *rating* proprio come avviene per le analisi e le previsioni economiche richieste agli analisti finanziari⁶⁹. Se i sostenitori di questa proposta sono convinti che i problemi che affliggono l'industria del *rating* dipendano prevalentemente dal rapporto instauratosi tra le agenzie dominanti sul mercato e i soggetti emittenti, altri non condividono questo punto di vista ritenendo che gli investitori possono essere altrettanto motivati a influenzare il processo di definizione del *rating*, come affermato nel 2010 da fonte non del tutto imparziale come McDaniel, CEO di Moody's.

Peraltro le società di *rating* incorporano un altro conflitto di interessi che mina potenzialmente alla base la necessaria credibilità del loro operato, in quanto gran parte dei grandi investitori statunitensi, in particolare gestori di

66 M.J. FLANNERY-J.F. HOUSTON-F. PARTNOY, *Credit default swap spreads as viable substitutes for credit ratings*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2010, p. 2085 in cui si dice che «Thus, CDS spreads are a promising market based tool for regulatory and private purposes, and they may serve as a viable substitute for credit ratings».

67 D.A. SKEEL-F. PARTNOY, *The promise and Perils of Credit Derivatives*, in *University of Cincinnati Law Review*, 2007, p. 1036 (disponibile in <http://ssrn.com/abstract=929747>); ECB, *Credit Default Swaps and Counterparty Risk*, 2009, p. 21 ss. Riprendono il discorso sulle controindicazioni nei confronti dei CDS, L. ENRIQUES-M. GARGANTINI, *Regolamentazione dei mercati finanziari, rating e regolamentazione del rating*, cit., p. 498 che rilevano, tra l'altro, una certa opacità dei mercati dei CDS, una consistente volatilità in situazioni di crisi con liquidità dei mercati in calo e l'assenza, diversamente dal *rating*, di informazioni riservate da parte degli emittenti, e infine la possibile mancanza di indicazioni dei CDS per emittenti minori.

68 Sulle proposte miranti a ridurre la dipendenza dal *rating*, ved. anche P. DEB-M. MANNING-G. MURPHY-A. PENALVER-A. TOTH, *Whither the credit ratings industry?*, Bank of England, *Financial Stability Paper* n. 9 – marzo 2011, p. 17 s.

69 Per esempio ved. M. PAGANO-P. VOLPIN, *Credit Rating Failures and Policy Options*, in *Centre for Studies in Economics and Finance, Working Paper* n. 239, November 2009, p. 23; S. ROUSSEAU, *Regulating credit rating agencies after the financial crisis: the long and winding road toward accountability*, in *Capital Markets Institute Research Paper*, Université de Montréal – Faculty of Law, July 23, 2009, p.45 (disponibile in <http://ssrn.com/abstract=1456708>).

fondi investimento, detengono quote rilevanti del capitale delle stesse società. Per di più alcuni di questi grandi azionisti partecipano al capitale di più agenzie (tipico il caso di partecipazioni incrociate tra Moody's e Standard&Poor). È evidente che questo intreccio produce un cortocircuito tra i principali attori del mercato del *rating*: gli investitori o le banche sono, per un verso, azionisti delle società o almeno di una di queste e, allo stesso tempo, usufruiscono dei *rating* prodotti dalle stesse in caso di emissione di obbligazioni o di investimenti. La stessa SEC ha recentemente rilevato che almeno due delle maggiori agenzie non prevedono specifiche procedure per gestire il potenziale conflitto di interessi nel caso che un azionista sia anche richiedente un *rating*⁷⁰.

Su un fronte parzialmente diverso, in quanto riguarderebbe principalmente il giudizio sui *rating* sovrani, è stata avanzata da tempo la proposta di costituire una agenzia europea di *rating* che offra i propri servizi gratuitamente, quindi sia in posizione di neutralità, ma che comunque dovrebbe essere finanziata. L'attenzione per questo progetto era cresciuta a seguito dei numerosi declassamenti del debito di alcuni stati europei anche se il Parlamento aveva ampiamente discusso del tema già dal 2010. Sia la BCE che l'ESMA hanno espresso forti riserve su questo progetto.

Tuttavia anche il reg. 462 riprende il tema prospettando la possibilità che la Commissione europea elabori una relazione da presentare al Parlamento riguardo l'opportunità di una agenzia europea per la valutazione dei *rating* sovrani degli stati membri "e/o di una Fondazione europea di *rating* del credito per tutti gli altri *rating* del credito" e riguardo gli strumenti necessari a sostenere queste iniziative (cons. 43)⁷¹.

La crisi finanziaria ha certamente enfatizzato il ruolo delle agenzie di *rating* e l'influenza del *rating* sul sistema finanziario portando completamente alla luce le trasformazioni avvenute nel tempo come gli esorbitanti conflitti di interessi e il profondo e complesso intreccio con le regolazioni pubbliche. Nonostante il recente proposito dell'Unione Europea di cambiare rotta sull'utilizzo del *rating* a fini regolamentari, l'intervento dei legislatori e dei regolatori ne ha finora rafforzato il ruolo pubblicistico condizionante e segnato una radicale differenziazione rispetto alle raccomandazioni di investimento sottraendo le agenzie all'applicazione delle regole imposte ad altri intermediari informativi.

La strada intrapresa dal recente regolamento può aiutare a ridurre il peso del *rating* nelle regolazioni e agevolare la sperimentazione di strumenti alternativi maggiormente *market-based*. In ogni caso, in parallelo, alle criticità del mercato del *rating* si è risposto con regolazioni dirette a migliorare la trasparenza delle procedure e l'*accountability* delle agenzie o a ridurre i più vistosi

70 A questo proposito ricordiamo come nel Reg. UE n. 462/2013 (art. 6 *bis*) è contenuta una norma relativa ai conflitti di interesse nelle agenzie di *rating* riguardo agli investimenti (non al conflitto tra soggetto azionista e soggetto richiedente un *rating*) che vieta a chi detiene il 5% del capitale o dei diritti di voto di una agenzia direttamente o tramite altra società di detenere il 5% o più di altre agenzie così come di far parte degli organi o di nominare componenti di queste stesse società.

71 Sul progetto ved. tra l'altro B. PAUDYN, *Misguided Ventures: A Quasi-Public European Union Credit Rating Agency*, in *Intereconomics*, 2011, vol. 46, pp. 259-262, ZBW – Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft, (disponibile in www.econstor.eu). Ad es. S. ROUSSEAU (*Regulating credit rating agencies after the financial crisis*, cit., pp. 48-50) ricorda la proposta di creare entità pubbliche di valutazione del *rating* anche da mettere in competizione con le agenzie private, che i governi potrebbero finanziare con il contributo di emittenti e investitori o a valere sulla tassazione generale. Tuttavia fa presente che questo non garantirebbe una migliore qualità dei *rating* né una attività totalmente neutrale rispetto alla possibile 'cattura' da parte di gruppi interessati.

conflitti di interessi modificandone la governance.

Tuttavia nessuna di queste sembra riprendere le proposte avanzate da alcune parti di incentivare la concorrenza nel mercato del *rating* almeno attraverso una riduzione delle barriere all'entrata rafforzate dalla stessa regolazione. Non è un caso che una delle principali barriere all'accesso sia stata riconosciuta, fino dalla iniziale disciplina statunitense, nella richiesta di registrazione delle agenzie come NRSRO che ha ridotto le possibilità di accesso di nuove agenzie al mercato⁷². Critiche analoghe hanno riguardato anche la struttura del mercato europeo dove la registrazione sembra aver innalzato nuove barriere all'accesso in particolare delle auspiccate agenzie piccole e medie.

Il mercato del *rating* è caratterizzato da una limitata concorrenza e da un elevato potere di mercato degli *incumbent*, anche in ragione del fatto che qui, da una parte, rileva la reputazione generalmente riconosciuta ai soggetti di più antica tradizione e, dall'altra, sono presenti economie di scala che favoriscono i soggetti di maggiori dimensioni. Tuttavia sul versante europeo, in alcune occasioni come la consultazione aperta dalla Commissione verso la fine del 2010, erano emersi alcuni possibili approcci per rafforzare la competitività di questo mercato, come il supporto all'ingresso di nuove strutture oppure alla creazione di reti tra agenzie di piccole e medie dimensioni⁷³.

Considerando che, anche in presenza di un qualche ridimensionamento del ruolo pubblicistico del *rating*, le agenzie continueranno ad esercitare un rilevante ruolo informativo sui mercati finanziari il peso di misure a vantaggio della concorrenza potrebbe non essere indifferente. Si tratta comunque di verificare la potenziale efficacia di tali misure nel ridurre il deficit di concorrenza ed efficienza di questo mercato⁷⁴.

Come ricordato, i *rating* rappresentano una “semplificazione cognitiva”, e rispondono quindi alla necessità di valutazioni sintetiche della rischioosità/affidabilità di prodotti o istituzioni finanziarie che difficilmente potrebbero essere omesse. Allo stato attuale la strada che sembra percorribile per dare una soluzione alle molte criticità del mercato del *rating* sembra quella di ridurre il peso regolatorio del *rating* stesso e limitarne l'effetto di *over-reliance*. In tal senso si tratta innanzitutto di ampliare la gamma delle valutazioni del merito di credito; di eliminare da subito il riferimento al *rating* dove superfluo, come evidenzia il Report finale del *Joint Committee*, e di verificare le possibilità di rimpiazzarlo con altri parametri che potrebbero fare riferimento sia ad indicatori di mercato o essere definiti dagli stessi regolatori dei mercati finanziari, come nel

72 Ved. per questo C. HILL, *Regulating the Rating Agencies*, cit., p. 54 ss., che evidenzia il carattere opaco delle procedure di qualificazione e le responsabilità della SEC per il ristretto numero di NRSRO. Un esempio tra tutti ricorda che uno dei soggetti, cui fu rifiutato in prima battuta l'accesso, era l'agenzia Egan-Jones, nota per due caratteristiche, forse connesse: l'aver effettuato i downgrading di Enron e WorldCom parecchi mesi prima di Moody's e Standard & Poor's e il percepire le proprie commissioni principalmente dagli investitori anziché dagli emittenti. L'agenzia è stata poi ammessa tra le NRSRO solo nel 2007.

73 EUROPEAN COMMISSION, *Financial services: The European Commission consults on further policy in the field of credit rating agencies*, IP/10/1471 (5/11/2010) e ved. anche il resoconto della Roundtable presso la Commissione – DG INTERNAL MARKET AND SERVICE su “*Networks of small and medium Credit Rating Agencies*” (2 luglio 2013).

74 Sulle possibili soluzioni al deficit di concorrenza, e sulla trasformazione del mercato del *rating* anche grazie al possibile utilizzo, come già fatto negli USA, di un meccanismo di *break-up* previsto per alcuni grandi *incumbent*, ved. la posizione critica di G. OLIVIERI, *I servizi di rating tra concorrenza e regolazione*, in AGE, 2012, 2, p. 291 s.

progetto, sopra descritto, di attribuire alla SEC la competenza a sostituire la soglia *investment grade* con standard creditizi da essa definiti. Una ridotta dipendenza dal *rating* potrebbe produrre una meno estesa regolazione del mercato e delle agenzie interrompendo un circuito (poco virtuoso) per cui la crescente rilevanza pubblicistica del *rating*, per un verso, attrae le agenzie nella dimensione pubblicistica e, per l'altro, rafforza la richiesta di *rating* da parte del mercato.

Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche

di **Eugenio Bruti Liberati**

ABSTRACT

Among the studies concerning the new models of regulation applicable to the services of general economic interest (SGEI), the analysis of the regulatory interventions affecting contracts has gained particular prominence over the last few years. In the context of this debate, the present essay focuses on the issues concerning the agreements between enterprises and between enterprises and consumers in the field of electronic communications. In particular, it shows how even in this sector, despite the position of the European legislator (according to which its own measures should be aimed at «progressively reducing ex ante sectorial rules, in correspondence to the increasing level of competition on the market, in order to eventually obtain a sector exclusively disciplined by competition law»), regulation still produces significant impacts on freedom of contract (albeit in peculiar ways, compared to other SGEI).

It therefore becomes extremely relevant to define purposes, conditions and limitations of this specific regulatory activity. This is exactly what the essay intends to do, in light of the applicable European and national rules and principles, whilst taking into account the various interpretative issues which have arisen over the last few years.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Alcune notazioni generali sulla regolazione nel settore delle comunicazioni elettroniche. – 3. I contratti di accesso e di interconnessione. – 3.1. La regolazione *ex ante*: la discrezionalità dell'AGCOM e gli obblighi imponibili agli operatori. – 3.2. Regolazione contrattuale *by litigation*. – 4. I contratti di utenza. – 4.1. L'allocazione dei costi da recesso tra promozione della concorrenza e tutela dell'affidamento contrattuale. – 4.2. La risoluzione stragiudiziale delle controversie tra operatori e utenti. – 5. Regolazione dei contratti di comunicazione elettronica e principio di legalità. – 6. Violazione delle prescrizioni regolatorie ed effetti sul contratto.

1. Premessa

Come accade per gli altri settori inerenti ai servizi di interesse economico generale, anche la disciplina dei contratti relativi alle comunicazioni elettroniche presenta tratti significativi di specialità in ragione della sottoposizione dei medesimi ad una regolazione settoriale preordinata alla tutela di molteplici interessi collettivi – dalla promozione della concorrenza al rafforzamento della protezione degli utenti, dalla garanzia della qualità del servizio alla tutela della sicurezza delle forniture.

Ancora oggi, sebbene la normativa europea sulle comunicazioni elettroniche enunci in termini netti l'intento di ridimensionare la regolazione di settore

in parallelo con il progredire della sua struttura concorrenziale¹ e per quanto di fatto i relativi mercati siano indubbiamente i più sviluppati in senso competitivo tra quelli delle *public utilities*, gli elementi di specialità rimangono non marginali. Con una differenza rilevante, peraltro, rispetto agli altri servizi di interesse economico generale: perché per le comunicazioni elettroniche, contrariamente a ciò che è previsto ad esempio per l'energia elettrica e per il gas naturale, parte non lieve della regolazione destinata ad incidere *ex ante* sul regime dei contratti è solo eventuale e potenziale, essendo la sua effettiva introduzione ed applicazione (non imposta dalla legge, ma) rimessa ad una scelta da operare a livello amministrativo, sulla base di un'analisi puntuale dei caratteri dei mercati interessati².

L'ovvia correlazione tra disciplina dei contratti e regolazione settoriale impone naturalmente a chi voglia identificare le peculiarità della prima di sottoporre la seconda ad un'analisi puntuale, volta a chiarirne finalità, ambito di applicazione e profili di – diretta o indiretta – incidenza sul regime contrattuale.

In tale analisi è ovviamente di grande aiuto l'amplessissima letteratura giuridica ed economica che si è formata relativamente al nuovo modello di disciplina delle comunicazioni elettroniche affermatosi in Europa e in Italia a partire dalla fine degli anni ottanta del secolo scorso, a seguito della scelta fondamentale di liberalizzare i relativi mercati³.

1 V. il Considerando n. 5 della direttiva 2009/140/CE, secondo cui lo scopo della stessa «è ridurre progressivamente le regole settoriali ex ante specifiche via via che aumenta il grado di concorrenza sul mercato, per arrivare infine ad un settore delle comunicazioni elettroniche disciplinato esclusivamente dal diritto della concorrenza. Tenuto conto del fatto che i mercati delle comunicazioni elettroniche hanno mostrato una forte dinamica competitiva negli ultimi anni, è essenziale che gli obblighi regolamentari ex ante siano imposti unicamente in assenza di una concorrenza effettiva e sostenibile».

2 Come si vedrà, tale carattere eventuale e potenziale della regolazione (*ex ante*) è proprio in particolare della normazione che, in una prospettiva pro-concorrenziale, è volta a disciplinare l'accesso e l'interconnessione tra le reti di comunicazione elettronica (su ciò v. *infra* il par. 3).

3 Si vedano, in particolare, i contributi di A. GAMBINO, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Giur. comm.*, 1996, p. 5 ss.; F. CARDARELLI-V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni. Principi, normativa, giurisprudenza*, Laterza, Roma-Bari, 1997; R. MASTROIANNI, *Telecomunicazioni e televisioni*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 1187 ss.; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Simmetria e asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, in *Dir. inform.*, 1997, p. 501 ss.; A. TIZZANO, *L'azione comunitaria nelle telecomunicazioni: interventi recenti e prospettive future*, *ivi*, p. 917 ss.; A. GENOVESE-G. FONDERICO, *Concorrenza e regolazione asimmetrica nelle telecomunicazioni*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 45 ss.; F. BONELLI-S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1999; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Giappichelli, Torino, 1999; P. LAROCHE, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing, Oxford, 2000; RANGONE, *Le telecomunicazioni*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2000, p. 1783 ss.; C. KOENIG-A. BARTOSCH-J. BRAUN (a cura di), *EC Competition and Telecommunications Law*, The Hague, London-New York, 2002; F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2002; A. DE STREEL-R. QUECK-P. VERNET, *Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques*, in *Cahiers de droit européen*, 2002, p. 243 ss.; M. LIBERTINI, *Una disciplina antitrust speciale per le comunicazioni elettroniche*, in *Contratto impr. Europa*, 2002, p. 910 ss.; R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2002; C. CAMBINI-P. RAVAZZI-T. VALLETTI, *Il mercato delle telecomunicazioni: dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*, Il Mulino, Bologna, 2003; G. MORBIDELLI-F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Giappichelli, Torino, 2003; A.F. BAVASSO, *Electronic Communications: a New Paradigm for European Regulation*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 87 ss.; M. CLARICH-G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2004; P. NIHOUL-P. RODFORD, *EU Elec-*

Deve peraltro rilevarsi che tale letteratura, diversamente da quanto avvenuto per altri settori delle *public utilities* (come l'energia), non si è sin qui particolarmente interessata delle specifiche problematiche riguardanti il rapporto tra regolazione sulle comunicazioni elettroniche e disciplina dei contratti⁴.

Eppure, non può certo ritenersi che nel settore qui considerato tali problematiche non si pongano o si pongano in modo solo marginale: al contrario, come emerge con chiarezza dalla casistica giurisprudenziale e da quella inerente agli interventi del regolatore in sede di risoluzione delle controversie tra operatori o tra operatori ed utenti, le questioni interpretative concernenti l'interferenza tra regolazione e contratti sono invece, anche con riferimento alle comunicazioni elettroniche, molteplici e di rilevante complessità.

Alcune di tali questioni hanno portata generale e si pongono per le comunicazioni elettroniche in termini non dissimili – sia pure con tutte le specificità della loro regolazione settoriale – da come sono emerse ad esempio per l'energia elettrica e il gas o per i mercati finanziari: si pensi al tema c.d. dei poteri impliciti e cioè del carattere più o meno stringente che il principio di legalità dell'azione amministrativa assume con riguardo agli atti normativi o puntuali dei regolatori di settore e in particolare – per ciò che qui rileva – a quelli diretti ad incidere sui contratti⁵; oppure al problema, anch'esso (come il precedente) molto dibattuto in dottrina, del regime di invalidità delle clausole contrattuali contrastanti con prescrizioni regolatorie e della possibile sostituzione delle seconde alle prime⁶.

In altri casi, si tratta invece di questioni che, pur ricollegandosi a tematiche

tronic Communication Law, Oxford University Press, Oxford, 2004; A. PACE, *L'ordinamento della comunicazione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 939 ss.; G. DELLA CANANEA (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2005; M. LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 195 ss.; B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 212 ss.; F. BRUNO-G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni. Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche, editoria*, Giuffrè, Milano, 2006; L. SALTARI, *La regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche tra AGCM, Agcom e giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 1212 ss.; F. DONATI, *Il sistema amministrativo delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2008; G.L. TOSATO, *L'evoluzione della disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 169 ss.; G. MORBIDELLI-F. DONATI (a cura di), *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2009; F. DONATI, voce *Telecomunicazioni*, in *Enc. dir.*, *Annali*, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 1124 ss.; F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Giuffrè, Milano, 2010.

4 V. comunque A. OTTOW, *Intrusion of Public Law into Contract Law: the case of network sectors*, The Europe Institute Working Paper 03/12, Utrecht, 2012; R. PEREZ, *La negoziazione dell'interconnessione*, in F. BONELLI-S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., p. 169 ss.; V. MINERVINI, *Pubblico e privato nei contratti di interconnessione tra reti (con particolare riferimento al settore delle comunicazioni)*. *Prime riflessioni*, in *Diritto comm. int.*, 2007, p. 325 ss.

5 Su tale tema v. innanzitutto N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001, e G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703 ss. Per ulteriori indicazioni dottrinali e anche giurisprudenziali v. *infra* par. 5.

6 Al riguardo v., tra gli altri, G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006; F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 95 ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, ESI, Napoli, 2008; G. GITTI, voce *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 134 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, ESI, Napoli, 2012; V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Jovene, Napoli, 2013. V. anche *infra* par. 6 per ulteriori indicazioni.

in definitiva comuni anche agli altri servizi di interesse economico generale, assumono un carattere peculiare in ragione delle specifiche caratteristiche dei mercati delle comunicazioni elettroniche o della relativa regolazione: e qui il riferimento è, ad esempio, al tema della configurabilità (e ai presupposti per la configurabilità) di un obbligo di contrarre a carico di operatori che si trovino in determinate condizioni; oppure ai nessi tra regolazione *ex ante* e regolazione *by litigation*; o ancora ai molteplici problemi interpretativi e applicativi posti dalla disciplina (speciale) del recesso dai contratti di utenza.

Sullo sfondo rispetto a tali questioni si pone il tema della *ratio* della regolazione “contrattuale” di settore: che risponde, innanzitutto, com’è ben noto, ad una logica di riequilibrio delle asimmetrie riscontrabili tra i contraenti sul piano informativo ed economico e ad una finalità di promozione della concorrenza, ma che talora – come nel caso dei servizi assoggettati al regime del servizio universale – mira invece a soddisfare istanze di tipo sociale e solidaristico⁷.

Le pagine che seguono sono rivolte ad analizzare tali problemi, generali e particolari, muovendo – come necessario – dai tratti fondamentali della regolazione di settore e in particolare, di quella parte di essa che variamente incide sui contratti di comunicazione elettronica.

Si noti, al riguardo, che il settore in esame conosce ovviamente una straordinaria varietà e molteplicità di schemi negoziali, coerentemente con la grande eterogeneità dei servizi offerti nei relativi mercati. Tuttavia, i contratti a cui la regolazione principalmente si riferisce sono riconducibili a due grandi tipologie: quella dei contratti di accesso e di interconnessione, che sono contratti tra operatori; e quella dei contratti di utenza tra operatori ed utenti.

È quindi di tali tipologie contrattuali che l’analisi di seguito svolta essenzialmente si occupa.

Il lavoro è così articolato: il paragrafo che segue è dedicato ad illustrare i tratti di fondo della regolazione del settore delle comunicazioni elettroniche, la cui conoscenza di base appare necessaria per comprendere la disciplina specificamente riguardante i contratti; i paragrafi 3 e 4 si occupano rispettivamente dei contratti di accesso e di interconnessione e di quelli di utenza, riguardo ai quali vengono considerate sia la regolazione *ex ante* sia la disciplina inerente alle procedure di risoluzione delle controversie; gli ultimi due paragrafi riguardano i due problemi generali, sopra evocati, attinenti all’operare del principio di legalità rispetto alla regolazione amministrativa indipendente e alle conseguenze sul contratto della violazione delle prescrizioni poste con tale regolazione amministrativa.

⁷ Su tali temi v. in generale V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 23 ss.; F. CAFAGGI, *op. cit.*, in part. p. 96 ss.; F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 59 ss.; ID., *La legalità delle autorità indipendenti. Atto amministrativo e negozi di diritto privato*, in F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 72 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, Padova, 2001, in part. p. 296 ss.; G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 125 ss.; A. MASSERA-C. TACCOLA, *L’uso del contratto nei servizi pubblici*, in MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Plus, Pisa, 2004, p. 267 ss.; nonché, di recente, D. SIMEOLI, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, ad vocem, in *Digesto delle discipline privatistiche, Aggiornamento*, ottobre 2014 (in corso di pubblicazione).

2. Alcune notazioni generali sulla regolazione nel settore delle comunicazioni elettroniche

Sarebbe evidentemente eccessivo – alla luce dell’oggetto e degli scopi del presente lavoro – premettere all’analisi della regolazione contrattuale in materia di comunicazioni elettroniche un’esposizione generale della disciplina di settore⁸.

Alcune notazioni introduttive appaiono peraltro indispensabili per chiarire il contesto in cui quella regolazione contrattuale si colloca.

È opportuno, innanzitutto, ricordare le due tappe fondamentali del processo che ha condotto all’attuale assetto del settore: la prima, risalente alla fine degli anni ottanta e all’inizio degli anni novanta del secolo scorso, con le normative comunitarie che, coerentemente con la scelta di fondo di liberalizzare i mercati dei servizi di interesse economico generale, hanno imposto agli Stati membri di abrogare i monopoli legali in precedenza previsti in materia di telecomunicazioni, e hanno al contempo introdotto le prime misure di regolazione volte (tra l’altro) a promuovere la concorrenza e a garantire il servizio universale⁹; e la seconda, che data invece agli anni 2002/2003, con le norme europee e poi nazionali che, prendendo atto dei rilevanti cambiamenti intervenuti a livello tecnologico, hanno dettato una disciplina unitaria – un diritto della “convergenza” – delle reti e dei servizi di telecomunicazione, di radiotelevisione e di trasmissione dati, per effetto della quale oggetto delle politiche di liberalizzazione e della connessa regolazione settoriale sono divenute le comunicazioni elettroniche nel loro complesso (intese come reti e servizi ed esclusi invece i contenuti) e non più solo le telecomunicazioni¹⁰.

8 Per un’illustrazione assai chiara di tale disciplina v. comunque F. DONATI, *L’ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, cit.; ID., voce *Telecomunicazioni*, cit.; nonché F. BASSAN, *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, cit.

9 Rilevano qui, in particolare, le direttive della Commissione 16 maggio 1988, n. 88/301/CEE e 28 giugno 1990, n. 90/388/CEE, nonché la successiva direttiva della Commissione 13 marzo 1996, n. 96/19/CE. Il recepimento di tali direttive è stato operato in Italia principalmente con il d.P.R. 19 settembre 1997, n. 318 e con la legge 31 luglio 1997, n. 249.

Su tale prima fase del processo di liberalizzazione e di ri-regolazione del settore delle telecomunicazioni v. in particolare, in dottrina, A. GAMBINO, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, cit.; F. CARDARELLI-V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni*, cit.; R. MASTROIANNI, *Telecomunicazioni e televisioni*, cit.; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Simmetria e asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, cit.; A. TIZZANO, *L’azione comunitaria nelle telecomunicazioni: interventi recenti e prospettive future*, cit.

10 A livello comunitario il “pacchetto” di direttive approvato il 7 marzo del 2002 comprendeva: la direttiva c.d. “quadro” n. 2002/21/CE e le direttive di “settore” 2002/20/CE (direttiva autorizzazioni), n. 2002/19/CE (direttiva accesso), 2002/22/CE (direttiva servizio universale) e n. 2002/58/CE (direttiva protezione dati). Rilevanti, nello stesso lasso temporale, sono però anche il Regolamento CE del 18 dicembre 2000, n. 2887/2000 (sull’accesso disaggregato alla rete locale), la decisione 7 marzo 2002, n. 676/2002/CE (sullo spettro radio) e la direttiva 16 settembre 2002, n. 2002/77/CE (relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica). Tale complessa disciplina ha trovato attuazione in Italia con il Codice delle comunicazioni elettroniche, approvato con il d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

Su tale secondo step del processo di regolazione del settore delle comunicazioni v. in particolare, in dottrina, C. KOENIG-A. BARTOSCH-J. BRAUN (a cura di), *EC Competition and Telecommunications Law*, cit.; F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, cit.; A. DE STREEL-R. QUECK-P. VERNET, *Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques*, in *Cahiers de droit européen*, cit.; R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, cit.; G. MORBIDELLI-F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, cit.; A.F. BAVASSO, *Electronic Communica-*

All'esito di tale processo, che è essenzialmente di matrice comunitaria (con tre successive generazioni di direttive e regolamenti in materia¹¹ ma a cui anche il legislatore italiano ha dato il suo contributo non solo attuativo¹², il modello di regolazione che si è affermato risponde largamente e dichiaratamente ad una logica pro-concorrenziale, all'idea che la regolazione sia essenzialmente «*a means of "holding the fort" until competition arrives*»¹³, al punto che anche le direttive più recenti affermano esplicitamente che «*le regole settoriali ex ante specifiche*» devono ridursi progressivamente «*via via che aumenta il grado di concorrenza sul mercato, per arrivare ad un settore delle comunicazioni elettroniche disciplinato esclusivamente dal diritto della concorrenza*»¹⁴.

Non si può tuttavia non notare che tale assetto è in realtà ispirato anche a finalità di carattere sociale – di tutela dell'universalità e della sicurezza del servizio e di protezione degli utenti, oltre che di garanzia della libertà di comunicazione – che si concretano in misure verosimilmente destinate a durare nel tempo, anche al di là della realizzazione dell'obiettivo della piena concorrenzialità dei relativi mercati¹⁵.

Un tassello essenziale del modello regolatorio in questione è poi notoriamente costituito – come per gli altri servizi di interesse economico generale – dal fatto che una quota assai estesa e rilevante della regolazione settoriale è dettata a livello amministrativo, da un regolatore collocato in una posizione di indipendenza dal Governo e saldamente incardinato in un complesso istituzionale che trova il suo centro, ormai anche formale, nella Commissione europea¹⁶.

Aldilà della sua complessità – per la quale si è da tempo parlato di «*concerto regolamentare europeo*»¹⁷ e che in tempi recenti si è ancora accresciuta a

tions: *a New Paradigm for European Regulation*, cit.; M. CLARICH-G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, cit.; M. LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, cit.; B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, cit.; F. DONATI, *Il sistema amministrativo delle comunicazioni elettroniche*, cit.

11 La terza generazione di regolazioni comunitarie sulle comunicazioni elettroniche, successiva alle prime due indicate alle precedenti note 9 e 10, include le direttive del 25 novembre 2009 n. 2009/140/CE e n. 2009/136/CE e il Regolamento CE 25 novembre 2009 n. 1211/2009.

12 In particolare con la legge che sin dal 1997 ha istituito l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (la già citata legge 31 luglio 1997, n. 249) e poi con il Codice delle comunicazioni elettroniche del 2003.

13 Secondo la nota formula di S. LITTLECHILD, espressa ad esempio in *Regulation of British Telecommunications Profitability*, Report to the Secretary of State, London, Department of Industry, 1983.

14 Così recita il già sopra menzionato Considerando n. 5 della direttiva 2009/140/CE.

15 Per gli obiettivi generali della disciplina sulle comunicazioni elettroniche e per i principi di fondo a cui essa si ispira v. anche l'art. 4 del Codice delle Comunicazioni elettroniche.

16 V. al riguardo S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 689 ss.; G. DELLA CANANEA (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, cit.; G. NAPOLITANO, *La strategia dei controlli nella governance delle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 1469 ss.; F. DONATI, *I servizi di interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 51 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, *ivi*, p. 75 ss.; F. BASSAN, *L'evoluzione della struttura istituzionale nelle comunicazioni elettroniche: una rete non ha bisogno di un centro*, in F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 33 ss.

17 V. appunto S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, cit., 689 ss.; nonché E. CHITI, *Le ambivalenze del "concerto regolamentare europeo" nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, cit., 19 ss.

seguito dell'istituzione dell'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (il c.d. BEREC)¹⁸ –, tale assetto istituzionale appare ora chiaramente finalizzato ad assicurare che larga parte delle scelte regolatorie, incluse quelle discrezionali, necessarie per dare attuazione alla disciplina comunitaria siano sottratte al controllo e all'interferenza dei governi (e anche dei parlamenti) nazionali e siano quindi univocamente rivolte ad implementare il disegno pro-concorrenziale perseguito dalle istituzioni europee (e *in primis* dalla Commissione)¹⁹. Anche rispetto alle comunicazioni elettroniche, la regolazione indipendente, pur se tuttora costretta ad una non sempre agevole coabitazione con il regolatore ministeriale²⁰, è chiamata a fornire al mercato e ai soggetti che vi operano garanzie di neutralità (*rectius*, di minore permeabilità al ciclo politico-elettorale), tecnicità e prevedibilità delle regole del gioco²¹.

18 Tale istituzione è avvenuta con il Regolamento CE n. 1211/2009 del 25 novembre 2009.

19 Le direttive più recenti hanno infatti molto rafforzato l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione rispetto agli organi politici, prevedendo in particolare che esse non possano ricevere istruzioni dai governi nazionali né da altri soggetti pubblici: v. in particolare l'art. 3, par. 3-bis, della direttiva quadro 2002/21/CE, nel testo introdotto dalla direttiva 2009/140/CE. Si noti che, in base alla disciplina comunitaria, neanche i legislatori nazionali possono restringere o comunque interferire con le competenze discrezionali che le norme europee attribuiscono alle autorità di regolamentazione: si veda al riguardo il Considerando n. 13 della direttiva 2009/140/CE nonché Corte Giustizia UE, sez. IV, 3 dicembre 2009, n. 424, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*.

20 Sulla struttura dualistica dell'assetto istituzionale preposto alla regolazione del settore delle comunicazioni elettroniche v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, in part. p. 33 ss.; F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, cit., p. 45 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, cit., p. 77 ss.; L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, *Quaderni del Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 62 ss.

21 Sulla regolazione indipendente – sulla logica a cui risponde, sui caratteri che le sono propri e sui problemi anche di compatibilità costituzionale che solleva – la letteratura è notoriamente assai ampia. Nella dottrina giuridica italiana si vedano, tra gli altri, A. MASSERA, *"Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 451 ss.; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, p. 549 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Cedam, Padova, 1994; S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Giappichelli, Torino, 1996; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 647 ss.; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Passigli, Firenze, 1997; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, Torino, 1999; S. LABRIOLA, (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi di transizione del diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano, 1999; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, p. 265 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002; M. CERA-G. PRESTI-M. RESCIGNO (a cura di), *Autorità indipendenti. Evoluzione della specie e lotta per la sopravvivenza*, in *AGE 2/2002*; G. TESAURO-M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2002; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, in part. p. 97 ss.; G. GRASSO, *Le autorità indipendenti della Repubblica*, Giuffrè, Milano, 2006; M. PIERRI, *Autorità indipendenti e dinamiche democratiche*, Cedam, Padova, 2009; M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010; F. DONATI, *I servizi di interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, cit.; E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, cit. Nella letteratura politologica v., tra gli altri, A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 61 ss. e 273 ss.; J. JORDANA-D. LEVI FAUR (eds.), *The politics of regulation. Institutions and Regulatory reforms for the Age of Governance*, Edward Elgar, Cheltenham and Northampton, 2004; J. BLACK-M. LODGE-M. THATCHER (Eds.), *Regulatory Innovation. A comparative analysis*, Edward Elgar, North Hampton, 2005; D. COEN-A. HERITIER (Eds.), *Refining Regulatory Regimes: Utilities in Europe*, Edward Elgar, North Hampton, 2006.

È nel contesto così sommariamente delineato, e fatte salve le molte precisazioni che un'analisi più di dettaglio consentirebbe di operare – a cominciare da quelle inerenti al ruolo estremamente rilevante che nel determinare gli assetti complessivi del comparto hanno svolto le normative e le prassi *antitrust*²² –, che si colloca la disciplina settoriale relativa ai contratti di comunicazione elettronica.

Come si è sopra anticipato, tale disciplina riguarda fondamentalmente due classi di accordi, quelli di accesso e di interconnessione e quelli di utenza, riguardo ai quali la legge – e innanzitutto il Codice delle comunicazioni elettroniche (di seguito anche CCE) approvato con il d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259²³ – detta una disciplina assai articolata e variamente strutturata.

È dunque a tali tipologie di accordi che è ora opportuno rivolgere l'attenzione.

3. I contratti di accesso e di interconnessione

È forse innanzitutto opportuno ricordare le definizioni di accesso e di interconnessione formulate dal CCE.

S'intende per accesso «*il fatto di rendere accessibili risorse o servizi ad un'altra impresa, [...], su base esclusiva o non esclusiva, al fine di fornire servizi di comunicazione elettronica*»²⁴.

È d'altro canto definita come interconnessione «*il collegamento fisico e logico delle reti pubbliche di comunicazione utilizzate dal medesimo operatore o da un altro per consentire agli utenti di un operatore di comunicare con gli utenti del medesimo o di un altro operatore, o di accedere ai servizi offerti da un altro operatore*»²⁵.

Come emerge da tali definizioni, i contratti di accesso sono accordi con i quali un operatore che detiene una qualsiasi infrastruttura o risorsa di comunicazione elettronica o che è in grado di fornire un servizio utilizzando quella infrastruttura mette le medesime o anche il servizio a disposizione di un altro

22 Su tale ruolo e più in generale sul rapporto tra regolazione e disciplina antitrust nel settore delle comunicazioni elettroniche v., tra gli altri, R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, cit.; F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, cit.; J.J. MONTERO, *L'intervento pubblico nelle telecomunicazioni: Antitrust vs. regolazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, p. 437 ss.

23 Il testo originario del Codice è stato modificato e integrato, in particolare, con il d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70, approvato a seguito dell'emanazione del terzo Pacchetto comunitario del 2009. Per i media audiovisivi v. il d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44 (c.d. decreto Romani), di recepimento della direttiva 2007/65/CE (ora 2010/13/UE).

24 Così l'art. 1, comma 1, lett. b) del Codice, che precisa poi che «è compreso tra l'altro l'accesso agli elementi della rete e alle risorse correlate, che può comportare la connessione di apparecchiature con mezzi fissi e non fissi [...]; l'accesso all'infrastruttura fisica, tra cui edifici, condotti e piloni; l'accesso ai pertinenti sistemi software, tra cui sistemi di supporto operativo; l'accesso a sistemi informativi o banche dati per l'ordinazione preventiva, la fornitura, l'ordinazione, la manutenzione, le richieste di riparazione e la fatturazione; l'accesso ai servizi di traduzione del numero o a sistemi che svolgono funzioni analoghe; l'accesso alle reti fisse e mobili, in particolare per il roaming; l'accesso ai sistemi di accesso condizionato per i servizi di televisione digitale e l'accesso ai servizi di rete virtuale».

25 Così l'art. 1, comma 1, lett. m) del CCE, che ha cura di precisare anche che «l'interconnessione è una particolare modalità di accesso tra operatori della rete pubblica di comunicazione».

operatore per consentirgli di fornire a terzi – cioè, almeno di regola, ad utenti finali – un servizio di comunicazione elettronica.

L'oggetto specifico del contratto può essere assai vario, in correlazione con l'enorme varietà di risorse e servizi fornibili a partire da reti di telecomunicazione, di radiotelevisione o di trasmissione dati²⁶: ma ciò che conta, ai fini qui considerati, è che con tale contratto due o più imprese si accordano per condividere quelle risorse ovvero per assegnarne l'utilizzo in via esclusiva a chi non ne è proprietario.

Anche il contratto di interconnessione è in definitiva, come chiarisce esplicitamente il CCE²⁷, un accordo di accesso, dato che si risolve nel rendere possibile a terzi l'utilizzo di una rete di comunicazione, con l'ovvia particolarità che in tal caso l'accesso è richiesto da un operatore a sua volta titolare di una rete e interessato a mettere in collegamento gli utenti serviti dalla medesima con quelli serviti da una diversa infrastruttura.

È dunque con riguardo a tali tipologie di contratti che occorre verificare se ed in quale misura la regolazione di settore limiti la libertà negoziale delle parti, imponendo ad esse di negoziare o di contrarre, e incida o meno imperativamente sul contenuto degli accordi o sulla disciplina relativa alla trattativa tra le parti o alla cessazione del rapporto.

Il CCE si occupa di tali profili negli artt. 40 e seguenti, dedicati appunto all'accesso e all'interconnessione²⁸.

Come si è già sopra accennato, tale normativa affida largamente all'Autorità di regolazione settoriale – all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni – la scelta relativa alle misure di regolazione ex ante da imporre alle imprese – né, d'altronde, sarebbe stata legittima una soluzione diversa, giacché la normativa comunitaria in materia impone agli Stati membri, ivi espressamente inclusi i loro legislatori, di lasciare alle Autorità nazionali di regolamentazione il compito di valutare caso per caso, discrezionalmente, se introdurre o non introdurre tali misure e con quali specifici contenuti²⁹.

L'unico obbligo che il CCE direttamente prevede a carico degli operatori è quello di negoziare tra loro l'interconnessione (e dunque di concludere il relativo contratto) «*ai fini della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico*»³⁰: ma, per quanto attiene all'accesso in sé considerato, non vi è, a meno che l'AGCOM non lo imponga, alcun obbligo di contrarre né, prima ancora, di offrirlo a condizioni etero-determinate, salvo solo l'obbligo di

26 Per una puntuale illustrazione di tali diverse tipologie di risorse e servizi v. F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, cit., p. 138 ss.; L. SALTARI, *Accesso e interconnessione*, cit., p. 105 ss.

27 V. ancora l'art. 1, comma 1, lett. m).

28 Ma rilevanti sono anche gli artt. 17-23 del CCE, che si occupano della procedura di identificazione delle imprese che dispongono di un significativo potere di mercato e delle procedure di risoluzione delle controversie tra imprese. In dottrina su tale disciplina v. F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, cit., p. 129 ss.; Id., voce *Telecomunicazioni*, cit., in part. p. 1141 ss.; L. SALTARI, *Accesso e interconnessione*, cit., in part. p. 89 ss.; O. POLLICINO, *Accesso, interconnessione ed interoperabilità: le novità apportate dal recepimento del "pacchetto Telecom" ne confermano il ruolo chiave nel nuovo assetto regolatorio del settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. informatica*, 2012, p. 743 ss.; R. CAIAZZO, *L'accesso alla rete*, in F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 143 ss.; M. CAPANTINI, *La disciplina dell'accesso e dell'interconnessione*, in M. CLARICH-G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 199 ss.

29 V. ancora al riguardo il Considerando 13 della direttiva 2009/140/CE, nonché Corte Giustizia sez. IV, 3 dicembre 2009, n. 424.

30 Così recita l'art. 41, comma 1, del CCE.

rispettare in ogni caso i principi pro-concorrenziali dettati dallo stesso CCE³¹.

La differenza rispetto a quanto previsto dalla regolazione legislativa relativa ad altri servizi di interesse economico generale appare notevole: per le infrastrutture dell'energia elettrica e del gas, ad esempio, l'obbligo di consentire l'accesso e di farlo a condizioni (in parte) definite dal regolatore settoriale, e dunque il vincolo a contrarre con un contenuto pattizio in parte etero-definito, è previsto direttamente dalla legge³².

La *ratio* di tale diversità è quella che già sopra si è parzialmente evocata: i mercati delle comunicazioni elettroniche appaiono, per ragioni tecnologiche ed economiche, assai più suscettibili di evolversi in tempi relativamente brevi in senso realmente concorrenziale rispetto a quanto possa avvenire per gli altri SIEG, e dunque il legislatore europeo vuole limitare il più possibile – in applicazione del principio di proporzionalità – l'interferenza delle regolazioni *ex ante*³³.

Tale scelta legislativa riguarda in particolare, come pure si è già sopra accennato, la regolazione pro-concorrenziale finalizzata a garantire la parità delle armi tra gli operatori e a compensare le asimmetrie delle rispettive forze di mercato, di cui la disciplina su accesso e interconnessione rappresenta il fulcro. Deve anzi notarsi che con riferimento a tali ambiti la soluzione accolta dal legislatore europeo appare particolarmente ponderata perché, come è esplicitamente chiarito dalle premesse delle pertinenti direttive, la condivisione delle reti e dei servizi degli operatori più strutturati da parte delle imprese nuove entranti, se può incentivare la concorrenza incrementando il numero degli operatori in grado di competere sul mercato, può però comportare un disincentivo all'innovazione tecnologica, alla realizzazione di nuove infrastrutture o alla modernizzazione di quelle esistenti³⁴.

È all'AGCOM che compete quindi il potere di decidere, alla luce delle specifiche condizioni e caratteristiche di ciascun mercato delle comunicazioni elettroniche, se occorre o meno introdurre relativamente all'accesso delle misure di regolazione *ex ante*, e dunque prescrivere degli obblighi di contrarre e/o di contenuto contrattuale ad uno o più operatori³⁵.

3.1. La regolazione *ex ante*: la discrezionalità dell'AGCOM e gli obblighi imponibili agli operatori

Relativamente alla scelta affidata all'AGCOM in ordine alla sottoposizione

31 Più esattamente, l'art. 41, primo comma, del CCE prescrive che «*gli operatori offrono l'accesso e l'interconnessione ad altri operatori nei termini e alle condizioni conformi agli obblighi imposti dall'Autorità ai sensi degli articoli 42, 43, 44 e 45 e nel rispetto dei principi di cui all'art. 13, comma 5, lett. b)*». Quest'ultimo, a sua volta, prevede che Ministero e Autorità debbano contribuire allo sviluppo del mercato, tra l'altro, «*adottando una disciplina flessibile dell'accesso e dell'interconnessione, anche mediante la negoziazione tra gli operatori, compatibilmente con le condizioni competitive del mercato e avendo riguardo alle singole tipologie di servizi di comunicazione elettronica ed in particolare a quelli offerti su reti a banda larga, in coerenza con gli obiettivi generali di cui all'articolo 4*».

32 V. al riguardo, per quanto attiene all'elettricità, gli artt. 3, primo comma, e 9, primo comma, del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79; per il gas, gli artt. 24 del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164. Su tali discipline v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006, in part. p. 40 ss.; e si veda anche S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dai servizi a rete*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 34 ss.

33 V. ancora sul punto il Considerando n. 5 della direttiva 2009/140/CE.

34 V. i Considerando nn. 8, 54 e 55 della direttiva 2009/140/CE.

35 V. al riguardo, in particolare, gli artt. 42 e 45 del CCE.

di un mercato al regime regolato, è bene chiarire che la disciplina che l'Autorità deve applicare è significativamente diversa a seconda che essa, all'esito di un'apposita analisi di mercato³⁶, ravvisi o meno la presenza nel medesimo di una o più imprese detentrici di un significativo potere di mercato.

Laddove tale presupposto si verifichi, infatti, i vincoli che l'AGCOM può imporre a carico delle imprese interessate, e in particolare le restrizioni che può introdurre alla loro libertà contrattuale, sono assai più stringenti.

I vincoli principali attengono all'obbligo di concludere il contratto di accesso o di interconnessione e agli obblighi relativi al prezzo da praticare: ai sensi dell'art. 49 del CCE, l'Autorità «*può imporre agli operatori di accogliere richieste ragionevoli di accesso, [...], in particolare quando verifichi che il rifiuto di concedere l'accesso o la previsione di termini o condizioni non ragionevoli di effetto equivalente ostacolerebbe lo sviluppo di una concorrenza sostenibile sul mercato al dettaglio e sarebbero contrari agli interessi dell'utente finale*»; e può, d'altro canto, ai sensi del successivo art. 50, «*imporre obblighi in materia di recupero dei costi e controllo dei prezzi, tra cui l'obbligo che i prezzi siano orientati ai costi, [...], qualora l'analisi del mercato riveli che l'assenza di un'effettiva concorrenza comporta che l'operatore interessato potrebbe mantenere i prezzi ad un livello eccessivamente elevato o comprimerli a detrimento dell'utenza finale*».

In alternativa o in combinazione con tali vincoli principali, l'AGCOM può prescrivere obblighi meno penetranti, che attengono alla pubblicazione di informazioni preventive sulle caratteristiche della rete e del servizio³⁷, e/o alla non discriminazione nei confronti dei soggetti che richiedono l'accesso o l'interconnessione³⁸ e/o infine alla separazione contabile o addirittura funzionale di determinate attività³⁹.

È da aggiungere che in circostanze eccezionali l'Autorità può imporre agli operatori aventi un significativo potere di mercato obblighi diversi da quelli espressamente previsti dalla legge e sopra richiamati⁴⁰.

Appare palese, alla luce delle norme appena richiamate, che la compressione dell'autonomia negoziale (e anche organizzativa) delle imprese designate come detentrici di un significativo potere di mercato e la deroga rispetto alla disciplina generale del codice civile sono potenzialmente notevoli: a tali imprese possono essere imposti, oltre a vincoli di carattere organizzativo, obblighi di informativa pre-contrattuale, obblighi di contrarre e obblighi relativi al contenuto del negozio⁴¹.

³⁶ Che è disciplinata dall'art. 19 del CCE.

³⁷ Sono gli obblighi di trasparenza di cui all'art. 46 del CCE.

³⁸ V. l'art. 47 CCE, il cui secondo comma prevede che «*gli obblighi di non discriminazione garantiscono, in particolare, che l'operatore applichi condizioni equivalenti in circostanze equivalenti nei confronti di altri operatori che offrono servizi equivalenti, e inoltre che esso fornisca a terzi servizi e informazioni garantendo condizioni e un livello di qualità identici a quelli che assicura per i propri servizi o per i servizi delle proprie società consociate o dei propri partner commerciali*».

³⁹ V. gli artt. 47 e 50-bis del CCE.

⁴⁰ In tal senso v. l'art. 45, comma 3, del CCE, secondo cui l'Autorità deve farne peraltro preventiva richiesta alla Commissione europea, «*la quale adotta una decisione che autorizza o vieta l'adozione dei provvedimenti*» ipotizzati dall'AGCOM.

⁴¹ Per una classificazione degli obblighi contrattuali tipicamente imposti dai regolatori settoriali indipendenti v. G. ALPA, *I poteri regolamentari delle autorità indipendenti*, in S. AMOROSINO-G. MORBIDELLI-M. MORISI (a cura di), *Istituzioni, mercato, democrazia, Liber amicorum per gli 80 anni di Alberto Predieri*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 22; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., p. 163.

La scelta dell'AGCOM di introdurre uno o più di tali vincoli contrattuali e di dare agli stessi un determinato contenuto è largamente discrezionale: il regolatore deve ponderare i vantaggi che allo sviluppo della concorrenza e dunque anche agli utenti finali deriverebbero dall'imposizione dell'obbligo di consentire l'accesso o l'interconnessione, eventualmente anche a condizioni eterodeterminate, con gli svantaggi che potrebbero invece discendere da tale imposizione sotto il profilo del disincentivo a realizzare nuovi investimenti infrastrutturali⁴².

Gli elementi da considerare non sono dissimili da quelli che vengono in rilievo, in attuazione della disciplina generale antitrust, quando si tratta di valutare se applicare l'*essential facilities doctrine*⁴³, ma è chiaro che le misure qui adottabili (e anzitutto quelle afferenti al controllo dei prezzi) hanno una connotazione regolatoria e una potenzialità di incidenza sull'autonomia negoziale delle imprese interessate assai più accentuate.

Vi è anche un'analogia evidente con le valutazioni che devono essere poste in essere relativamente ad altri servizi di interesse economico generale (e in particolare all'energia elettrica e al gas), laddove si tratti di decidere se concedere al titolare di un'infrastruttura un'esenzione dal diritto di accesso dei terzi⁴⁴. Con una differenza rilevante, peraltro, perché in tali altri settori l'obbligo di contrarre a condizioni regolate è posto direttamente dalla legge, e gli operatori interessati possono essere esonerati in via amministrativa da questo obbligo ma hanno l'onere di dimostrare che ciò, da un lato, è necessario per realizzare determinati investimenti, dall'altro non pregiudica la concorrenza⁴⁵.

Il rovesciamento di prospettiva rispetto a quanto si è sopra visto per le comunicazioni elettroniche – l'inversione nel rapporto tra libertà negoziale e regolazione – appare evidente: mentre nei settori dell'energia elettrica e del gas la regola generale è l'obbligo regolato di accesso e la libertà di concludere o non concludere con un terzo il relativo contratto costituisce (per i detentori di qualsiasi infrastruttura) l'eccezione, viceversa nel caso delle comunicazioni elettroniche la regola generale è, almeno in astratto, la libertà di contrarre e la regolazione *ex ante* è, se non un'eccezione, comunque solo un'eventualità,

42 V. al riguardo, in particolare, il Considerando n. 55 della direttiva 2009/140/CE e l'art. 49 comma 3 del CCE.

43 Sull'*essential facilities doctrine* v. in dottrina G. WARDEN, *The Law and Economics of the essential facility doctrine*, in *St. Louis University Law Journal*, 32, 1987, p. 433 ss.; P. AREEDA, *Essential facilities: an epithet in need of limiting principles*, in *Antitrust Law Journal*, 58, 1990, p. 841 ss.; G. GUGLIELMETTI, "Essential facilities", rifiuto di accesso e abuso di posizione dominante: prime decisioni dell'Autorità garante e prospettive, in *Conc. mercato*, 1996, p. 410 ss.; M. SIRAGUSA, *Le essential facilities nel diritto comunitario e italiano della concorrenza*, in E.A. RAFFAELLI (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 146 ss.; L. TOFFOLETTI, *La nozione di essential facility*, in *Conc. mercato*, 1998, p. 329 ss.; S. BASTIANON, *A proposito della dottrina delle essential facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica?*, in *Merc. conc. reg.*, 1999, p. 149 ss.; C. CAZZOLA, *La dottrina delle essential facilities e la politica antitrust*, in F. BONELLI-S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., p. 219 ss.

44 V. al riguardo, per l'energia elettrica, l'art. 17 del Regolamento CE n. 714/2009 del 13 luglio 2009; per il gas naturale l'art. 36 della direttiva 2009/73/CE, nonché l'art. 1, commi 17 ss., legge 23 agosto 2004, n. 239 (come modificati dall'art. 33 del d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93). Sull'istituto dell'esenzione dal c.d. *Third Party Access* si rinvia alle considerazioni svolte in E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., in part. p. 111 ss.

45 Si vedano ancora al riguardo le norme citate alla nota precedente.

sia pure ancora oggi tutt'altro che remota ⁴⁶.

Occorre anche rilevare che la potestà dell'AGCOM di attivare i vincoli regolatori e dunque contrattuali in esame è sottoposta dalla legge a limiti procedurali rilevanti.

Come si è già accennato, infatti, il regolatore deve anzitutto porre in essere la specifica procedura di analisi del mercato volta a verificare se i mercati individuati come rilevanti – anche alla luce dell'apposita Raccomandazione della Commissione europea – sono o non sono effettivamente concorrenziali, e nel secondo caso identificare uno o più imprese che in esse detengono un significativo potere di mercato ⁴⁷.

In secondo luogo, l'imposizione degli obblighi sopra richiamati deve essere preceduta da un'apposita procedura di consultazione, che deve consentire a tutte le parti interessate di prendere visione e di esprimersi sulla proposta di provvedimento ⁴⁸ e che comporta l'obbligo dell'AGCOM di fornire un'adeguata motivazione in merito alle osservazioni formulate dalle stesse ⁴⁹. La suddetta imposizione è poi anche sottoposta al controllo preventivo vincolante della Commissione europea e al parere non vincolante del BEREC ⁵⁰.

Tali limiti procedurali appaiono del resto tanto più necessari alla luce del fatto che i poteri di regolazione *ex ante* attribuiti all'AGCOM appaiono non solo, come già rilevato, ampiamente discrezionali, ma anche sotto vari profili non tipizzati ⁵¹.

Si è già sopra notato, infatti, che il CCE prevede espressamente che l'Autorità possa, in circostanze eccezionali, e salvo chiedere al riguardo specifica autorizzazione alla Commissione, imporre agli operatori detentori di un significativo potere di mercato obblighi diversi ed ulteriori da quelli tipizzati dalle norme sopra considerate ⁵².

E deve ora aggiungersi che, anche per quanto attiene agli operatori che invece sono privi di significativo potere di mercato, è stabilito che l'Autorità possa imporre agli stessi di consentire l'accesso o l'interconnessione a terzi con provvedimenti il cui contenuto e i cui presupposti appaiono largamente indefiniti ⁵³.

46 Come si è già più volte ricordato, la Direttiva 2009/140/CE esplicita il suo intento di «*ridurre progressivamente le regole settoriali ex ante specifiche via via che aumenta il grado di concorrenza sul mercato, per arrivare a un settore delle comunicazioni elettroniche disciplinato esclusivamente dal diritto della concorrenza*». Si veda anche al riguardo la Raccomandazione della Commissione 17 dicembre 2007, n. 2007/879/CE, relativa ai «*mercati rilevanti di prodotti e di servizi di comunicazione elettronica che possono essere oggetto di regolazione ex ante*».

47 V. ancora in proposito gli artt. 17-19 del CCE.

48 V. l'art. 11 del CCE.

49 V. al riguardo in giurisprudenza Cons. Stato, VI, 20 luglio 2009, n. 4558; Cons. Stato, VI, 4 agosto 2009, n. 4908. Sulle procedure di *notice and comment* e sui relativi vincoli delle Autorità di regolazione settoriale v. M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1999, p. 9 ss.; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 679 ss.; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 189 ss.

50 V. l'art. 12 del CCE.

51 Anche la giurisprudenza ha al riguardo da tempo sottolineato che «*nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio*» (così Cons. Stato, VI, n. 7972/06, cit.).

52 V. ancora in tal senso l'art. 45 comma 3 del CCE.

53 V. gli art. 42 commi 2 e 5 del CCE. In dottrina sul punto v. O. POLLICINO, *Accesso, inter-*

Dall'incerta, ambigua e tecnicamente imperfetta formulazione dell'art. 42, commi 2 e 5, e dell'art. 45 del CCE – che riproducono, ma con varianti incomprensibilmente peggiorative, il testo dell'art. 5 della direttiva 2009/19/CE – non risulta infatti con chiarezza in quali casi esattamente tali provvedimenti possano essere assunti, salvo solo il limite del necessario perseguimento da parte dell'Autorità degli obiettivi indicati dalla legge⁵⁴; né se in tali evenienze essa debba limitarsi, in sede di regolazione *ex ante*, a prevedere l'obbligo di consentire l'accesso o l'interconnessione, salvo poi eventualmente intervenire sulle condizioni contrattuali (e *in primis* sul prezzo) nella sede successiva della procedura di risoluzione dell'eventuale controversia⁵⁵, o se invece possa o debba sin da subito definire anche quelle condizioni⁵⁶.

È opportuno sottolineare che, nel compiere le valutazioni e le scelte ora ricordate, l'AGCOM è anche espressamente vincolata dai principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione⁵⁷, sul cui effettivo rispetto la giurisprudenza esercita un sindacato tutt'altro che formale⁵⁸.

Tuttavia, sembra lecito chiedersi – e su tale profilo si avrà modo di tornare successivamente – se la disciplina in questione, e in particolare quella inerente agli obblighi che l'AGCOM può porre a carico di operatori diversi da quelli dotati di potere di mercato significativo, sia realmente compatibile con le riserve di legge previste dagli artt. 41 e 42 della Costituzione a tutela della libertà d'iniziativa economica e dunque della libertà contrattuale⁵⁹, nonché del diritto di proprietà.

3.2. Regolazione contrattuale *by litigation*

Analogamente a quanto avviene per altri mercati regolati, la normativa settoriale sulle comunicazioni elettroniche prevede una disciplina *ad hoc* per la risoluzione delle controversie tra operatori (oltre che, come si vedrà in seguito, tra operatori ed utenti), finalizzata a garantire che le stesse vengano decise in tempi brevi da un organismo tecnicamente preparato e che la relativa decisione tenga adeguatamente conto anche delle finalità perseguite dalla regolazione⁶⁰.

connessione e interoperabilità, cit., in part. p. 747 ss.; F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, cit., p. 133 s.

54 V. ancora sul punto O. POLLICINO, *op. loc. cit.*

55 Come in effetti sembra ritenere l'AGCOM: si vedano, ad esempio, in tal senso le delibere 14/06/COM, 111/11/CONS, 115/12/CONS e 116/12/CONS.

56 In tal senso v. invece Cons. Stato, VI, 21 settembre 2007, n. 4888, che ha annullato una delibera dell'AGCOM (la n. 11/03/CIR) che non aveva fissato *ex ante* gli obblighi in tema di prezzo del servizio (anche) per operatori "alternativi" all'*incumbent*, sulla base della considerazione che in tal modo l'Autorità non aveva esercitato «*sotto tale profilo la propria funzione regolatoria, impropriamente rinviata alla successiva fase di definizione del contenzioso. Il ruolo principale dell'Autorità è, invece, proprio quello di intervenire in via regolatoria ex ante in modo da dare certezza sulle regole a tutti gli operatori, essendo residuali le menzionate funzioni contenziose, che, benché soggette anch'esse al controllo giurisdizionale, sono esercitate ex post con tutti gli inconvenienti che derivano dal prolungarsi di una fase di incertezza su regole e condizioni applicabili*».

57 V. art. 42 comma 4 e 54 del CCE.

58 Per un chiaro esempio di tale penetrante sindacato v. TAR Lazio, III, 14 dicembre 2011, n. 9739.

59 Sul collegamento necessario tra libertà d'iniziativa economica e libertà negoziale v. di recente in giurisprudenza TAR Lombardia, Milano, III, 14 marzo 2013, n. 683.

60 In generale sul tema della funzione giustiziale dei regolatori indipendenti v. di recente S.

Tale disciplina, che trova nella materia dei contratti di accesso ed interconnessione un ambito elettivo di applicazione, è imperniata sull'attribuzione al regolatore settoriale – all'AGCOM – della competenza a dirimere le controversie aventi ad oggetto «*gli obblighi derivanti dal Codice, dalla direttiva quadro, dalle direttive particolari, da provvedimenti dell'Autorità ovvero da altri fonti, anche negoziali, che ne costituiscono attuazione*»⁶¹.

Sono esclusi da tale competenza i conflitti tra operatori che attengano solo a questioni di carattere contrattuale, che non coinvolgano neanche indirettamente l'applicazione di prescrizioni regolatorie. E, d'altro canto, tale competenza non ricorre laddove «*entrambe le parti vi abbiano espressamente derogato prevedendo altri mezzi per la soluzione della controversia*»⁶².

È anche opportuno segnalare che, come la relativa normativa ha cura di precisare, la procedura affidata all'AGCOM «*non preclude alle parti la possibilità di adire un organo giurisdizionale*»⁶³; e che tra la medesima procedura e il ricorso agli ordinari rimedi giurisdizionali vi è una inequivoca alternativa, tant'è vero che il regolamento approvato dall'AGCOM prevede che la prima non possa essere promossa qualora per lo stesso oggetto e tra le stesse parti sia già stata adita l'autorità giudiziaria e che essa d'altra parte divenga improcedibile laddove l'azione giudiziale venga proposta successivamente⁶⁴.

L'intervento del regolatore come “risolutore” delle controversie può dunque essere attivato anche da una sola delle parti in conflitto⁶⁵, sempre che la stessa non vi abbia preventivamente rinunciato e sempre che essa o la controparte non decidano invece di rivolgersi ad un giudice.

LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Giappichelli, Torino, 2013; nonché M. CLARICH-E.L. CAMILLI, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 107 ss. Per le comunicazioni elettroniche la normativa in questione è oggi dettata dagli artt. 20 e 21 della direttiva 2002/21/CE, come modificati dalla direttiva 2009/140/CE, dagli artt. 23 e 24 del CCE nonché dal regolamento adottato dall'AGCOM con la delibera 352/08/CONS. Su tali disposizioni v. in dottrina F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 207 ss.; *Idem*, voce *Telecomunicazioni*, cit., p. 1150 s.; S. LUCATTINI, *op. cit.*, p. 115 ss.; M. LIBERTINI-G. SCOGNAMIGLIO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione delle controversie tra "organismi di telecomunicazioni"*, in *Dir. Inf. ed informatica*, 2002, p. 699 ss.; G. PESCE, *Tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi e sanzionatori e soluzioni non giurisdizionali per la definizione delle controversie tra imprese*, in M. CLARICH-G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 406 ss.; G. DELLA CANANEA, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 601 ss.; M. ORLANDI, *Appunti sulla regolazione contenziosa*, in G. MORBIDELLI-F. DONATI (a cura di), *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 129 ss.; G. NAVA, *Regolamentazione e contenzioso tra operatori nelle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2012.

61 Così recita l'art. 2, comma 1, del Regolamento n. 352/08. Per parte sua, l'art. 23 del CCE si riferisce alle controversie «*aventi ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice*».

62 Così prevede l'art. 23, comma 2, del CCE. Si noti che dalla prassi dell'AGCOM emerge palesemente la tendenza ad interpretare molto restrittivamente tali esclusioni, ad esempio ritenendo che la deroga espressa non ricorra per il solo fatto che il contratto contenga una clausola compromissoria: secondo l'Autorità, tali clausole dovrebbero considerarsi riferite alle sole questioni di natura esclusivamente negoziale, che non attengono al rispetto delle regole poste dalla legge o dalla stessa Autorità (si veda ad esempio, al riguardo, la delibera 14/06/CONS). L'orientamento del regolatore è dunque quello di presidiare fortemente l'applicazione delle norme settoriali poste da esso o dal legislatore ogniqualvolta le stesse vengano in una qualche misura in rilievo nei rapporti tra operatori.

63 Così l'art. 23, comma 5, del CCE.

64 V. l'art. 3, comma 3, del Regolamento approvato con delibera 352/08/CONS.

65 E quindi anche contro la volontà dell'altra parte: v. ad esempio al riguardo il caso *Wind/Vodafone* di cui alla già citata delibera 14/06/CONS.

Occorre ovviamente chiedersi come debba porsi l'AGCOM rispetto a questa sua competenza: se essa cioè debba operare come un giudice (o come un arbitro), e dunque unicamente nella prospettiva della migliore tutela dei diritti e degli interessi fatti valere dalle parti, o se invece il suo ruolo sia, pure sotto questo profilo, anche quello di regolatore del mercato.

La risposta che al riguardo appare largamente diffusa in dottrina, e che sembra ricevere anche l'avallo della giurisprudenza, è la seconda: «*in sede di soluzione delle controversie tra operatori, [...], le autorità nazionali di regolamentazione sono chiamate a svolgere un'attività sostanzialmente regolatoria*». Esse non devono «*limitarsi a stabilire quale sia la disciplina giuridica concretamente applicabile alla fattispecie controversa, come farebbe un organo giurisdizionale o arbitrale*», ma devono invece «*adottare una decisione che consenta il soddisfacimento delle finalità tipicamente perseguite nell'esercizio dell'attività di regolazione, nel rispetto comunque della disciplina applicabile*»⁶⁶.

Tale conclusione appare sostanzialmente condivisibile: il regolatore resta tale anche quando risolve le controversie tra operatori, perché, come si è ricordato, la legge definisce questa sua competenza facendo espresso riferimento alle questioni che coinvolgono obblighi regolatori⁶⁷ e perché, d'altro canto e soprattutto, gli prescrive esplicitamente di perseguire, anche nell'esplorazione della medesima, i fini a cui è preordinata l'attività di regolazione⁶⁸. D'altra parte, alla configurazione come giudice dell'AGCOM – come delle altre autorità indipendenti di regolazione investite di funzioni giustiziali – osterebbe in ogni caso il divieto costituzionale di istituire giudici speciali.

Appaiono peraltro necessarie quanto meno due precisazioni.

La prima è che il carattere amministrativo e la funzione (anche) regolatoria dell'intervento dell'Autorità non possono implicare una svalutazione né un'alterazione del ruolo sostanzialmente giustiziale che gli è qui attribuito: può senz'altro condividersi l'affermazione secondo cui la tutela degli interessi delle parti è anche l'occasione per tutelare gli interessi generali a cui la regolazione è preordinata⁶⁹; ma resta il fatto che – in materia di conflitti tra operatori ad esempio riguardo ai contratti di accesso o di interconnessione tra reti – l'AGCOM deve comunque offrire adeguata protezione ai diritti e agli interessi legittimi fatti valere dalle parti e deve anche intervenire nel rispetto dei limiti derivanti dalle domande da esse proposte⁷⁰. In caso, contrario del resto, è sin troppo facile prevedere che lo strumento della risoluzione in via amministrativa delle controversie tra imprese perderebbe ben presto la sua attrattività per le

66 Così F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, cit., p. 208. In termini simili, con riferimento generale ai compiti giustiziali delle autorità di regolazione settoriale v. S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, cit., p. 116 ss.; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 117 ss.; M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semi-contenziose*, *Ibidem*, p. 159; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 343 ss.

67 V. in tal senso l'art. 23, comma 1, del CCE.

68 V. l'art. 23, comma 3, del CCE, secondo cui «*nella risoluzione delle controversie l'Autorità persegue gli obiettivi di cui all'art. 13*», cioè appunto gli obiettivi dell'attività di regolamentazione.

69 V. ancora F. DONATI, *op. ult. cit.*, p. 211; M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semi-contenziose*, cit., p. 159; S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, cit., p. 122 ss.

70 Sul principio della domanda come necessario limite e temperamento della *regulation by litigation* v. le condivisibili considerazioni di S. LUCATTINI, *op. cit.*, in part. p. 216 ss.

stesse e cesserebbe di rappresentare un'alternativa credibile agli ordinari rimedi arbitrali e giudiziali.

Deve d'altro canto sottolinearsi che sarebbe pure del tutto improprio se la connotazione regolatoria della funzione di composizione delle controversie venisse intesa nel senso di ritenere che in tale sede l'Autorità possa introdurre *ex novo* obblighi e prescrizioni non definiti già dalla regolazione *ex ante*. Regolare *by litigation* non può significare cogliere l'occasione di una controversia per porre (surrettiziamente) regole nuove, ma solo che nell'esercizio della relativa competenza il regolatore può esplicitare e specificare quanto era già stato stabilito nella regolazione e che può e deve farlo tenendo ben presenti gli obiettivi della stessa ⁷¹.

Tale vincolo, a cui non sempre l'AGCOM nella sua prassi sembra essersi finora attenuta ⁷², e a cui invece il giudice amministrativo ha già avuto modo di richiamarla ⁷³, appare imposto, oltre che da intuibili esigenze di certezza e prevedibilità della regolazione ⁷⁴, dalla circostanza, già ricordata, che per l'adozione dei suoi atti regolatori l'Autorità è obbligata ad attenersi ad una specifica procedura, prima di consultazione di tutti i destinatari di tali atti e poi di sottoposizione della sua proposta di atto al controllo della Commissione europea e del BEREC: procedura che verrebbe evidentemente pretermessa qualora si ammettesse che obblighi di regolazione possano essere autonomamente stabiliti in sede di risoluzione delle controversie ⁷⁵.

Pur con le limitazioni ora esposte, la rilevanza della disciplina che si sta qui analizzando rispetto al regime complessivo dei contratti di comunicazione elettronica appare notevole. Essa implica di fatto che il regolatore settoriale non intervenga solo per dettare preventivamente le regole a cui gli operatori devono attenersi nel negoziare tali contratti ma anche per definire in concreto come quelle regole, combinandosi con la disciplina generale del codice civile, incidono sulle vicende negoziali.

La casistica relativa alle decisioni dell'AGCOM offre al riguardo molteplici esempi: sia che si tratti di stabilire se ricorre o meno l'obbligo per un operatore di concludere con un'altra impresa un contratto di accesso o di interconnessione, sia che si tratti di applicare le misure relative al prezzo contrattuale o ad altri elementi del contenuto del contratto o, ancora, di definire le conseguenze derivanti dalla mancata osservanza degli obblighi posti dalla regolazione *ex ante* (o dal mancato adeguamento ai medesimi), l'Autorità opera inevitabilmente – e talora, come si vedrà nel prosieguo, assai creativamente – come interprete non soltanto di tali obblighi regolatori ma anche delle pattuizioni negoziali e dell'integrazione tra disciplina generale e regolazione settoriale ⁷⁶.

71 V. ancora nello stesso senso S. LUCATTINI, *op. cit.*, p. 217, il quale osserva tra l'altro che «l'accentuata connotazione regolatoria dei rimedi offerti dalle autorità può violare l'affidamento degli operatori. Se, infatti, il regolatore si limita a chiarire, interpretare, specificare regole generali, l'affidamento non è in discussione [...] Se, invece, il regolatore trae spunto dalla risoluzione di controversie intersoggettive per introdurre nuove regole, allora l'affidamento è a rischio».

72 V. ad esempio le delibere 111/11/CIR e 116/12/CIR.

73 V. ancora Cons. Stato, VI, n. 4888/2007, cit.

74 A cui fa in particolare riferimento il Consiglio di Stato nella già ricordata sentenza n. 4888/2007.

75 Sul tema v., in termini più generali, P. MORRIS-B. YANDLE-A. DORCHAK, *Choosing How to Regulate*, in *Harvard Environmental Law Review*, 2005, p. 188 ss., in part. p. 203 ss.

76 Si vedano ancora, tra le decisioni più significative dell'AGCOM, le delibere 14/06/CIR, 111/11/CIR, 115/12/CIR e 116/12/CIR.

La decisione dell'Autorità, che è a tutti gli effetti – coerentemente con quanto si è sopra osservato – un atto amministrativo, è vincolante per le parti, cosicché l'inottemperanza alla stessa espone gli operatori interessati al rischio di subire la comminazione di sanzioni da parte dell'Autorità⁷⁷; ed è peraltro, e naturalmente, impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, che ha al riguardo giurisdizione esclusiva⁷⁸.

La previsione – e la concreta attivazione – delle procedure di risoluzione delle controversie affidate al regolatore settoriale ha dunque anche l'effetto di spostare in parte la competenza giurisdizionale sui contratti di comunicazione elettronica dal giudice civile al giudice amministrativo, con ovvie e rilevanti conseguenze sulle azioni esperibili, sullo svolgimento del giudizio e sui poteri del giudice.

4. I contratti di utenza

La regolazione dei contratti di utenza relativi alle comunicazioni elettroniche s'inserisce nel quadro di una disciplina finalizzata a garantire «*la disponibilità [...] di servizi di buona qualità accessibili al pubblico attraverso una concorrenza efficace e un'effettiva possibilità di scelta, nonché [a] disciplinare i casi in cui le esigenze degli utenti finali non sono adeguatamente soddisfatte mediante il mercato*»⁷⁹.

Come per i contratti di accesso e di interconnessione, il modello di regolazione definito per i rapporti di utenza dalle fonti comunitarie e nazionali, pur non discostandosi fortemente da quello applicato (a valle della liberalizzazione dei relativi mercati) per gli altri servizi di interesse economico generale⁸⁰, esprime peraltro la più accentuata connotazione concorrenziale che è propria del settore delle comunicazioni elettroniche.

Qui, più che in altri settori, la protezione accordata agli utenti mira fondamentalmente a ridurre le asimmetrie informative e di potere negoziale degli stessi nei confronti dei fornitori⁸¹ e non a sostituire le dinamiche di mercato – e in particolare quelle inerenti ai prezzi dei servizi – con misure di stampo finalistico o comunque imperativo. Dato che nelle comunicazioni elettroniche un'effettiva concorrenza può sicuramente esserci – e in effetti, in molti dei segmenti in cui il relativo mercato si articola, si è già affermata –, la regolazione dei rapporti di utenza può tendenzialmente limitarsi ad intervenire per correggere taluni squilibri di partenza – per ristabilire (o per creare) il “contradditt-

77 V. l'art. 1, comma 31, legge n. 249/1997.

78 Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. I), del Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010).

79 Così l'art. 1, comma 1, della direttiva 2002/22/CE (c.d. direttiva sul servizio universale), come modificata e integrata dalla direttiva 2009/136/CE.

80 In generale sul nuovo modello di disciplina dei contratti di utenza, affermatosi nei settori relativi ai servizi di interesse economico generale dopo l'avvio dei relativi processi di apertura alla concorrenza, v. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., in part. p. 223 ss.; ID., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 145 ss.; L. MANCINI, *I contratti di utenza pubblica*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 113 ss.

81 Si vedano al riguardo le considerazioni svolte dal TAR Lazio, Roma, III-ter, nelle due sentenze 1 giugno 2009, nn. 5360 e 5361.

torio paritario” tra i soggetti del mercato⁸² –, per poi lasciare uno spazio significativo all’autonomia negoziale delle parti⁸³, sia pure sotto la vigilanza del regolatore settoriale. Solo laddove operi il servizio universale – com’è ben noto, rivolto a garantire la fruizione di servizi ritenuti essenziali da parte di chiunque vi abbia interesse, indipendentemente dalle sue condizioni economiche e dalla sua collocazione geografica⁸⁴ – la regolazione si fa più stringente e può spingersi sino a definire autoritativamente i prezzi che l’impresa o le imprese designate come fornitori dello stesso devono rispettare⁸⁵.

A livello comunitario, la regolazione dei contratti di utenza inerenti alle comunicazioni elettroniche, che ovviamente si combina con la disciplina generale dettata dal codice civile e dal codice del consumo, è contenuta essenzialmente nella direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti, come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del 25 novembre 2009. Tale disciplina è stata trasposta nell’ordinamento italiano all’interno del Codice delle Comunicazioni Elettroniche (approvato, come si è già visto, con il d.lgs. n. 259/2003), ovviamente anch’esso recentemente modificato ed integrato⁸⁶.

Rilevanti per la normazione dei contratti qui considerati sono però anche i principi generali enunciati nella legge n. 481/1995, che ad essi si applicano salvo contrasto con specifiche norme di settore⁸⁷, nonché le regole introdotte con il d.l. n. 7/2007 (convertito con la legge n. 40/2007)⁸⁸.

Gli elementi essenziali di tale regolazione possono essere riassunti nei termini che seguono.

In primo luogo, viene riconosciuto non solo ai consumatori ma a tutti gli utenti finali che ne facciano richiesta il diritto di stipulare contratti con le «*imprese che forniscono servizi di connessione ad una rete di comunicazione pubblica o servizi di comunicazione elettronica accessibile al pubblico*»⁸⁹. A tale diritto corrisponde – sembra necessariamente corrispondere – l’obbligo delle imprese in questione di contrarre con gli utenti che ne facciano richiesta.

Di tale contratto di utenza la regolazione identifica il contenuto minimo, che attiene in particolare all’esatta indicazione dei servizi forniti e dei livelli di qualità offerti, dei prezzi applicati e della durata del contratto (e alle modalità di

82 Secondo la ben nota tesi di F. MERUSI, espressa in molti lavori, tra cui *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000.

83 In tal senso v. ad esempio in giurisprudenza TAR Lazio, III-ter, 5 luglio 2010, n. 22499.

84 Sul servizio universale v. in generale, in dottrina, M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 180 ss.; G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Giuffrè, Milano, 2002. Con riferimento alle comunicazioni elettroniche v. G.F. CARTEI, *La disciplina del servizio universale*, in M. CLARICH-G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 277 ss.; F. DONATI, *L’ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, cit., p. 161 ss.; F. BRUNO-G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, cit., p. 613 ss.; F. LATTANZI-F. CANTELLA, *Il servizio universale*, in F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 109 ss.; M. LIBERTINI, *Cosa resta del servizio universale nelle comunicazioni elettroniche*, in *Federalismi.it*, 15/2009.

85 Al riguardo v. gli art. 53 ss. del CCE e in particolare l’art. 59.

86 V. il d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70.

87 Per la persistente applicabilità di tale legge nel settore delle comunicazioni elettroniche v. ad esempio Cons. Stato, III, 12 aprile 2013, n. 2009.

88 Significative sono in particolare – come si avrà modo di vedere *infra*, al par. 4.1 – le regole dettate nell’art. 1 di tale decreto legge, relative tra l’altro all’istituto del recesso dai contratti in esame.

89 V. l’art. 70, comma 1, del CCE. E v. anche gli artt. 4 e 20 della direttiva 2002/22/CE.

cessazione del medesimo)⁹⁰, affidando poi esplicitamente all'AGCOM il compito di vigilare sul rispetto di tali prescrizioni⁹¹.

Specifica e ampia attenzione è anche ovviamente prestata alle informazioni che le imprese hanno l'obbligo di pubblicare o comunque di fornire agli utenti: talune di esse sono direttamente individuate dalla legge (ciò vale in particolare per i prezzi applicati, per le eventuali commissioni per la risoluzione del contratto e per le condizioni generali in materia di accesso e di uso dei servizi)⁹², mentre altre devono⁹³ o possono⁹⁴ essere imposte dall'Autorità.

Tali informazioni – che devono essere «*trasparenti, comparabili, adeguate e aggiornate*» – possono riguardare anche la qualità dei servizi offerti nonché i parametri utilizzati per misurarla: riguardo alla quale è d'altra parte previsto che «*per impedire il degrado del servizio e la limitazione o il rallentamento del traffico di rete, l'Autorità può imporre prescrizioni in materia di qualità minima del servizio*», con l'obbligo peraltro di fornire alla Commissione europea (e poi anche al BEREC) «*con largo anticipo rispetto alla fissazione delle prescrizioni, [...], una sintesi delle ragioni alla base dell'intervento, le misure previste e l'impostazione proposta*»⁹⁵.

Si noti, in proposito, che, in forza della disciplina generale dettata dalla legge n. 481/1995, potrebbe astrattamente sostenersi che l'AGCOM abbia il potere di emanare «*direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente*»⁹⁶.

Appare tuttavia assai dubbio che tale previsione generale possa trovare oggi applicazione nel settore delle comunicazioni elettroniche: la normativa speciale sopra richiamata, sia nazionale che europea⁹⁷, consente infatti all'Autorità di intervenire per fissare direttamente gli *standards* di qualità del servizio soltanto in presenza di specifici presupposti (il pericolo di degrado del servizio o di limitazione del traffico), la cui effettiva ricorrenza è soggetta al controllo preventivo degli organi comunitari.

Sembra invece applicabile anche ai rapporti di utenza inerenti alle comunicazioni elettroniche la disposizione, dettata dall'art. 2, comma 12, lett. g) della legge n. 481/1995, che affida in generale alle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità il potere di determinare «*i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente*». Tale disposizione non è infatti in alcun modo smentita dalla regolazione di settore e anzi trova in essa – a livello sia comunitario che nazionale – un'esplicita conferma⁹⁸.

90 V. ancora l'art. 70, comma 1, del CCE e l'art. 20 della citata direttiva 2002/22/CE.

91 Art. 70, comma 2, del CCE.

92 V. l'art. 71, comma 1, del CCE.

93 V. il secondo comma dell'art. 71 del CCE, per il quale «*l'Autorità promuove la fornitura di informazioni che consentano agli utenti finali e ai consumatori di valutare autonomamente il costo di modalità d'uso alternative, anche mediante guide interattive*».

94 V. l'art. 71, comma 2-bis, del CCE.

95 V. l'art. 72, commi 2-bis e 2-ter. Si veda anche al riguardo l'art. 22, comma 3, della direttiva 2002/22/CE, come modificato dalla direttiva 2009/136/CE del 25 novembre 2009.

96 Così recita, com'è noto, l'art. 2, comma 12, lett. h), legge n. 481/1995. Nel senso della (persistente) applicabilità di tale norma anche nel settore delle comunicazioni elettroniche v. (sia pure con affermazioni espresse solo incidentalmente) TAR Lazio, II, 13 dicembre 2011, n. 9710.

97 V. ancora l'art. 72, comma 2-bis, del CCE e l'art. 22/3 della direttiva 2002/22/CE.

98 V. infatti l'art. 84 del CCE, secondo cui l'AGCOM, nel disciplinare le procedure extragiuri-

Come si è già sopra anticipato, fatta salva l'eccezione dei servizi soggetti allo statuto del servizio universale⁹⁹, la legislazione tanto comunitaria quanto nazionale non prevede interventi tariffari del regolatore settoriale: il contenimento dei prezzi è in linea generale affidato alle dinamiche concorrenziali¹⁰⁰, e la disciplina di settore cerca piuttosto di promuovere e di favorire le medesime sia con l'imposizione degli obblighi informativi sopra richiamati sia attraverso misure dirette a semplificare il passaggio dell'utente da un fornitore ad altro più conveniente.

Significativo, sotto quest'ultimo profilo, è anzitutto l'art. 80 del CCE, che, in linea con quanto previsto dalla normativa comunitaria e all'esplicito scopo di «*agevolare il cambiamento di fornitore*», detta una serie di disposizioni volte a consentire (e a rendere agevole sul piano fattuale) la portabilità del numero in caso di trasferimento da un operatore di comunicazione ad un altro¹⁰¹.

A questa stessa finalità, ma in una prospettiva e in una logica parzialmente differenti da quella propria della disciplina di matrice comunitaria, rispondono anche le norme dettate dal legislatore italiano in tema di recesso.

Al riguardo, le prescrizioni più rilevanti non sono contenute nel CCE (che sul punto si limita a prevedere che l'utente può recedere dal contratto «*senza penali né costi di disattivazione*» qualora «*non accetti le modifiche delle condizioni contrattuali da parte delle imprese*»¹⁰², bensì nella disciplina speciale introdotta con l'art. 1, comma 3, del decreto legge n. 7/2007.

Secondo tale norma, i contratti per adesione stipulati con operatori di comunicazione elettronica devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore «*senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore*» e non possono imporre un preavviso superiore a trenta giorni. Le clausole difformi sono nulle.

La finalità di promuovere una concorrenza effettiva si traduce qui in una disposizione che prevede una deroga non lieve all'ordinaria disciplina codicistica, consentendo agli utenti di liberarsi dal vincolo contrattuale in qualsiasi momento e per qualsiasi ragione (e quindi anche per il solo fatto che sul mercato è rinvenibile un'offerta più vantaggiosa).

Tale deviazione rispetto alle regole generali intese a tutelare l'affidamento contrattuale – non per caso, come si è detto, prevista dal legislatore italiano ma non da quello europeo – risulta poi ancora più accentuata, e in definitiva più opinabile, se si considera l'applicazione che di tale disciplina è stata fatta

diziali di risoluzione delle controversie, deve tra l'altro prevedere «*nei casi giustificati, un sistema di rimborso o di indennizzo*», nonché, in termini analoghi, l'art. 34 della direttiva 2002/22/CE. Nel senso indicato nel testo v. anche, con articolata motivazione, TAR Lazio, II, n. 9710/2011, cit.; e Cons. Stato, III, 12/4/2013, n. 2009.

99 Per tale statuto v. gli artt. 53 ss. del CCE e la direttiva 2002/22/CE (nel testo modificato ed integrato dalla direttiva 2009/136/CE). In dottrina v. gli Autori citati sopra alla nota 83.

100 V. peraltro l'art. 1 del d.l. n. 7/2007 (convertito con legge n. 40/2007) che «*al fine di favorire la concorrenza e la trasparenza delle tariffe, di garantire ai consumatori finali un adeguato livello di conoscenza sugli effettivi prezzi del servizio, nonché di facilitare il confronto tra le offerte presenti sul mercato*» vieta alle imprese «*l'applicazione di costi fissi e di contributi per la ricarica di carte prepagate, [...], aggiuntivi rispetto al costo del traffico telefonico o del servizio richiesto*».

101 La norma recepisce la disciplina dettata dall'art. 30 della direttiva 2002/22/CE, come modificato dalla direttiva 2009/136/CE. Si noti che al fine di disciplinare la portabilità del numero in caso di cambio di fornitore le imprese interessate stipulano nella prassi appositi accordi quadro.

102 Così l'art. 70, comma 4.

dal regolatore settoriale, in parte con l'avallo della giurisprudenza amministrativa.

È bene, al riguardo, formulare qualche considerazione più specifica, perché sembra qui emergere con chiarezza uno snodo cruciale nel rapporto tra regolazione settoriale e disciplina generale dei contratti, che va anche al di là dell'ambito dei rapporti di utenza.

4.1. L'allocazione dei costi da recesso tra promozione della concorrenza e tutela dell'affidamento contrattuale

Come già riferito, la norma del decreto n. 7/2007 prevede – con una prescrizione che appare in sé del tutto ragionevole e condivisibile – che il recesso non possa comportare per l'utente altre spese oltre a quelle giustificate dai costi sostenuti dall'operatore.

Tra le diverse questioni che l'attuazione di tale disposizione comportava vi era anche quella di stabilire se l'operatore che subisce il recesso possa chiedere il rimborso dei soli costi sostenuti a causa e al momento della disattivazione del contratto oppure anche di quelli affrontati in precedenza per attivare il medesimo (in particolare, per installare l'apparecchiatura necessaria per fruire del servizio).

L'AGCOM aveva ritenuto che la soluzione più coerente con la finalità concorrenziale della norma da applicare fosse la prima, pur se questo inevitabilmente comportava l'irrecuperabilità, in caso di recesso, di una parte dei costi effettivamente sostenuti dall'operatore, e l'aveva quindi imposta alle imprese interessate ¹⁰³.

Il giudice amministrativo, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di tale soluzione, l'ha pienamente avallata, sulla base della considerazione che la disposizione in questione sarebbe stata inequivoca «*nell'autorizzare l'operatore a chiedere all'utente, che recede anticipatamente, il rimborso delle sole spese effettivamente affrontate per la disattivazione dell'impianto e in funzione della stessa*», e che, d'altro canto, l'opposta interpretazione sarebbe risultata in contrasto con la *ratio* della norma, che, allo scopo di evitare effetti di *retention* del cliente, avrebbe voluto tenere indenne l'operatore delle sole spese vive sostenute a seguito del recesso ¹⁰⁴.

Quanto al danno che tale soluzione comporta per le imprese, alle quali viene così impedito il recupero delle somme investite all'atto dell'instaurazione del rapporto contrattuale, esso, secondo tale prospettazione, sarebbe dalle stesse facilmente evitabile chiedendo all'utente, al momento della sottoscrizione del contratto, «*il pagamento immediato di tutto quanto attiene all'instaurazione del servizio*», e quindi rinunciando a strategie commerciali finalizzate ad «*attirare i potenziali clienti, e a non scoraggiarli ponendoli di fronte ad un prezzo di accesso elevato*» ¹⁰⁵.

È agevole rilevare che dei tre argomenti addotti dalla sentenza qui considerata a sostegno dell'opzione interpretativa ritenuta preferibile, il primo e l'ultimo hanno assai ridotta consistenza: la formulazione testuale della norma faceva in-

¹⁰³ V. la delibera 484/98/CONS del 29 luglio 2008, recante l'ordine ad un operatore di «*adempiere agli obblighi di cui all'art. 1, comma 3, l. 2 aprile 2007 n. 40 in tema di costi di recesso*».

¹⁰⁴ V. TAR Lazio, Roma, III-ter, 1° giugno 2009, n. 5360.

¹⁰⁵ V. ancora TAR Lazio, III-ter, n. 5360/2009.

fatti generico riferimento ai costi dell'operatore, senza contenere alcun indice che di per sé legittimasse la lettura restrittiva dell'AGCOM e del giudice¹⁰⁶; e d'altra parte è chiaro che la possibilità per le imprese di evitare di perdere, in caso di recesso anticipato, i costi affrontati in sede di attivazione del rapporto esigendo sin da subito dagli utenti i relativi pagamenti sussisteva solo per il futuro e non anche per i contratti già in essere al momento dell'entrata in vigore di tale disciplina.

L'unica argomentazione che resiste ad un'analisi appena attenta è quella di ordine finalistico: se la disciplina sul recesso anticipato mira a rendere agevole per gli utenti il passaggio dall'uno all'altro fornitore per finalità pro-competitive oppure anche a consentire agli stessi, in una logica più protettiva (o paternalistica), di sciogliersi anticipatamente da vincoli contrattuali assunti in posizione di debolezza negoziale¹⁰⁷, prevedere che essi debbano rimborsare all'atto del recesso anche i costi iniziali del fornitore potrebbe in effetti avere un effetto dissuasivo, ostacolando la loro uscita dal rapporto contrattuale.

Sennonché, non sembra che, nel ponderare tale implicazione alla luce degli obiettivi perseguiti dal legislatore, il giudice potesse omettere di considerare che, in quanto applicata ai contratti in corso, la soluzione prescelta dall'AGCOM comportava una deroga rilevante ai principi codicistici, e *in primis* del principio secondo cui nei contratti a esecuzione continuata il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite¹⁰⁸.

La lesione dell'affidamento contrattuale nel recupero, nei tempi e nei modi previsti consensualmente, dei costi sostenuti per l'esecuzione del contratto appare qui evidente. L'applicazione retroattiva della nuova regola incide ovviamente su tale affidamento: e risulta assai poco convincente l'affermazione – formulata, del resto, in termini apodittici – secondo cui «*nel caso di prestazioni a carattere continuativo, [...], il divieto di retroattività si pone con riferimento agli effetti già esauriti al momento dell'entrata in vigore della legge innovativa, e non a quelli che insorgono in data successiva, e quindi non per le richieste di recesso anticipato presentate dopo detta data, per le quali è immediatamente operante la nuova disciplina*»¹⁰⁹. Non si vede infatti come sia possibile non far rientrare tra gli “effetti esauriti” del rapporto i costi che un operatore abbia sostenuto prima dell'introduzione della nuova regolazione.

Aldilà del caso specifico, emerge qui un tema di fondo del rapporto tra regolazione e contratti, su cui si dovrà tornare nella parte finale di questo lavoro: quello della regolazione *supervenienti* e della sua applicabilità ai rapporti contrattuali in corso.

Senza anticipare le considerazioni che tra breve si formuleranno, appare solo opportuno sin da ora rilevare che l'orientamento del regolatore settoriale e del giudice amministrativo che emerge dalla questione dell'allocatione dei costi del recesso sembra chiaramente incline a far prevalere esigenze di ordi-

¹⁰⁶ Come già riferito nel testo, l'art. 1, comma 3, d.l. n. 7/2007 prevedeva, infatti, soltanto che il recesso dovesse avvenire «*senza spese non giustificate da costi dell'operatore*», e quindi senza precisare in alcun modo quali fossero i costi a tal fine rilevanti.

¹⁰⁷ Tale diversa ratio della norma sul recesso è evocata in un passaggio della sentenza del TAR Lazio che si commenta, ove si afferma che la finalità sottesa al decreto Bersani è di «*tutelare l'utente, parte debole del contratto di adesione in quanto privo di un significativo potere di negoziazione, che degrada alla mera accettazione di clausole predisposte unilateralmente dal contraente forte*».

¹⁰⁸ È ben noto che tale regola è posta dall'art. 1373, comma 2, c.c.

¹⁰⁹ V. ancora TAR Lazio, n. 5360/2009.

ne funzionale – di promozione della concorrenza e di protezione degli utenti – rispetto a quelle di garanzia dell'affidamento derivante in capo alle imprese dalla stipula di contratti – pur se i medesimi erano di per sé del tutto conformi alla disciplina vigente al momento della loro conclusione ¹¹⁰.

4.2. La risoluzione stragiudiziale delle controversie tra operatori e utenti

Come per i contratti di accesso e di interconnessione sopra analizzati, anche per quelli di utenza la regolazione settoriale relativa alla comunicazioni elettroniche prevede procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie ¹¹¹.

L'art. 84 del CCE affida infatti all'AGCOM il compito di adottare procedure extragiudiziali «trasparenti, non discriminatorie, semplici e poco costose per l'esame delle controversie [...] inerenti alle condizioni contrattuali o all'esecuzione dei contratti riguardanti la fornitura» di reti o servizi di comunicazione elettronica ¹¹².

Ricordato che anche in questa materia, come in generale per tutti gli atti (dell'AGCOM e anche del Ministero dello Sviluppo Economico) su «questioni attinenti ai diritti degli utenti finali e dei consumatori in materia di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico», l'Autorità deve porre in essere procedure di consultazione pubblica ¹¹³, occorre sottolineare che rispetto a quanto previsto per la risoluzione delle controversie tra operatori emergono qui significative diversità di disciplina.

La prima di tali differenze riguarda l'ambito di operatività delle procedure in questione: mentre nel caso dei contratti di accesso e di interconnessione, come si è visto in precedenza, esse possono trovare applicazione solo relativamente a questioni almeno indirettamente concernenti prescrizioni regolatorie (non quindi per quelle di carattere esclusivamente contrattuale), viceversa rispetto ai rapporti di utenza tutte le controversie «inerenti alle condizioni contrattuali o all'esecuzione dei contratti» possono – come si è appena ricordato – essere oggetto delle stesse.

¹¹⁰ Si deve peraltro ricordare che con una sentenza adottata lo stesso giorno di quella sopra considerata la stessa sezione III-ter del TAR Lazio ha invece annullato l'atto con cui l'AGCOM aveva imposto ad un operatore, nel caso di recesso anticipato dell'utente, di tenere fermi gli sconti in precedenza accordati al medesimo: v. TAR Lazio, III-ter, n. 5361/2009. Sullo stesso tema v. anche TAR Lazio, III, 27 febbraio 2008, n. 1775, e Cons. Stato, III, 5 aprile 2011, n. 2122.

¹¹¹ V. al riguardo in dottrina M. CLARICH, *La tutela degli utenti tra rimedi amministrativi e giurisdizionali*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 221 ss.; F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, cit., p. 215 ss.; S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, cit., in part. p. 125 ss.; E. MINERVINI, *La risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica ed utenti finali*, in F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 299 ss.; I. PAGNI, *Le controversie tra gli operatori di comunicazioni elettroniche e gli utenti*, in G. MORBIDELLI-F. DONATI (a cura di), *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 149 ss.; A.M. MARZOCCO, *Le controversie in materia di comunicazioni elettroniche*, DIKE Giur. Ed., Roma, 2012.

¹¹² Tale competenza dell'Autorità era già prevista dall'art. 1, commi 11-13, legge n. 249/2007, che è del resto esplicitamente richiamato dall'art. 84 del CCE ed è tuttora vigente. Il regolamento dell'Autorità attualmente vigente è quello approvato con delibera 173/07/CONS, successivamente modificato con delibere 95/08/CONS, 502/08/CONS, 479/09/CONS e 597/11/CONS.

¹¹³ V. al riguardo l'art. 83 del CCE.

Una seconda fondamentale differenza attiene al fatto che le procedure relative alle controversie tra operatori e utenti hanno una struttura bifasica, e cioè si articolano necessariamente in una prima fase – obbligatoria – in cui viene esperito un tentativo di conciliazione tra le parti e in una seconda fase – meramente eventuale – in cui, fallito il tentativo di conciliazione, la controversia può essere sottoposta alla decisione vincolante dell'AGCOM¹¹⁴.

Il previo esperimento del tentativo di conciliazione è, appunto, obbligatorio per poter poi procedere in sede giurisdizionale¹¹⁵ e dunque dà vita ad un'ipotesi di giurisdizione condizionata: di cui, com'è opportuno sottolineare, la Corte Costituzionale ha già esplicitamente riconosciuto la legittimità costituzionale, sia pure precisando che la condizione di procedibilità (o di proponibilità) che ad esso si ricollega non riguarda la possibilità di ottenere dal giudice misure cautelari¹¹⁶.

Deve anche notarsi che la suddetta fase di conciliazione si svolge in modo decentrato presso i comitati regionali per le comunicazioni (i c.d. Co.re.com)¹¹⁷ o anche, in alternativa, dinanzi alle camere di conciliazione istituite presso le camere di commercio o altri organismi equivalenti¹¹⁸. L'organismo di conciliazione non ha compiti propriamente decisori (si limita cioè in linea generale a promuovere il raggiungimento di un'intesa tra operatore ed utente), ma può adottare provvedimenti temporanei a favore degli utenti¹¹⁹.

Laddove il tentativo di conciliazione dia esito negativo, le parti possono rivolgersi alternativamente all'autorità giudiziaria (ordinaria) o all'AGCOM¹²⁰, davanti a cui, in tale ipotesi, si svolge la seconda fase della procedura di risoluzione extragiudiziale della controversia, sempre che la stessa non rientri tra quelle delegate dall'Autorità ai Co.re.com.

In tale fase l'AGCOM o i Co.re.com intervengono con funzioni decisorie e quindi risolvono la controversia con un atto vincolante per le parti, la cui inosservanza può implicare la comminazione di sanzioni e che può d'altro canto essere impugnato davanti al giudice amministrativo¹²¹.

Permangono comunque anche qui significative differenze rispetto alla disciplina, sopra considerata, relativa alle controversie tra operatori, perché né l'Autorità né tanto meno i Co.re.com operano in questa sede come regolatori,

114 V. l'art. 1, comma 11, legge n. 249/2007.

115 V. ancora il comma 11 dell'art. 1 della legge n. 249, secondo cui «non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità».

116 V. Corte cost., 30 novembre 2007, n. 403. Si veda anche, in senso analogo, Corte Giustizia, 18 marzo 2010, in cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08. In dottrina v. M. CLARICH, *La tutela degli utenti tra rimedi amministrativi e giurisdizionali*, cit., p. 233; S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, cit., p. 128 ss.; A.M. MARZOCCO, *Le controversie in materia di comunicazioni elettroniche*, cit., *passim*.

117 I Comitati, la cui costituzione è affidata a leggi regionali, sono sul piano funzionale organi dell'AGCOM, ma svolgono sia funzioni conferite da leggi regionali sia funzioni delegate dall'Autorità.

118 L'elenco dei soggetti davanti a cui può essere proposto il tentativo di conciliazione è contenuto nell'art. 13 del regolamento dell'AGCOM di cui alla delibera 173/07/CONS. V. anche S. LUCATTINI, *op. cit.*, p. 130.

119 V. in tal senso l'art. 21 del Regolamento approvato con la delibera 173/07/CONS.

120 V. gli artt. 14 ss. del regolamento approvato con la delibera 173/07/CONS.

121 Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. I), del Codice del processo amministrativo, com'è noto, spetta al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sui provvedimenti anche sanzionatori dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

svolgendo invece essi in quest'ambito un ruolo esclusivamente giustiziale. Non si pongono quindi qui i rischi insiti nella commistione tra i due ruoli, e in particolare il pericolo che l'occasione offerta dalla risoluzione di una controversia sia utilizzata per porre regole non definite *ex ante*, che si sono visti essere invece presenti nel caso delle procedure inerenti ai contratti di accesso e di interconnessione.

5. Regolazione dei contratti di comunicazione elettronica e principio di legalità

Anche nel settore delle comunicazioni elettroniche, come per gli altri mercati in cui opera un regolatore indipendente, non può non porsi il tema cruciale del rapporto tra poteri amministrativi di regolazione e principio di legalità.

Se ed in che misura un'autorità indipendente di regolazione possa legittimamente introdurre a carico di soggetti privati vincoli e prescrizioni non puntualmente previsti in una norma di legge, e se, d'altro canto, il legislatore possa legittimamente conferire ad una tale autorità poteri suscettibili di tradursi in vincoli e prescrizioni per i privati senza definire con esattezza presupposti, contenuto ed effetti dei medesimi, sono questioni sulle quali dottrina e giurisprudenza si sono in questi anni ripetutamente interrogate, senza peraltro pervenire – a quanto sembra – a conclusioni sufficientemente condivise e consolidate¹²².

Tali questioni riguardano qualunque potere amministrativo di regolazione, attinente al mercato nel suo complesso o all'attività od organizzazione dei soggetti che in esso operano, e concernono dunque anche i poteri di incidenza normativa o puntuale sui contratti. È lecito e opportuno chiedersi se l'AGCOM, come qualunque altro regolatore settoriale, possa imporre ad uno o più operatori di concludere un contratto o di tenere una data condotta negoziale o ancora di inserire in contratto determinate clausole solo se ed in quanto a ciò sia espressamente e specificamente autorizzata dal legislatore, ovvero se basti a tale scopo una generale attribuzione di competenza su una data materia, sia pure accompagnata dall'indicazione dei fini da perseguire, oppure addirittura se non occorra nemmeno quell'attribuzione di competenza materiale e sia già solo sufficiente la funzionalità di tali prescrizioni rispetto alla missione affidata ad esso dal legislatore.

Con riguardo alle comunicazioni elettroniche, tale questione è stata esplicitamente posta in sede giudiziale in diverse occasioni, in particolare con riferi-

¹²² Si vedano ancora N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., e ID., *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie*, in *Foro amm.-TAR*, 2002, p. 1898 ss.; ID., *Principio di legalità e principio di certezza del diritto a confronto nella regolazione amministrativa dei servizi di interesse economico generale*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 157 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., nonché V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 75 ss., in part. p. 96 ss.; F. MERUSI, *Democrazia e amministrazioni indipendenti*, cit., pp. 29 ss. e 72 ss.; ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, 2007, 65 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi a rete*, cit., p. 124 ss. V. anche ora, con specifico riferimento ai poteri di regolazione destinati ad incidere sul contratto, D. SIMEOLI, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, cit., par. 9.

mento ai contratti di utenza 123. Appare d'altro canto indubbio, anche alla luce dell'esperienza relativa ad altri settori, che essa possa venire in rilievo pure per i contratti di accesso e di interconnessione.

Non risolve il problema, com'è opportuno chiarire nuovamente, la circostanza già rilevata che anche nel settore qui esaminato gli atti di regolazione debbano essere obbligatoriamente assunti all'esito di una procedura di *notice and comment*, nel corso della quale l'Autorità deve sottoporre al mercato nel suo complesso o ai singoli destinatari il contenuto del provvedimento che intende assumere e poi motivare in merito alle osservazioni formulate dagli interessati 124. Per quanto tale vincolo procedurale sia stato introdotto o precisato nei suoi contenuti dalla giurisprudenza, anche in settori dove non era all'epoca previsto dalla legge, allo scopo esplicito di compensare con il rafforzamento della legalità procedimentale l'attenuazione del vincolo della legalità sostanziale 125 – riscontrabile in tutti o quasi i settori in cui opera un regolatore indipendente 126 –, l'esigenza di porre qualche limite ai regolatori (e al legislatore) anche in ordine ai meccanismi di attribuzione e di definizione dei poteri di carattere autoritativo indubbiamente permane.

Ciò precisato, deve rilevarsi che ancora oggi risultano presenti in dottrina e in giurisprudenza, relativamente al tema ora in esame, almeno tre diversi indirizzi interpretativi.

Il primo è quello che adotta una concezione rigorosa del principio di legalità sostanziale e dunque ritiene che ogni potere autoritativo della pubblica amministrazione debba trovare il proprio fondamento diretto o indiretto in una norma di legge formale espressa e sufficientemente precisa: *«il fatto che un potere (e la conseguente facoltà di imporre agli amministrati una certa prestazione attiva o passiva) possa essere considerato come necessario per il miglior soddisfacimento dell'interesse che ha indotto il legislatore a dare vita ad una determinata autorità, non può rappresentare ragione sufficiente per opinare che tale potere possa essere legalmente esercitato in assenza di una norma attributiva ed al di fuori dei confini tratteggiati dalle disposizioni attributive ed effettivamente esistenti»* 127.

123 V. in particolare TAR Lazio, Roma, II, n. 9710/2011, cit., e Cons. Stato, III, n. 2009/2013, cit. Ma v. anche TAR Lazio, Roma, III-ter, n. 5360/2009, cit. E v. anche, recentemente, le importanti ordinanze del TAR Lazio 26 settembre 2014, nn. 10020/2014 e 10016/2014, nella materia (che non attiene direttamente ai profili di ordine contrattuale) della tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

124 V. sopra i parr. 3.1 e 4.

125 In tal senso v. ad esempio la fondamentale sentenza Cons. Stato, VI, n. 7972/2006, cit., nonché Cons. Stato, VI, n. 4558/2009 e n. 4908/2009, entrambe in materia di atti dell'AGCOM e già sopra citate.

126 Come osserva TAR Lombardia, III, 14 marzo 2013, n. 683, *«è comune rilevare come il legislatore, nel conferire ai regolatori competenze generali, si limiti sovente alla scarna individuazione degli obiettivi da perseguire e dei valori da tutelare, spesso affidandosi a nozioni tratte dalla letteratura economica. La scelta, inверatasi nella vaghezza dei principi direttivi e nella mancata specificazione della tipologia attizia, di rimettere alle valutazioni discrezionali degli organismi in questione non solo la definizione pressoché integrale dei meccanismi di funzionamento del settore, ma finanche la scelta degli specifici strumenti operativi, rende evidente la "torsione" cui è sottoposto il paradigma della legalità, nella declinazione afferente sia alla gerarchia delle fonti, sia alla distribuzione soggettiva dei poteri tra i diversi organi pubblici»*.

127 Così N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., p. 460. E v. anche dello stesso A., *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie*, cit.; nonché, nello stesso senso, V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 96, secondo cui *«che il potere normativo secondario debba essere supportato, nei diversi settori nei quali è previsto e*

È dunque da escludere, secondo tale impostazione, non solo che i regolatori indipendenti – come qualsiasi altra autorità amministrativa – possano esercitare poteri imperativi di amministrazione puntuale ovvero di carattere normativo non puntualmente previsti dal legislatore (pur se funzionali all'adempimento della loro missione istituzionale), ma anche che nell'esercizio dei secondi essi possano introdurre prescrizioni vincolanti per i privati che non siano in una certa misura già delineate dal legislatore 128.

Agli antipodi rispetto a tale orientamento vi è ovviamente la posizione di chi afferma che ai regolatori indipendenti possano essere riconosciuti anche poteri impliciti, cioè non tipizzati e nemmeno previsti da norme di legge ma strumentali alla realizzazione dei fini di interesse generale indicati dalla legge.

Si è così osservato che *«i mercati cui sono preposte le Autorità sono dalle stesse regolati sulla base dell'esercizio di poteri funzionali alle finalità stabilite dal Legislatore, senza necessità di una loro preventiva precisa predeterminazione, confliggendo l'invocata necessità del carattere prescrittivo del dettato normativo – che deve invece limitarsi a stabilire i poteri e le finalità dell'Autorità – con l'esigenza di consentire alle Autorità di perseguire i fini per i quali sono state istituite. Il modello cui si ispira la regolazione dei settori di competenza delle Autorità si basa, in sostanza, su norme di indirizzo che, stabiliti i poteri e le finalità delle Autorità, cui sono attribuiti i poteri pubblicistici di regolazione, si completano con gli interventi regolatori dalle stesse adottati volti a riempire di contenuto le finalità stabilite dalle norme, dettando le regole generali che, in esito al previsto procedimento che prescrive precise garanzie di partecipazione, appaiono le più idonee a regolare la fattispecie»* 129.

È infine presente in dottrina e in giurisprudenza un terzo orientamento interpretativo, intermedio tra i due precedentemente richiamati, che suggerisce di non op-

in capo a qualsiasi soggetto pubblico sia previsto (e a maggior ragione, si direbbe, laddove previsto in capo ad organizzazioni amministrative sottratte al potere di indirizzo dell'autorità politica), da adeguata base legislativa, non limitata alla mera previsione del potere [...] ma consistente di indicazioni specifiche circa l'oggetto, gli scopi ed interessi da curare, circa i presupposti per l'esercizio in concreto, circa gli spazi normativi da coprire, ecc. (insomma, ricco di prescrizioni sostanziali), è da ritenere pacifico». In giurisprudenza tale impostazione è accolta ad esempio da TAR Lombardia, II, 4 aprile 2002, n. 1331.

128 In tal senso v. TAR Lombardia, II, n. 1331/2002, cit., nonché N. BASSI, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie*, cit.

129 Così TAR Lazio, II, n. 9710/2011, cit. (sottolineature aggiunte), che osserva ancora che *«il potere normativo delle autorità indipendenti si esprime sia attraverso regolamenti che attuano i principi generali fissati dalla legge (avvicinandosi molto ai regolamenti esecutivi, di attuazione e completamento della disciplina legislativa) sia attraverso regolamenti (affini a quelli "indipendenti" del Governo) che si caratterizzano per un mero riferimento alla materia oggetto di regolamentazione o, al più, a concetti giuridici indeterminati o a finalità generali, con il solo limite, con riguardo all'ammissibilità di tali ultimi, che la materia regolata non sia sottoposta a riserva di legge e che nella stessa legge istitutiva dell'Autorità o comunque in altra fonte primaria (anche di livello comunitario) siano rinvenibili i criteri di fondo per l'esercizio del potere normativo dell'Autorità di regolazione»* (sottolineature aggiunte). Nello stesso senso v. anche, tra le altre, Cons. Stato, VI, 17 gennaio 2006, n. 3502. In dottrina, per una posizione in parte coincidente v. F. MERUSI, *Democrazia e amministrazioni indipendenti*, cit., pp. 29 ss. e 72 ss., e *Sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 65 ss., il quale peraltro riconduce il riconoscimento alle autorità indipendenti di regolazione di poteri anche impliciti e innominati, più che a pure e semplici esigenze di efficienza, alla convinzione che la regolazione indipendente realizzi una forma di tutela diretta della libertà di iniziativa economica e del principio di eguaglianza, garantita dalla normativa comunitaria, e si traduca in atti amministrativi sostitutivi di atti negoziali al fine di ristabilire il "contraddittorio paritario" tra i soggetti del mercato.

tare a priori per una concezione più o meno rigida del vincolo della legalità e di accogliere invece una soluzione diversificata in ragione delle differenti tipologie di poteri regolatori che vengono in rilievo e anche dello specifico ambito di regolazione a cui gli stessi si riferiscono 130.

In tale prospettiva, si è ritenuto innanzitutto necessario distinguere a seconda che si tratti di poteri destinati a tradursi in atti di carattere normativo (o comunque generale) oppure in provvedimenti autoritativi puntuali: per questi ultimi tale indirizzo accoglie anch'esso una concezione sostanziale del principio di legalità, e dunque esige che gli stessi siano puntualmente definiti dal legislatore ed esclude, correlativamente, che i regolatori settoriali possano introdurre obblighi e vincoli a carico di soggetti determinati e con riferimento a fattispecie specifiche in assenza di una puntuale base legislativa 131; per i primi esso ritiene viceversa necessario riconoscere più ampi margini di autonomia ai regolatori, e pertanto consentirgli di adottare anche singole prescrizioni non contemplate espressamente dalla legge, purché comunque espressione di poteri normativi ad essi inequivocabilmente attribuiti rispetto ad un oggetto determinato e conformi ai fini individuati dalla legge 132.

Sottesa a questo terzo e ultimo orientamento è evidentemente la convinzione che il bilanciamento tra istanze di garanzia e di democraticità proprie del principio di legalità ed istanze di efficienza nel perseguimento dei fini che la legge ha assegnato alle autorità indipendenti possa e debba condurre ad esiti differenti in rapporto agli specifici tratti funzionali e strutturali del potere regolatorio da esercitare e anche all'assetto di interessi definito dalla legge nei diversi ambiti.

Tale convinzione appare largamente condivisibile: come già altrove chiarito, l'applicazione di un rigido canone di legalità sostanziale, cioè di tipicità, ai poteri di carattere normativo può di fatto impedire al regolatore – assai più di quanto possa avvenire per i poteri di regolazione puntuale – di esercitare i medesimi in modo coerente con le finalità assegnategli dal legislatore 133; e, d'altra parte, sembra del tutto ragionevole che la garanzia offerta dal principio di legalità sia modulata (anche) in ragione del grado maggiore o minore di tutela che la legge offre agli interessi potenzialmente incisi dagli interventi regolatori.

Si consideri in particolare la regolazione diretta ad incidere sui contratti – che è ovviamente quella che deve essere qui più specificamente considerata e che d'altra parte ben consente di chiarire meglio significato ed implicazioni della soluzione appena delineata.

Al riguardo, non si può non riconoscere in primo luogo che nel ricostruire la portata del vincolo di legalità rispetto alle misure di conformazione contrattuale

130 In tal senso v. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit. In generale, sull'analogo orientamento seguito dalla giurisprudenza in ambiti diversi da quello della regolazione dei mercati (e dei contratti), v. A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 91 ss.. A questa impostazione appare in definitiva riconducibile anche TAR Lombardia, III, n. 683/2013, cit., su cui v. ampiamente nel testo.

131 Come afferma TAR Lombardia n. 683/2013, cit., «con riguardo all'esercizio di poteri puntuali ad effetto ablatorio e sanzionatorio, non si vede come si possa superare la valenza costituzionale del principio di generalizzata sottoposizione dell'azione amministrativa di tipo autoritativo a disposizioni legislative provviste di un livello sufficiente di tipizzazione».

132 V. G. MORBIDELLI, *op. loc. cit.*; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., p. 131 ss.

133 V. ancora, al riguardo, le considerazioni svolte in E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., p. 131 ss.

adottabili da un regolatore – e dunque anche dall'AGCOM – si deve attribuire adeguato rilievo anche alle norme generali dettate dal codice civile relativamente alla condotta pre-contrattuale delle parti e alla determinazione del contenuto contrattuale. Com'è stato da tempo evidenziato dalla dottrina, infatti, da tali norme è possibile desumere indicazioni sufficientemente chiare in ordine al rapporto tra autonomia negoziale e vincoli ad essa imponibili in via amministrativa; e alle stesse fanno riscontro altre disposizioni che disciplinano coerentemente con esse le conseguenze derivanti sul piano della validità del contratto dalla violazione di quei vincoli.

In particolare, secondo l'orientamento che appare prevalente in giurisprudenza e in dottrina, interventi amministrativi volti ad incidere imperativamente sul contenuto del contratto sono ammessi ma solo se ed in quanto specificamente previsti ed autorizzati dalla legge 134. Correlativamente, soltanto ove tale specifica base legislativa sia rinvenibile, può e deve ritenersi che la violazione di prescrizioni regolatorie di carattere amministrativo possa determinare la nullità totale o parziale del contratto e l'eventuale sostituzione delle clausole difformi con le prescrizioni medesime 135.

Tale orientamento è presente anche presso la giurisprudenza amministrativa, e ha trovato recentemente espressione in una pronuncia che appare opportuno prendere in specifica considerazione per la sua diretta attinenza alle questioni qui considerate. Essa riguarda infatti proprio il tema della portata del vincolo della legalità per interventi regolatori afferenti ai contratti; e, per quanto abbia ad oggetto una misura adottata dal regolatore dell'energia, si fonda su considerazioni di carattere generale, certamente applicabili anche al settore delle comunicazioni elettroniche 136.

In tale sentenza, che pure reca un'ampia ed assai accurata ricostruzione del dibattito svolto preso la dottrina e la giurisprudenza amministrativistica sul tema in discorso, la soluzione del problema è poi cercata e trovata nel riferimento al sistema definito dal codice civile: in essa si afferma infatti che «l'art. 1372 c.c., nell'attribuire "forza di legge" (con formula linguistica figurata ma espressiva del vincolo di soggezione delle parti) alla manifestazione di volontà sorretta da comune intenzione, esclude la possibilità di modificare "in via amministrativa" l'assetto di interessi stabilito dalle parti, salvo che tale potere non sia previsto dalla legge (art. 1374 c.c.) ovvero prefigurato nell'accordo stesso; in definitiva, essendo il potere di autoregolamentazione dei privati attribuito dalla legge, la "conformazione amministrativa" del contratto richiederebbe un fondamento normativo avente pari rango nel sistema delle fonti» 137.

In tale prospettazione, sono dunque le norme generali sul contratto a porre limiti agli interventi di regolazione adottabili in via amministrativa, precludendo ai regolatori indipendenti (come alle altre autorità amministrative) di incidere unilateralmente sul contenuto del contratto e quindi sull'assetto di interessi de-

134 V. ad esempio Cass., II, 21 dicembre 1994, n. 11032; Cass., II, 10 febbraio 2010, n. 3018. In dottrina v. innanzitutto S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 56 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 130 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003, p. 307 ss.

135 V. ancora Cass., n. 11032/1994, cit.; Cass., n. 3018/2010, cit. In dottrina v. di recente su tali temi, M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., in part. p. 175 ss.; V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, cit., in part. p. 78 ss.

136 La sentenza a cui si fa riferimento è quella, già sopra citata, resa dal TAR Lombardia, III, in data 14 marzo 2013, n. 683.

137 Così TAR Lombardia, III, n. 683/2013, cit.

finito dai contraenti, salvo che ciò sia previsto e autorizzato dalla legge. Tanto più che, come la stessa sentenza consapevolmente rileva, laddove si ammettesse la legittimità di interventi regolatori sul contenuto contrattuale sprovvisti di specifico fondamento normativo, ne deriverebbe un'estrema incertezza *«con riguardo all'individuazione delle sanzioni civilistiche ricollegate alla difformità dei contratti rispetto alle prescrizioni dettate da fonti secondarie operanti alla stregua di regolamenti indipendenti: se nel caso di delega normativa espressa (come avviene per i contratti bancari e finanziari) abbiamo quantomeno una ipotesi di nullità testuale sebbene a fattispecie virtuale, [...], qui avremmo il rischio di una nullità virtuale senza fattispecie, il cui precetto sarebbe lasciato del tutto in bianco alla autorità amministrativa»* 138.

Si noti che la pronuncia in questione non appare riconducibile all'indirizzo interpretativo che sottopone sempre e comunque la regolazione amministrativa ad un vincolo stringente di legalità sostanziale: per quanto in essa si esprima un chiaro dissenso dalle tesi che ammettono in via generale l'ammissibilità di poteri amministrativi impliciti 139, e si affermi che quel vincolo di legalità sostanziale, e dunque di tipicità, deve essere necessariamente riconosciuto con riguardo a poteri amministrativi *«puntuali ad effetto ablatorio e sanzionatorio»*, sembra chiaro che anche all'interno dell'impostazione dalla stessa accolta vi è spazio per riconoscere ai regolatori indipendenti di muoversi con maggiore autonomia laddove si tratti di esercitare poteri di carattere normativo finalizzati a realizzare interessi pubblici oggetto di particolare protezione da parte delle norme attributive dei medesimi.

Come emerge dall'insistenza con cui si sottolinea che oggetto del giudizio non è «un intervento legittimato dalla necessità di ristabilire un contraddittorio paritario mediante atti sostitutivi di un'attività negoziale privata inesistente bensì [...] una disciplina posta tutta dal lato dell'offerta di servizi», appare lecito supporre che anche per il giudice in questione un'attenuazione del limite della legalità sostanziale – tale da far riconoscere la legittimità di interventi regolatori a contenuto generale che costituiscano esercizio di competenze (esplicitamente) attribuite dalla legge ma che rechino (anche) prescrizioni dalla legge stessa non prefigurate – potrebbe e dovrebbe viceversa ammettersi quando si tratti di misure normative volte ad esempio a tutelare gli utenti o a promuovere la concorrenza. Interventi di questo tipo, del resto, erano già stati in passato considerati legittimi da quello stesso giudice 140.

Tali conclusioni valgono, ad avviso di chi scrive, per tutte le autorità indipendenti munite di poteri di regolazione suscettibili di incidere sui contratti tra operatori e tra operatori ed utenti. E valgono quindi anche, ovviamente, per l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: la quale, quindi, contrariamente a quanto in passato talora affermato in giurisprudenza, non può in generale ritenersi titolare di potestà di regolazione innominate ed implicite (cioè di potestà *«che si caratterizzano per un mero riferimento alla materia oggetto di regolamentazione o, al più, a concetti giuridici indeterminati o a finalità generali»*) 141, tanto meno in materia contrattuale, ma può comunque, in taluni ambi-

138 TAR Lombardia, III, n. 683/2013, cit.

139 Si veda in particolare in particolare il passaggio in cui si afferma che vi sono *«convincenti ragioni per rigettare una linea interpretativa che ritenga di poter trasformare senza limiti l'enunciazione di scopi in poteri nuovi e innominati incidenti sull'autonomia contrattuale»*.

140 V. in part. TAR Lombardia, II, 22 marzo 2000, n. 4627.

141 Così TAR Lazio, n. 9710/2011, cit.

ti, assumere nell'esercizio dei poteri normativi ad essa conferiti dal legislatore anche prescrizioni non prefigurate dal medesimo, laddove ciò sia necessario per la migliore protezione degli interessi legislativamente indicati.

6. Violazione delle prescrizioni regolatorie ed effetti sul contratto

Sul tema del mancato rispetto delle prescrizioni dettate dai regolatori indipendenti relativamente ai contratti e delle conseguenze che ne derivano la dottrina civilistica e la giurisprudenza si sono in questi ultimi anni ripetutamente interrogate¹⁴², allo scopo di chiarire, in particolare, se ed in che misura possano estendersi a tale vicenda le regole dettate dal codice civile in materia di violazione di norme imperative di legge.

Non constano peraltro riflessioni specificamente riguardanti i contratti di comunicazione elettronica. Vi sono invece alcune prime, assai scarse pronunce giurisprudenziali e alcune interessanti decisioni dell'AGCOM in sede di risoluzione delle controversie tra operatori.

Non è questa la sede per l'analisi degli orientamenti generali di dottrina e giurisprudenza in materia di etero-regolamentazione del contratto. È tuttavia opportuno, prima di concentrarsi sui profili più direttamente attinenti al settore qui considerato, dare conto brevemente di quegli orientamenti.

È bene muovere, al riguardo, dall'osservazione che gli interventi delle autorità indipendenti riguardanti la disciplina dei contratti possono essere ricondotti a due grandi classi: quella relativa alle misure intese a disciplinare i procedimenti di formazione e conclusione dei contratti, imponendo specifici obblighi di comportamento ai soggetti nei cui confronti si esplica il potere di regolazione; e quella inerente invece alle misure volte a definire il contenuto (o anche la forma) del contratto¹⁴³.

La violazione delle misure e prescrizioni regolatorie del primo tipo – e dunque innanzitutto degli obblighi informativi finalizzati a ridurre le asimmetrie conoscitive tra operatori e tra operatori e utenti – determina, secondo l'orientamento sin qui espresso dalla Cassazione, la responsabilità pre-contrattuale di chi le pone in essere, se le stesse vengono realizzate nella fase precedente o coincidente con la stipula del contratto; e determina invece la responsabilità contrattuale per inadempimento o inesatto adempimento, se sono compiute nella fase di esecuzione del contratto¹⁴⁴.

142 V. ancora gli scritti contenuti in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., e in particolare i contributi di G. DE NOVA, M. ORLANDI, G. GITTI, F. MACARIO e G. AMADIO; F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, cit. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, cit.; G. GITTI, voce *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit.; V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, cit.

143 Per tale classificazione v. M. ANGELONE, *op. cit.*, p. 163 ss. V. anche l'analoga, ma più articolata, classificazione di G. ALPA, *I poteri regolamentari delle autorità indipendenti*, cit., 22.

144 V. in giurisprudenza, Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Corr. giur.*, 2008, p. 230 ss., con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; e Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 1 ss., con nota di F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori nell'intermediazione finanziaria: note critiche*. V. anche I. FEDERICI, *Giudizio di validità e contratto giusto (riflessioni su un recente orientamento delle sezioni unite)*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 417 ss.

Quanto invece alla difformità dei contratti dalle misure di regolazione amministrativa inerenti al contenuto (o alla forma) degli stessi, si è già sopra notato che appare largamente (anche se non unanimemente) diffusa l'opinione che essa, se ed in quanto tali misure siano state adottate sulla base di specifiche prescrizioni legislative, possa in linea di principio dare luogo alle stesse conseguenze che discendono dal mancato rispetto di norme imperative di legge: nullità totale o parziale del contratto ed eventuale sostituzione automatica delle clausole difformi con le prescrizioni regolatorie non recepite¹⁴⁵.

Una indiretta ma rilevante conferma di tale possibilità si è avuta in tempi recenti da talune pronunce della Corte di Cassazione, che hanno esplicitamente ammesso che le norme dettate dal codice civile in tema di etero-integrazione del contratto (e in particolare l'art. 1339 e l'art. 1374) possano a talune condizioni trovare applicazione anche al caso di prescrizioni introdotte, sulla base di un'esplicita autorizzazione legislativa, da autorità indipendenti di regolazione¹⁴⁶.

Assai più incerta appare invece la soluzione accolta con riferimento alle ipotesi in cui, dopo la stipula di un contratto, sopravvengano misure di regolazione indipendente contrastanti con una o più clausole degli stessi. Se infatti non manca chi, anche con riferimento a tali casi, ipotizza la nullità delle clausole (divenute) difformi¹⁴⁷, altre opinioni suggeriscono di fare invece applicazione – laddove in concreto ne ricorrano i presupposti – dei rimedi della risoluzione per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità sopravvenuta o del recesso per giusta causa¹⁴⁸.

È soprattutto a tale ultima tipologia di ipotesi che si riferiscono le decisioni dell'AGCOM a cui si è prima fatto cenno, che riguardano tutte fattispecie nelle quali un contratto di accesso o di interconnessione appariva in contrasto con misure relative al prezzo di determinati servizi (di terminazione o di raccolta delle chiamate) introdotte dall'Autorità dopo la stipula del contratto sulla base del principio di legge di orientamento ai costi delle relative tariffe¹⁴⁹.

Secondo l'AGCOM, tale principio di orientamento ai costi «*ben lungi dal costituire una mera regola dispositiva riflettente un punto di equilibrio tra contrapposti interessi solo privati, presuntivamente ritenuto equo dal legislatore*», esprime invece «*una regola dettata nel precipuo interesse pubblico, con la es-*

145 V. ancora in giur. le già citate Cass., n. 11032/1994, cit.; Cass., n. 3018/2010, cit. In senso contrario v. peraltro Cass., I, 30 luglio 2009, n. 17746. In dottrina v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 36 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 307; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, IV, Zanichelli, Bologna-Roma, p. 233; G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., in part. p. 224 ss.; M. ANGELONE, *op. cit.*, p. 175 ss.; V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, cit., p. 78 ss.. Per una posizione più critica al riguardo v. invece M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 65 ss.

146 V., tra le altre, Cass., III, 27 luglio 2011, n. 16401; Cass., III, 30 agosto 2011; Cass., VI, ord. 3-8 novembre 2012, tutte in materia di prescrizioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

147 Sul tema v. ad esempio M. LAMICELA, *Lo "ius superveniens" e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali*, Cedam, Padova, 2003.

148 V. al riguardo M. ANGELONE, *op. cit.*, in part. 221 ss.; A. CIATTI, *Retroattività e contratto. Disciplina negoziale e successione di norme nel tempo*, Esi, Napoli, 2007, in part. p. 226 ss.; E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali, tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Cedam, Padova, 2004, p. 7 ss.

149 Si vedano in particolare le decisioni, assunte come si è detto in sede di risoluzione di controversie tra operatori, n. 14/06/CONS, n. 111/11/CONS, n. 115/12/CONS e 116/12/CONS.

senziale funzione di aprire alla concorrenza il settore economico interessato»¹⁵⁰.

Ciò premesso, l'Autorità, mentre esclude la possibilità di dichiarare direttamente la nullità (*supervenienti*) delle clausole che prevedevano un prezzo diverso da quello definito da essa in attuazione del suddetto principio¹⁵¹, ritiene invece che «*per permettere allo stesso principio di dispiegare in concreto la sua finalità di interesse pubblico il minimo che si possa fare è di considerare da esso integrata ex lege la singola disciplina contrattuale, nel senso che tale principio accorda, anche nel silenzio del contratto sul punto, una facoltà di recesso per giusta causa dalle clausole contrattuali regolatrici delle pertinenti tariffe*»¹⁵².

Aldilà della formulazione non del tutto lineare e trasparente del ragionamento (nel quale il riconoscimento al contraente tutelato dalla regolazione di una facoltà di recesso per giusta causa viene ricondotta direttamente alla regola di legge, laddove è invece chiaro che essa si ricollega anche all'attuazione che di tale regola è stata fatta dallo stesso regolatore), ciò che appare rilevante è che per tale via l'Autorità perviene a risultati non dissimili da quelli che sarebbero derivati dalla pura e semplice dichiarazione di nullità sopravvenuta delle clausole negoziali interessate e dalla successiva sostituzione delle stesse con le prescrizioni regolatorie da essa introdotte.

Combinando (del tutto implicitamente) la facoltà di recesso così riconosciuta al contraente “debole” con l'obbligo di contrarre gravante sulla sua controparte, l'AGCOM afferma infatti che, a partire dal momento in cui il primo aveva comunicato al secondo di ritenere il prezzo pattuito non in linea con le prescrizioni posteriormente dettate dall'Autorità, la tariffa da applicare nei rapporti tra essi doveva ritenersi coincidente con quella da essa indicata. Le uniche differenze rispetto all'effetto che sarebbe stato determinato dall'applicazione degli artt. 1419 e 1339 del codice civile attengono al fatto che l'etero-integrazione del contenuto contrattuale e il momento in cui la stessa si verifica vengono fatti dipendere da un'iniziativa del contraente tutelato.

Due sono le critiche che appaiono formulabili nei confronti di tale modo di affrontare il problema qui considerato.

La prima, già anticipata, è che troppi passaggi dell'iter logico attraverso cui il regolatore arriva alle conclusioni sopra esposte rimangono non esplicitati e non argomentati: al punto che il dubbio che l'intera ricostruzione sia in una certa misura una finzione per eludere il problema dell'ammissibilità o meno di ipotesi di nullità sopravvenuta appare non del tutto infondato.

La seconda critica è che risulta davvero singolare e in sé non accettabile che in tutta la motivazione della decisione che si è analizzata non compaia alcun riferimento al tema del possibile affidamento nella stabilità delle pattuizioni contrattuali.

Tale profilo appare invece palesemente rilevante e anzi cruciale: perché mentre risulta in linea di principio (e salvo il rispetto delle condizioni che la Cassazione ha iniziato a delineare) ragionevole estendere alla deliberata vio-

¹⁵⁰ Così AGCOM, decisione 14/06/CONS, cit.

¹⁵¹ Osserva infatti l'AGCOM che il principio di orientamento al costo «*nella sua formulazione normativa stratta, non presenta – anche alla luce del principio di certezza del diritto – una specificità sufficiente a far considerare da esso integrato un parametro imposto addirittura a pena di nullità della pattuizione contrattuale difforme*» (Decisione 14/06/CONS, p. 11).

¹⁵² AGCOM, decisione 14/06/CONS, cit.

lazione di prescrizioni del regolatore indipendente fondate su norme di legge il sistema di regole che il codice civile detta per la difformità da regole imperative di legge, non sembra possibile che le regolazioni introdotte a valle della stipula dei contratti, pur se legislativamente “autorizzate”, impattino *sic et simpliciter* sull’assetto di interessi esplicitamente definito in contratto, senza valutare se le aspettative che da esse sono derivate non siano meritevoli di protezione.

Come più volte sottolineato dalla Corte di Giustizia e dalla Corte Costituzionale, la tutela accordata dall’ordinamento comunitario e nazionale all’affidamento legittimamente maturato dagli operatori economici non può tradursi in un diritto all’immutabilità della disciplina ad essi applicabile, e ciò è tanto più vero laddove si tratti di settori assoggettati a processi di liberalizzazione e di ri-regolazione.

È tuttavia indubbio che la presenza di aspettative legate alla disciplina pre-vigente, e a maggior ragione quando le stesse derivino dalla stipula di contratti di durata, implica un vincolo per il regolatore a considerare con attenzione tali aspettative, a rispettarle ogniqualvolta il loro sacrificio non sia strettamente imposto da interessi generali e a prevedere ove possibile misure transitorie o compensative atte ad evitare o contenere tale sacrificio ¹⁵³.

Ciò vale per il legislatore e vale ancor più, com’è bene sottolineare, per i regolatori indipendenti, la cui missione istituzionale – e la cui ragion d’essere – è notoriamente anche quella di garantire, oltre alla adeguatezza tecnica, anche la certezza e prevedibilità delle regole dei mercati liberalizzati. Incidere a posteriori sul contenuto di un contratto, comunque (anche se soggetto a regolazione) espressione della libertà negoziale e dunque della libertà di iniziativa economica costituzionalmente protetta, è operazione alla quale l’AGCOM, come le altre autorità nazionali di regolamentazione, non può talora, per realizzare i fini ad essa indicati dalla legge, sottrarsi: ma si tratta pur sempre di interventi da considerare non ordinari e non fisiologici, con tutti i vincoli che da ciò discendono sul piano sostanziale e motivazionale.

¹⁵³ Fra le molte sentenze della Corte di Giustizia che hanno affermato tali principi v. Corte Giust. CE, 11 marzo 1987, C-265/85, *Van den Bergh*; Corte Giust. CE, 15 gennaio 2002, C-179/00, *Weidacher*; Corte Giust. CE, 14 luglio 2004, C-459/02, *Gereken*; Corte Giust. CE, 10 settembre 2009, C-210/08, *Plantanol*. Per la Corte Cost. v. ad esempio le sentenze 9 luglio 2009, n. 206, e 8 maggio 2007, n. 156. In dottrina v. ovviamente F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970, e ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza”*, Giuffrè, Milano, 2001; nonché L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1998; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2005.

L'ecosistema delle apps ed il ruolo della regolamentazione

di Antonio Perrucci¹

ABSTRACT

This article stems from the impressive growth of software applications (apps), which is particularly evident in the development of mobile apps. Starting with a summary overview of the key characteristics of the so-called “apps ecosystem”, the first part describes its economic dimension, main trends and market development. The second part aims at identifying possible impacts on electronic communications markets. Lastly, it extends analysis to a specific component of the mobile apps ecosystem, that of “platforms”, and to the related emerging policy issues, such as competition, consumer protection and innovation-friendly regulation of market. The evidence presented - both in the international and national regulatory contexts - allows some preliminary conclusions to be drawn regarding: the need for methodological developments in the electronic communications market analysis; and the role of telecom regulators in respect to institutional fragmentation. The apps ecosystem serves indeed as a prism to analyze the complex relationship between regulatory functions and policy making in innovative emerging ICT industries.

SOMMARIO: Premessa. – 1. Le caratteristiche del business delle applicazioni. – 2. La dimensione del business delle apps. – 3. I riflessi per i mercati di comunicazioni elettroniche. – 4. Le problematiche concorrenziali e la tutela del consumatore nel contesto internazionale ed europeo. – 4.1. Gli interventi delle autorità di regolazione settoriale: analisi generale. – 4.2. La tutela della concorrenza. – 4.3. La (eventuale) disciplina degli OTT. – 4.4. Gli interventi nei confronti degli operatori di TLC. – 4.5. La tutela del consumatore. – 5. L'esperienza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. – 6. Considerazioni conclusive.

Premessa

Questo contributo prende le mosse dalla forte espansione delle applicazioni software, (apps), osservabile soprattutto in relazione al loro sviluppo per i dispositivi mobili. Tratteggiate sinteticamente le principali caratteristiche di questo business, si forniscono alcuni elementi circa la sua dimensione economica, per evidenziarne le promettenti prospettive. Quindi, viene valutato quale sia il possibile impatto delle apps sui mercati dei servizi di comunicazioni elettroniche. Successivamente, si estende l'analisi anche alle altre componenti del cosiddetto “ecosistema delle apps”, in particolare le piattaforme soft-

¹ Le opinioni espresse sono a titolo personale e non coinvolgono in alcun modo l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, presso cui l'Autore riveste la carica di Vice Segretario generale. Un sentito ringraziamento per la preziosa e assidua collaborazione va alla dottoressa Maria Luce Mariniello.

ware, per valutare – da ultimo – in che modo la regolamentazione delle comunicazioni elettroniche entri in relazione con le dinamiche di sviluppo di questo ecosistema².

1. Le caratteristiche del business delle applicazioni

Sono diversi gli studi che evidenziano la crescita impetuosa delle cosiddette applicazioni (apps), termine con cui l'Ocse intende “*a standardised piece of software that runs on a computing platform*”³.

L'analisi della letteratura più recente e delle indagini di mercato conduce ad individuare una alquanto consolidata tassonomia delle diverse tipologie di servizi che sono genericamente denominate apps. Con riguardo all'utenza *consumer*, tra le principali tipologie si segnalano le apps per il *gaming*, l'*education*, l'intrattenimento, i viaggi e le informazioni turistiche, la musica ed il video, i *social*. In relazione all'utenza business, le molteplici apps finora sviluppate interessano i processi produttivi, la distribuzione, la gestione della forza lavoro.

Il contesto più appropriato per analizzare le caratteristiche di questo business e, quindi, il possibile ruolo della regolamentazione, appare quello del cosiddetto “ecosistema delle apps”, con il ricorso ad un termine – ecosistema – alquanto abusato nel campo dell'ICT (*Information and Communications Technology*).

L'Ocse, nello studio citato, osserva che l'ecosistema delle apps è popolato, oltre che dai consumatori, da diverse tipologie di imprese: gli sviluppatori delle apps, le piattaforme software⁴ cui i clienti accedono per acquisire le apps, i produttori di apparati (*device*), gli operatori di telecomunicazione (TLC), che

2 Con riferimento al fenomeno oggetto di questo contributo, espressioni come “mobile app ecosystem” o “Google apps ecosystem” sono frequentemente utilizzate in letteratura. Un'analisi molto accurata del concetto di ecosistema applicato al mondo delle comunicazioni elettroniche è quella elaborata da M. FRANSMAN, *The New ICT Ecosystem*, Cambridge University Press, 2010. Fransman, riprendendo la definizione che Darwin fornisce del termine ecosistema (popolazione di organismi, o specie, che interagiscono in un ambiente naturale), valuta l'applicabilità di questa metafora al campo delle scienze economico-sociali ed in particolare alle industrie dell'Information and Communications Technologies. Altri contributi interessanti sono quelli di S. JANSEN-M.A. CUSUMANO-S. BRINKKEMPER (a cura di) *Software Ecosystems: Analyzing and Managing Business Networks in the Software Industry*, 2013, e M. IANSITI-R. LEVIEN, *Strategy as Ecology*, *Harvard Business Review*, 2004.

3 OECD, *The App Economy*, Oecd Digital Economy Papers, 2013, <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5k3ttftlv95k.pdf?expires=1415119726&id=id&accname=guest&checksum=A7AC4BCBC32EB4D0FB8D8ED15970301E> Flurry Analytics, *Mobile Use Grows 115% in 2013, Propelled by Messaging Apps*, (2014), <http://blog.flurry.com/bid/103601/Mobile-Use-Grows-115-in-2013-Propelled-by-Messaging-Apps>; S. Austin, *The Surprising Numbers Behind Apps*, *Wall Street Journal Digits Blog* (2013), <http://blogs.wsj.com/digits/2013/03/11/the-surprising-numbers-behind-apps/>, Deloitte, *Technology, Media & Telecommunications Predictions*, (2012) www.deloitte.com/assets/DcomAustralia/Local%20Assets/Documents/Industries/TMT/Deloitte_TMT_Predictions_2012.pdf, Berg Insight, VAS Research Series, *The Mobile Application market* (2012) www.berginsight.com/ReportPDF/ProductSheet/bi-app1-ps.pdf.

4 Una interessante review della letteratura sulle piattaforme mobili è contenuta in P. KARRBERG-J. LIEBENAU, *New Business Models in the Digital Economy. Mobile service platforms and the apps economy*, www.nemode.ac.uk. Un riferimento fondamentale per l'analisi economica delle piattaforme è A. GAWER (a cura di), *Platforms, Markets and Innovation*, Edward Elgar, 2009.

forniscono connettività, controllando, al contempo, diversi *asset* strategici dell'ecosistema⁵.

All'interno dell'ecosistema, la configurazione del "mercato" delle apps non è stabile, definitiva, in ragione dei mutamenti nelle attitudini degli utilizzatori, peraltro sempre più numerosi e diversi, nonché – e soprattutto – a motivo di modelli di business non ancora consolidati. La questione dei modelli di business è particolarmente rilevante, allorché si consideri la prevalenza di offerte remunerate dalla pubblicità, nella logica dei mercati a due versanti, rispetto a più tradizionali formule a pagamento, mentre si va affermando la modalità c.d. *freemium*, con una componente base gratuita ed ulteriori prestazioni a pagamento.

Nel caso di una industria nascente, con modelli di business e comportamenti dei consumatori in via di definizione, le valutazioni circa le dimensioni di mercato presentano ovviamente ampi margini di discrezionalità e, quindi, relativa affidabilità. Sono, tuttavia, disponibili alcuni elementi quantitativi che possono fornire un'idea circa la dimensione del fenomeno apps.

2. La dimensione del business delle apps

I dati più affidabili riguardano la numerosità delle apps in circolazione. Secondo l'Ocse, tra il 2008 e l'inizio del 2013, si è passati dalle 60 mila apps disponibili (su piattaforme di Apple e Google) ad 1,6 milioni (sulle prime 5 piattaforme⁶. Dati più recenti⁷, arrivano a stimare in 2,5 milioni il numero di apps disponibili a livello mondiale, che costituisce il riferimento geografico naturale per questa tipologia di servizi.

In termini di numero di apps per *device* (*smartphone*, in particolare), sempre per l'Ocse, si va dal massimo del Giappone (41) al minimo del Belgio (20), per restare nel novero dei paesi industrializzati. Ovviamente, le cifre sono più contenute allorché si considerino le apps effettivamente usate dall'utente.

Esistono anche stime del valore del business delle apps, o meglio del reddito prodotto da queste applicazioni. Si tratta di valutazioni anche molto discordanti, a ragione delle notevoli differenze nelle metodologie di classificazione dei diversi segmenti in cui si articola questa industria.

A livello mondiale, il Gartner Group ha stimato in circa 26 miliardi di dollari (poco più di 20 miliardi di euro) il fatturato delle apps nel 2013. Con riferimento alla dimensione europea, Vision Mobile ha valutato un giro di affari di oltre 10 miliardi di euro, sempre nel 2013. Altre fonti, sempre per l'Europa, hanno calcolato un valore di 17,5 miliardi di euro nel 2013, peraltro destinato a triplicare

⁵ In questo senso, un recente rapporto del Politecnico di Milano, illustra il ruolo degli operatori di telecomunicazioni con riferimento a diversi *asset* strategici: (i) le reti; (ii) i punti vendita sul territorio che costituiscono un canale di interfaccia anche per la distribuzione di prodotti e servizi software; (iii) il sistema di pagamento (*billing*) delle apps, utilizzato sovente per la fatturazione diretta all'utente di servizi mobili mediante la formula dei servizi a sovrapprezzo; (iv) la *customer base*; (v) le *sim*, che costituiscono un fattore abilitante per diverse applicazioni; (vi) i dati sugli utenti. V. Politecnico di Milano, *Osservatorio Mobile & App Economy. Verso il 2% del PIL* (aprile 2014), p. 58 http://www.osservatori.net/dati-e-pubblicazioni/dettaglio/journal_content/56_INSTAN CE_VP56/10402/1461289, p. 58.

⁶ Android, Blackberry OS, IOS, Symbian, Windows Phone.

⁷ Politecnico di Milano, cit., p. 60.

nel giro di un triennio⁸. Tuttavia, va considerato che solo 1/3 di questo ammontare è riconducibile alla vendita delle apps, alla raccolta pubblicitaria o alla vendita di servizi tramite apps, cioè ai segmenti che compongono l'industria delle apps. I restanti 2/3 sono infatti riferibili alle remunerazioni degli sviluppatori di apps: *en passant*, si può quindi osservare come lo sviluppo delle apps assuma un rilievo significativo per il contributo che offre alla creazione di occupazione⁹.

Infine, per quanto riguarda l'Italia, il Politecnico di Milano ha recentemente quantificato in circa 700 milioni il fatturato delle apps per il mercato business (sviluppo di apps rivolte a consumatori ed alla propria forza lavoro), cui vanno aggiunti altri 300 milioni che rappresentano la spesa dei consumatori (download di apps a pagamento, acquisto di contenuti aggiuntivi in-app, soprattutto) e 100 milioni per la pubblicità sulle apps, per un totale – ragguardevole – di 1,1 miliardi di euro nel 2013.

La crescita impetuosa del numero e del fatturato delle apps è strettamente correlata alla affermazione crescente di *smartphone* e *tablet*, congiuntamente ad altri due trend molto chiari: la maggiore affidabilità della connessione mobile a banda larga; i progressi nella capacità di memorizzazione degli apparati e del *cloud computing*. Il fenomeno che ne deriva, ossia il sempre più intenso accesso ad Internet da apparati mobili, è evidente da oltre cinque anni a questa parte. Sono disponibili stime che segnalano l'avvenuto sorpasso, a livello mondiale, degli utenti che accedono ad Internet da apparati mobili rispetto a quelli che si collegano da apparati fissi (*desktop*)¹⁰.

Al di là delle promettenti prospettive di crescita, l'avvento delle apps produce effetti importanti anche in termini di sviluppo di nuove professionalità e posti di lavoro, come già accennato, nonché per gli incentivi all'efficienza delle imprese produttrici, sia per la pervasività con cui interviene nei processi produttivi aziendali, sia per il miglioramento delle politiche di gestione della clientela¹¹.

3. I riflessi per i mercati di comunicazioni elettroniche

Come anticipato, il fatturato delle apps proviene solo in parte dalla loro vendita, attraverso gli app store; altre fonti di ricavo sono rappresentate dalla vendita di contenuti aggiuntivi durante una sessione (*in-apps purchase*), nonché dalla vendita di spazi pubblicitari sulle apps¹².

8 M. MULLIGAN-D. CARD, *Sizing the EU app economy*, febbraio 2014, p. 4 ss. URL: <http://eurapp.eu/2014/07/07/eurapp-final-report-published-eu-bookshop-0>.

9 Alcuni studiosi hanno sostenuto che “the App Economy should be seen as a much-delayed continuation of the personal computer revolution and the New Economy, from personal computers to internet to mobile”, cfr. M. MANDEL-J. SCHERER, *The Geography of the App Economy*, CTIA-The wireless association, settembre 2012 <http://www.technet.org/wp-content/uploads/2012/02/TechNet-App-Economy-Jobs-Study.pdf>.

10 AGCOM, *Relazione annuale 2014*, p. 26; N. VAN GORP, *Telecommunications in run up to 2020*, Communications & Strategies Idate, No. 93, 2014. Da ultimo, si veda anche “Ericsson Mobility Report” (2014) <http://www.ericsson.com/mobility-report>.

11 Agli impatti delle apps sul mondo delle imprese, sia in relazione ai processi produttivi che per quanto riguarda le relazioni con la clientela, è dedicata una importante sezione del citato studio del Politecnico di Milano.

12 Per una interessante classificazione e quantificazione delle diverse tipologie di ricavi

Ciò che qui interessa capire è se queste diverse fonti di ricavo siano riconducibili – direttamente od indirettamente – ad alcuni dei mercati sottoposti alla disciplina dell'autorità di regolazione dei mercati delle comunicazioni elettroniche: in Italia, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM).

A questo riguardo, preliminarmente, si deve evidenziare che gli operatori di TLC ed i consumatori sono gli attori – tra quelli dell'ecosistema delle apps – naturalmente interessati dagli interventi dell'autorità di regolazione settoriale. Tuttavia, come dimostra l'esperienza recente, anche talune categorie di sviluppatori di apps cominciano ad interloquire con i regolatori dei mercati delle comunicazioni elettroniche¹³.

Gli interessi in gioco sono molteplici e le finalità dell'intervento del Regolatore sono diverse: nella dinamica dei rapporti tra operatori di telecomunicazioni e sviluppatori di apps, si pongono problematiche di promozione della concorrenza e di incentivo all'innovazione; sul versante del mercato dei servizi *retail*, vengono a rilievo diversi profili di tutela del consumatore.

Ciò premesso, le tendenze che si stanno manifestando sembrano concentrarsi sull'effetto di sostituzione che alcune apps esercitano rispetto a tradizionali servizi di TLC, essenzialmente sms/mms e servizi vocali, spostando così importanti fonti di ricavo al di fuori del perimetro dei mercati di TLC. Per quanto riguarda la pubblicità sulle apps – al momento piuttosto contenuta – l'effetto di sostituzione si traduce invece in una mera redistribuzione dei ricavi tra i diversi canali di raccolta della pubblicità¹⁴.

Nel caso degli sms/mms, i servizi di messaggistica istantanea offerti dalle apps e sostanzialmente gratuiti¹⁵ stanno erodendo progressivamente i ricavi degli operatori TLC. È così che, a livello mondiale, i servizi di messaggistica offerti da WhatsApp (appena acquisita da Facebook), WeChat, Line, ed altri, hanno determinato, per la prima volta nel 2013, un ridimensionamento del numero di sms inviati (– 4%), con la previsione di progressivo calo anche dei relativi ricavi. In Italia, la riduzione intervenuta nell'ultimo anno è decisamente più intensa: – 20% in termini di volume.

Più in generale, studi recenti quantificano in decine di miliardi l'anno la riduzione dei ricavi degli operatori di TLC imputabile ai servizi sviluppati dagli OTT: si tratterebbe di 30 miliardi di dollari dovuti ai servizi VoIP offerti dagli OTT ed a 23 miliardi di dollari con riguardo ai servizi di messaggistica degli OTT¹⁶.

possibili nell'industria delle apps, si rinvia a T.F. BRESNAHAN-J.P. DAVIS-P.L. YIN, *Economic Value Creation in Mobile Applications*, Stanford University Graduate School of Business, Research paper no. 14-08, URL <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2403601>.

13 Una rassegna di casi è presentata nei paragrafi che seguono, si v. in part. *infra*. par. 4.1.

14 In Italia, in particolare, la pubblicità on line, tra cui anche quella raccolta tramite apps, viene ormai rilevata dall'AGCOM in occasione della annuale quantificazione del valore del Sistema Integrato delle Comunicazioni. Di conseguenza, non vi è riduzione del perimetro complessivo del mercato pubblicitario, conseguente ai possibili effetti di sostituzione tra il canale rappresentato dalle apps e gli altri canali di raccolta della pubblicità.

15 In genere, dopo un primo periodo in cui il servizio è offerto gratuitamente, viene richiesto successivamente il pagamento di una piccola somma (attorno ad un euro) per le versioni aggiornate del software.

16 La fonte dei dati è uno studio dalla società di consulenza Ovum, 2012 i cui esiti sono riportati da un articolo dell'Economist <http://www.economist.com/node/21560298>.

4. Le problematiche concorrenziali e la tutela del consumatore nel contesto internazionale ed europeo

L'industria delle apps è indubbiamente caratterizzata dalla presenza di operatori con significativo potere di mercato nei diversi segmenti che la compongono. Questo è un tratto comune a molti comparti dell'*information technology*, soprattutto dell'industria del software, oltre che di alcuni mercati delle TLC e dell'audiovisivo. Tuttavia, a differenza di quanto si registra nei mercati sottoposti a regolazione *ex ante* – quali appunto quelli delle TLC e della televisione – i mercati del software vedono mutare con una certa frequenza le gerarchie e, più in generale, non sembrano caratterizzati da situazioni conclamate di fallimento di mercato, tali da giustificare una regolamentazione *ex ante*. In questi mercati, la tutela della concorrenza e del consumatore compete alle autorità antitrust, mentre gli interventi del regolatore di settore sono stati circoscritti, sino ad oggi, all'esercizio di funzioni contenziose quali la risoluzione di controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed imprese esterne al mercato di competenza, allorché beneficino di servizi di interconnessione e accesso.

La "fluidità" delle quote di mercato, si registra anche nel caso delle piattaforme software: la leadership di Symbian e Blackberry è stata scalzata nel giro di pochi anni dalla crescita delle piattaforme iOS (Apple) ed Android, a loro volta sfidate dall'ingresso di nuovi soggetti (Ubuntu, Firefox OS).

Proprio con riguardo al mercato delle piattaforme software è stato osservato che il ricorso ai tradizionali indici di concentrazione non risulta appropriato, in quanto condurrebbe a risultati non significativi¹⁷. Più precisamente, non sarebbe corretto far derivare da valori elevati degli indici di concentrazione valutazioni circa l'esistenza di un mercato caratterizzato – permanentemente – dalla dominanza di un particolare soggetto, dal momento che si tratta di un mercato dove mutano rapidamente le quote di mercato dei diversi soggetti e le stesse imprese leader. In altri termini, non vi sono indicatori che attestano un fallimento del mercato, come l'esistenza di elevate barriere all'entrata, di natura tecnica, economica o regolamentare.

Diverso è il caso dei mercati delle apps, per cui – invece – è prematuro formulare valutazioni circa l'assetto naturale di mercato, almeno finché il settore presenti le caratteristiche tipiche di una *infant industry*¹⁸.

Il fatto che non siano dimostrati fallimenti di mercato (ovviamente) per i mercati emergenti (come quelli delle apps), né per mercati maggiormente consolidati (piattaforme software), non significa che non si pongano problematiche di ordine concorrenziale o esigenze di tutela del consumatore. In altri termini, se l'applicazione di regole generali *ex ante* non appare – al momento – giustificata, resta comunque da verificare l'efficacia dell'applicazione della disciplina antitrust per l'eventuale imposizione di obblighi individuali.

Ad esempio, una questione dibattuta è se garantire l'accesso alle piattaforme software, allorché queste siano chiuse, come accade per iOS di Apple. In altri termini, si pone la questione se esista un diritto per uno sviluppatore di apps – oppure per un software *open source* come Bitcoin – di avere accesso

¹⁷ Si rimanda allo studio Ocse citato, pp. 28-29.

¹⁸ Una caratteristica peculiare del business delle apps è la possibilità di variazioni molto significative delle quote di mercato in conseguenza dall'affermazione di una *killer app*, cfr. BRE-SNAHAN-YIN-DAVIS, "Commercialization by Mobile Developers: Making Money from Free Apps ... but not Porting to iPhone", working paper, 2012.

alla piattaforma iOS, anche in presenza di piattaforme che possono considerarsi alternative. Nel dibattito, prevale l'orientamento a non considerare la piattaforma in esame come una *essential facility*, ossia si assume che vi sia una competizione tra piattaforme: di conseguenza, non risulterebbe giustificata l'imposizione dell'obbligo di garantire l'accesso¹⁹. Tra le ulteriori motivazioni addotte da coloro che ritengono inopportuno un intervento antitrust nei confronti dei sistemi chiusi, vi è poi la considerazione che, se indubbiamente limitano l'offerta per la clientela finale, queste piattaforme appaiono svolgere una funzione positiva per quanto riguarda la garanzia dei livelli di qualità e di sicurezza delle apps²⁰.

In ogni caso, al di là del dibattito teorico, si deve registrare che la casistica in merito ad istruttorie antitrust aventi ad oggetto piattaforme software per le apps risulta alquanto scarna. Tra i casi di maggior rilievo, si può menzionare il noto procedimento della Commissione europea nei confronti di Google che, pur concentrandosi prevalentemente sulla piattaforma del motore di ricerca, ha investito altresì il funzionamento dell'*appstore* di Android²¹. Di recente, vi è stata una proposta di impegni da parte di Google, che ha riguardato anche l'applicazione per il mobile offerta nell'ambito del *Google General SearchBox* (Caso Google, AT.39740). Nel procedimento in parola, gli aspetti relativi al mercato delle apps, tuttavia, risultano alquanto marginali²². Più rilevanti potrebbero essere gli sviluppi della segnalazione presentata con un dossier alla Commissione europea da parte di Fairsearch, un'associazione rappresentativa di operatori del calibro di Nokia e Microsoft, per contestare le presunte discriminazioni del sistema operativo Android nei confronti di talune applicazioni sviluppate dalle imprese associate a Fairsearch²³.

4.1. Gli interventi delle autorità di regolazione settoriale: analisi generale

Sul versante delle autorità indipendenti con funzioni di regolazione dei mer-

19 Per una ricognizione aggiornata del dibattito scientifico in merito all'opportunità di utilizzare per le nuove piattaforme dell'ecosistema di Internet la dottrina delle *essential facility* ed altri concetti *antitrust* tipicamente applicati nel settore delle telecomunicazioni e nelle industrie "tradizionali" del software (v. caso Microsoft), si possono citare, *ex multis*, Yoo, CHRISTOPHER S.-SPULBER-F. DANIEL, "Antitrust, the Internet, and the Economics of Networks" (2013). Faculty Scholarship. Paper 568 (http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/568).

20 Il tema si è posto, ad esempio, in relazione alla diminuita qualità dei contenuti dell'Apple Store: la pressione concorrenziale esercitata da Google e Android, con la necessità di accrescere il numero di apps, avrebbe indotto Apple ad essere meno accurata nel monitoraggio sugli sviluppatori di applicazioni.

21 Per un commento comprensivo di dati aggiornati e relative analisi, si veda il recente contributo di B. EDELMAN, *Leveraging Market Power Through Tying And Bundling: Does Google Behave Anti-Competitively?* (May 12, 2014), Harvard Business Law Working Papers, http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/14-112_20fdec6b-d2ad-4141-a579-4b0feeda89ba.pdf, p. 55.

22 I procedimenti *antitrust* nei confronti del motore di ricerca Google hanno in realtà investito entrambe le sponde dell'Atlantico, con la presentazione di impegni sia di fronte alla Federal Trade Commission (FTC) statunitense sia di fronte alla Commissione. Si veda M. Lao, *Neutral search as a basis for antitrust action?*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2013 e V. VI-SCO COMANDINI, *Google e i mercati dei servizi di ricerca su Internet*, in *Mercato concorrenza regole*, 2013.

23 Notizia riferita dal New York Times http://www.nytimes.com/2013/04/09/technology/09iht-google09.html?pagewanted=all&_r=0.

cati, si registra un vivace dibattito sullo sviluppo delle piattaforme software e sul fenomeno delle apps, rispetto al quale il ruolo dell'intervento *ex ante* non è stato ancora completamente chiarito. Parallelamente, le autorità di garanzia mostrano un certo dinamismo nella tutela di specifici interessi.

Sul piano generale, sembra prevalere un orientamento che – con riguardo alle imprese che operano su mercati contigui ma distinti rispetto a quelli di TLC, ed alle relazioni tra loro intercorrenti²⁴ – le competenze siano prioritariamente di istituzioni diverse dal regolatore (l'Autorità antitrust, il Legislatore, il giudice ordinario), in quanto si tratta di mercati sottratti alla regolamentazione *ex ante* dei mercati delle comunicazioni elettroniche.

Lo spazio per un intervento del regolatore sembra allora doversi restringere alle relazioni tra operatori di TLC ed altre imprese dell'ecosistema, nonché sulle possibili modalità di tutela dell'utenza di servizi, offerti mediante apps, allorché vengano forniti in *bundle* con altri servizi di TLC.

Fatta questa premessa, anche sulla base dell'esperienza fin qui maturata, è possibile distinguere diverse tipologie di intervento del regolatore, a seconda del tipo di misura/obiettivo (tutela della concorrenza, regolamentazione, tutela del consumatore) e dei soggetti interessati dall'intervento (operatori TLC, OTT).

4.2. La tutela della concorrenza

Uno dei primi casi esaminati riguarda l'intervento della statunitense Federal Communications Commission (FCC) che, nel 2009, ha avviato nei confronti di Apple ed AT&T una istruttoria riguardante l'applicazione Google Voice. La questione riguardava il possibile blocco dell'applicazione VoIP offerta da Google sui dispositivi iPhone e l'esclusione dalla piattaforma Apple Store di alcune apps funzionalmente collegate a Google Voice, ancorché offerte da altre imprese²⁵. In una richiesta di informazioni, il regolatore statunitense aveva paventato il rischio dell'accertamento di possibili pratiche concordate tra Apple e AT&T, volte a discriminare le apps di imprese concorrenti e con caratteristiche tecniche e prestazionali del tutto analoghe a quelle messe a disposizione degli utenti attraverso la Apple Store di iTunes²⁶. Il procedimento si è peraltro concluso con il venir meno dell'oggetto di indagine, dal momento che Apple ha spontaneamente accettato la richiesta di Google di includere la propria applicazione VoIP ed i software collegati tra le applicazioni disponibili nello *store* di Apple.

Più recentemente, il tema della *app economy* è peraltro entrato prepotentemente nel dibattito statunitense sulle regole in materia di garanzia dell'accesso a Internet aperta e neutrale, la *net neutrality*, animato dalla consultazione indetta dalla FCC nel maggio 2014, all'indomani della sentenza che, per la seconda volta in pochi anni, ha ritenuto illegittimo il divieto di limitazioni tecniche imposte dagli operatori di reti a banda larga nell'accesso a

24 Talora, alcune imprese sono presenti in più segmenti della catena del valore. Ad esempio, alcuni produttori di *device* sono anche operatori di piattaforme software, mediante un proprio sistema operativo.

25 J. WORTHAM, "Even Google is Blocked With Apps for iPhone," in *New York Times*, July 28, 2009.

26 Richiesta di informazioni del 31 luglio 2009, conseguente all'avvio del procedimento DA 09-1736, pubblicata dalla FCC http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-09-1736A1.pdf.

contenuti, applicazioni e servizi online nei confronti dei propri utenti²⁷. Al momento, l'unica forma di intervento regolamentare ammessa dai giudici statunitensi a tutela degli sviluppatori di *apps* nei confronti dei fornitori di accesso alla banda larga è la trasparenza sulle condizioni tecniche e commerciali di offerta dei servizi ai propri utenti che possano comportare discriminazioni nel trattamento dei flussi di traffico IP. Come è noto, a seguito della scelta dello scorso decennio di deregolamentare il mercato dell'accesso alla banda larga, sono stati accomunati in un'unica categoria i *broadband provider* che controllano le reti di accesso ad internet e le imprese della catena del valore che operano nei punti terminali della rete – c.d. “*edge providers*” od OTT. È opinione diffusa che la deregolamentazione del mercato dell'accesso a banda larga abbia – nei fatti – favorito il consolidamento di posizioni dominanti in questi mercati. Peraltro, se questa configurazione del mercato è stata ritenuta dai *policy makers* funzionale ad un più rapido sviluppo degli investimenti nelle reti di nuova generazione, d'altro canto, deve constatarsi come per questa via si siano ridotte le possibilità dei consumatori di cambiare fornitore e, pertanto, siano divenuti insufficienti i soli obblighi di trasparenza, quale garanzia del mantenimento di una rete aperta e neutrale rispetto alle imprese che forniscono *apps* e contenuti²⁸.

La specificità delle questioni giuridiche e regolamentari nel contesto statunitense non impedisce di identificare i problemi di ordine economico e di mercato comuni alle due sponde dell'Atlantico e che attengono, in ultima istanza, all'esigenza di un adattamento delle teorie di *market regulation* sinora utilizzate nel settore delle telecomunicazioni. È significativo, al riguardo, osservare che la riproposizione, da parte della FCC, degli obblighi di non discriminazione del traffico internet generato dagli *edge providers* non ha messo in discussione l'alleggerimento della regolamentazione in capo ai *broadband provider*, pur ritenendo essenziale preservare i principi architettureali della rete (in particolare la parità di trattamento dei pacchetti) che hanno reso possibile il repentino sviluppo del business delle *apps* che, solo negli Stati Uniti, hanno prodotto 752.000 nuovi posti di lavoro, a far data dall'avvento dell'I-Phone nel 2007. Piuttosto, la FCC sembra preoccupata di garantire che il processo di consolidamento del mercato non incentivi gli operatori verticalmente integrati – che controllano risorse essenziali – ad attuare strategie di discriminazione del traffico IP a discapito delle imprese operanti nei mercati a valle e dei nuovi soggetti interessati ad entrare nel mercato²⁹.

4.3. La (eventuale) disciplina degli OTT

Sul fronte europeo, l'asimmetria regolamentare tra operatori di telecomunicazioni e “imprese OTT” rappresenta indubbiamente un tema centrale dei regolatori nel disegnare la futura disciplina dell'ecosistema di Internet. Il dibattito

²⁷ Si vedano le sentenze *Comcast Corp. v. FCC*, 600 F.3d 642 (D.C. Cir. 2010) e *Verizon v. FCC*, 11-1355, (D.C. Cir. 2014) che hanno dichiarato illegittimo l'intervento regolamentare della FCC. La sentenza *Verizon*, in particolare, si fonda, essenzialmente, sull'insussistenza del potere impositivo di obblighi ex ante nei confronti di imprese esterne all'ambito di applicazione soggettivo del Titolo II del Telecommunication Act.

²⁸ In questo senso, lo studio comparatistico di WIK Consulting, *Network Neutrality: challenges and responses in the EU and the US*, 2011, p. 47.

²⁹ Federal Communications Commission (FCC 14-61), *Protecting and Promoting the Open Internet*, May 15, 2014, pp. 16-19.

più sviluppato ed intenso riguarda infatti l'eventualità di applicare agli operatori OTT la regolamentazione vigente per le imprese di TLC o, comunque, di pervenire ad un *level playing field* regolamentare tra tutti gli operatori attivi sul mercato. Di fondo, la questione che si pone è se il regolatore dei mercati delle comunicazioni elettroniche possa estendere la propria competenza anche ai servizi di *information technology* o, più semplicemente, al mercato del software. Le posizioni in campo sono molto nette ed, in gran parte, scontate: da tempo gli operatori di TLC, ma anche dell'audiovisivo, chiedono che gli OTT siano sottoposti alle medesime regole che – nei rispettivi settori – vigono per le imprese ivi operanti. In particolare, nel campo delle TLC, si chiede una revisione del quadro regolamentare che intanto riduca gli obblighi regolamentari in capo agli operatori di TLC e, quindi, definisca un insieme minimo di regole valide per tutti gli attori della catena del valore che competono sugli stessi mercati³⁰.

Naturalmente, gli OTT manifestano tutta la loro contrarietà ad essere assoggettati a qualsiasi forma di regolamentazione. L'argomento prevalente su questo fronte si riconnette al dibattito sulla *net neutrality* e riguarda i potenziali effetti negativi sull'innovazione – e lo sviluppo di nuovi mercati – di una regolamentazione di reti e servizi a banda larga che favorisca una redistribuzione dei ricavi tra Telco e OTT, consentendo ai primi di imporre restrizioni nell'accesso alla rete in virtù di discriminazioni rispondenti alla logica degli accordi “*pay for priority*”³¹.

Più articolato il panorama delle posizioni espresse dalle istituzioni, dove prevale l'orientamento ad escludere, per il momento, forme di disciplina *ex ante* per gli OTT, ma non mancano punti di vista diversi, come quelli dell'International Telecommunications Union (ITU)³² e del Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)³³, favorevoli ad individuare spazi per un intervento regolamentare da parte delle autorità settoriali. Tra le autorità di regolamentazione delle TLC, va poi menzionata la posizione espressa dal regolatore francese (ARCEP), che ha proposto l'equiparazione di Skype agli operatori di comunicazioni elettroniche, con riferimento agli obblighi

30 Tra gli altri, si vedano A-M. ALLOUET ed altri, *Achieving a Level Playing Field between the Players of the Internet Value Chain, Communications & Strategies*, n. 93, 2014.

31 J.J. JOSÉ GANUZA-M.F. VIECENS, *Exclusive contents and next generation networks*, in *ICT and Innovation* a cura di C. CAMBINI-M.R. WARD-T. KRETSCHMER, *Information Economics and Policy* 25 (2013) 154-170.

32 Nell'ambito del rapporto “*Regulation and consumer protection in a converging environment*” (2013), l'ITU ha formulato alcune osservazioni interessanti. Nel tratteggiare gli scenari tecnologici e di mercato che caratterizzano l'evoluzione del settore delle comunicazioni, anche con riferimento alle apps, l'ITU ha richiamato il ruolo delle autorità nazionali di regolamentazione (ANR) ai fini dell'adozione di misure flessibili, rispondenti all'obiettivo di *future-proof regulation*, così da garantire una regolamentazione “necessariamente convergente”.

33 In linea con l'approccio regolamentare suggerito dall'ITU, l'ultimo rapporto del CSA propone di rivedere l'impianto normativo dei servizi audiovisivi digitali, al fine di includere i fornitori di apps che offrono accesso ai contenuti nell'ambito di applicazione di regole comuni al settore dei media, tenendo conto al contempo dell'esigenza di garantire adeguata flessibilità al quadro regolamentare per “accompagnare le trasformazioni del settore” senza frenare l'innovazione. In particolare, il CSA chiede l'estensione dei propri poteri alle piattaforme di video streaming (YouTube, Dailymotion o Netflix) musicali (Spotify, Deezer) ed agli *app store* (iTunes, AppStore, Google Play) e propone convenzioni con le *web company* che offrono contenuti audiovisivi online per il finanziamento della cultura, prevedendo anche un potere di arbitrato in caso di controversie. In cambio, le *web company* “potranno beneficiare di alcuni vantaggi” come “l'accesso alle offerte dei *provider*” (Orange, Free, Bouygues).

connessi alla fornitura di un servizio telefonico al pubblico³⁴.

Nell'ambito della possibile disciplina degli OTT, un'attenzione particolare spetta al tema, già richiamato, della regolamentazione delle piattaforme software. In tal senso, va segnalata l'interrogazione parlamentare del febbraio 2013, con cui è stato chiesto alla Commissione Europea di: i) chiarire se le politiche commerciali degli *apps store* violassero le norme a tutela della concorrenza; ii) se la Commissione avesse intenzione di regolamentare i sistemi di distribuzione delle apps e/o i sistemi operativi per *smartphone*. In quella circostanza, il Commissario alla concorrenza (Almunia) ha risposto che non appariva necessario introdurre una regolamentazione del business delle apps, mentre ovviamente rimaneva possibile l'applicazione del diritto della concorrenza, ancorché soggetto ad un esame caso per caso delle condizioni giuridiche ed economiche esistenti.

4.4. Gli interventi nei confronti degli operatori di TLC

Se, dalla eventuale disciplina degli OTT, si sposta l'attenzione sul versante degli obblighi in capo agli operatori di TLC, le principali questioni riguardano: i) le pratiche di *traffic management* e, più in generale la *net neutrality*, per quanto riguarda i profili di tutela della concorrenza; ii) gli interventi nell'ambito della risoluzione delle controversie tra operatori che coinvolgono anche piattaforme software o fornitori di apps.

La possibile disciplina delle pratiche di gestione del traffico IP, messe in atto dagli operatori di telecomunicazione a discapito degli altri operatori, è stata affrontata anche dalla Commissione europea. Al riguardo, il BEREC, ossia l'organismo europeo formato dalle 28 autorità di regolazione del settore, nell'ambito di un'indagine empirica³⁵, ha mostrato come, in Europa, siano diversi gli operatori TLC che bloccano l'accesso ad applicazioni mobili (Skype, Viber in particolare) e degradano o rallentano il traffico in maniera selettiva od "agnostica"³⁶. Nel complesso, queste pratiche producono effetti per una quota ragguardevole della clientela (attorno al 20%).

Attualmente, la Commissione europea tende a scoraggiare fortemente le pratiche di *traffic management*, per il loro impatto anti-concorrenziale nei mercati a valle della fornitura di servizi, tra cui le apps.

Anche in materia di *net neutrality*, la Commissione europea ha da tempo esaminato i profili di un possibile intervento regolamentare, mutando, nel corso del tempo, il proprio orientamento: attualmente, la proposta di Regolamento "Telecom Single Market", nella versione da ultimo approvata dal Parlamento Europeo, stabilisce un divieto generalizzato di restrizioni nell'accesso alle apps. Dal canto suo, nell'ambito del gruppo di lavoro sulla *net neutrality*, il

34 Secondo l'ARCEP, Skype fornirebbe un servizio telefonico al pubblico e, pertanto, dovrebbe essere assoggettata al rispetto di determinati obblighi, tra cui la disponibilità di chiamate d'emergenza e la messa in opera di mezzi per consentire le intercettazioni richieste dal magistrato. Per tali ragioni, il Regolatore francese aveva richiesto – a più riprese – che Skype si notificasse come operatore di comunicazioni elettroniche, senza tuttavia che Skype aderisse all'invito. Di conseguenza, per i profili penali di competenza, ARCEP ha informato il Procuratore della Repubblica circa la possibilità che Skype sia venuta meno agli obblighi cui sarebbe tenuta in quanto operatore di comunicazioni elettroniche attivo in Francia.

35 BEREC, *A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe*, 2012.

36 Cioè limitando l'accesso a una sola app oppure a tutte le apps che forniscono servizi equivalenti con analoghe caratteristiche tecniche e prestazionali.

BEREC ha esaminato anche la questione del controllo esercitato dagli operatori della rete di accesso sul traffico generato dalle applicazioni, attraverso una rappresentazione dell'architettura di Internet su due livelli (*network* ed *application layer*)³⁷. Ed è allo studio del BEREC la definizione di una metodologia per la rilevazione delle degradazioni selettive del traffico, aventi il fine di discriminare l'accesso a specifiche applicazioni; questa metodologia dovrebbe integrare i sistemi di monitoraggio della qualità dei servizi a disposizione delle autorità nazionali³⁸.

Come si è anticipato, per le autorità di regolazione settoriale vi è la possibilità di intervenire nelle relazioni tra piattaforme software o fornitori di apps ed operatori di TLC, nell'ambito della risoluzione delle controversie tra gli operatori. In queste circostanze, possono essere definiti principi che finiscono con avere valore al di là dello specifico caso trattato: in altri termini, si realizza la c.d. *regulation by litigation*. Con riferimento ai rapporti tra operatori di TLC (mobili) e sviluppatori di apps, questa opportunità ha trovato pratica applicazione nel caso dell'autorità italiana, come si dirà più avanti.

4.5. La tutela del consumatore

Sul versante della tutela del consumatore, bisogna preliminarmente considerare quale sia la rilevanza delle situazioni di *lock-in* in cui incorre l'utente, con conseguente innalzamento degli *switching cost* che deve affrontare per cambiare fornitore. Questo fenomeno – non nuovo nelle industrie *high tech* – sembra alquanto evidente anche nell'ecosistema delle apps. La situazione di *lock-in* si manifesta già al momento dell'acquisto del *device*, solitamente alquanto costoso (*tablet* o *smartphone* che sia), con accessori generalmente di tipo proprietario, e si accentua nei casi in cui si utilizzi una piattaforma chiusa: in tal caso, le apps o i contenuti digitali acquistati non possono essere portati su una piattaforma alternativa. Ad un primo esame, sembra, quindi, di poter sostenere che nell'industria delle apps la presenza di elevati *switching cost* sia una caratteristica diffusa.

In questo contesto, la tutela del consumatore passa primariamente per le garanzie in materia di trasparenza circa le condizioni contrattuali ed i prezzi, e ciò anche con specifico riferimento alle apps. In particolare, sono già diversi i casi di segnalazioni di pratiche commerciali scorrette che hanno riguardato il mondo delle apps, soprattutto con riguardo agli acquisti in-app, ossia alle proposte di acquisto di servizi, accessori, od altro, durante la sessione di una app gratuita³⁹.

I mutamenti innescati nella modalità di fruizione dei servizi digitali offerti attraverso le apps, soprattutto nel settore della telefonia mobile, comportano – inoltre – l'esigenza di apprestare strumenti di tutela in relazione al trattamento dei dati personali degli utenti, alla sicurezza dei sistemi di *mobile payment* e delle piattaforme che utilizzano i sistemi di *billing* degli operatori mobili per le

37 BoR (12) 131, BEREC *Guidelines for quality of service in the scope of net neutrality*.

38 BoR (14) 24, BEREC *Monitoring quality of Internet access services in the context of net neutrality, Draft report*.

39 In particolare, sulla questione degli acquisti in-app, Apple è stata già richiamata sia dalla FTC che dalla Commissione europea, mentre Google è stata sentita di recente dalla Commissione nell'ambito del procedimento relativo alla presentazione di impegni precedentemente citato (v. *supra*).

transazioni⁴⁰. Al riguardo, va menzionata la recente iniziativa del Global Privacy Enforcement Network, dove sono rappresentati i garanti della *privacy* dei 28 paesi membri dell'Unione Europea, che intende verificare – mediante una indagine a tappeto sulle apps disponibili su *tablet* e *smartphone* – il grado di trasparenza sull'uso delle informazioni degli utenti, le autorizzazioni loro richieste per scaricare applicazioni ed il rispetto della normativa sulla protezione dei dati personali.

Per quanto riguarda, poi, il problema della riduzione degli *switching cost*, la via è certamente quella di favorire l'interoperabilità delle piattaforme, promuovendo standard comuni, evitando al contempo gli eventuali effetti negativi sulla propensione ad innovare, riconducibili ad eventuali lungaggini legate alle procedure per la definizione degli standard. L'interoperabilità delle piattaforme consentirebbe la portabilità dei contenuti digitali e delle apps a pagamento, favorendone la diffusione, e quindi le economie di scala nella produzione. In questo modo, peraltro, si modificherebbe l'equilibrio tra titolari delle piattaforme e produttori di contenuti, a vantaggio di questi ultimi. Questa misura a tutela del consumatore potrebbe essere efficacemente introdotta per via legislativa o, alternativamente, per via regolamentare, previo rafforzamento dei poteri di intervento dell'autorità di settore.

Riepilogando, in materia di tutela del consumatore nell'ecosistema delle apps, i profili che emergono dalla letteratura e dalla concreta esperienza appaiono in larga parte comuni a quelli che connotano i servizi di comunicazione elettronica e dell'audiovisivo. Si tratta di garanzie in materia di: i) trasparenza nella fornitura del servizio; ii) condizioni di accesso; iii) livello di qualità del servizio; iv) sicurezza delle comunicazioni e del trattamento dei dati personali; v) pratiche commerciali scorrette; vi) tutela della *privacy* e così via⁴¹. Come si vede, alcuni di questi aspetti sono di stretta competenza dell'autorità di regolazione settoriale, mentre altri riguardano temi "orizzontali" generalmente presidiati da apposite autorità amministrative indipendenti, (ad esempio in Italia, il Garante per la protezione dei dati personali, in materia di *privacy*; l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con riguardo alle pratiche commerciali scorrette). Per altri temi, il Legislatore appare l'Istituzione competente ad intervenire.

Coerentemente con questa linea di ragionamento, i primi interventi regolamentari sui mercati delle apps sono stati adottati nel contesto di distinti ambiti di competenza. Così, il Garante per la *privacy* ha comunicato l'avvio di un'indagine su alcune apps per il settore medico scaricabili su *smartphone* e *tablet*, con la finalità di verificare il grado di trasparenza sull'uso delle informazioni degli utenti italiani, le autorizzazioni richieste loro per scaricare le applicazioni ed il rispetto della normativa italiana sulla protezione ed il trattamento dei dati personali, avendo riguardo al principio del consenso libero ed informato dell'utente. L'indagine è diretta all'elaborazione di un report nell'ambito dell'iniziativa "Privacy Sweep 2014", promossa dal già menzionato Global Privacy Enforcement Network, sulla base di indicatori condivisi, che consentano

40 In linea con questo approccio, lo scorso anno l'ITU ha richiamato il ruolo dei regolatori nazionali in uno studio dedicato all'impatto regolamentare della convergenza sui consumatori, concludendo che "*one of the key challenges for regulators is to establish a culture of security that promotes trust in ICT applications, one in which there is effective enforcement of privacy and consumer protection*". http://www.itu.int/ITU-D/finance/Studies/consumer_protection.pdf.

41 Tra gli altri, si rinvia a D. MAC SITHIGH, *App Law Within: rights and regulation in the smartphone age*, Edinburgh University School of Law research, paper 2012/22.

di verificare caratteristiche e funzionalità delle apps e la loro conformità alle discipline nazionali. Sul piano operativo, l'indagine a tappeto presuppone un'analisi del mercato italiano delle apps per le prestazioni mediche in mobilità, al fine di selezionare le cinquanta "più importanti", in termini di diffusione tra gli utenti, disponibili sulle varie piattaforme (Android, iOS, Windows, etc.). Gli eventuali profili di violazione della *privacy* rilevati saranno valutati dal Garante ai fini di possibili interventi prescrittivi o sanzionatori ma, nel complesso, si tende soprattutto all'esercizio di una funzione di *moral suasion* nei confronti degli attori del mercato.

Quasi contestualmente, l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato ha avviato un procedimento di accertamento di eventuali pratiche commerciali scorrette che investe la trasparenza dei sistemi di pagamento *in-app* nel mercato delle applicazioni per il *mobile gaming* e la correttezza delle informazioni fornite agli utenti, in particolare i minori. L'istruttoria avviata, infatti, riguarda la presentazione di informazioni potenzialmente ingannevoli ai consumatori di un videogioco per bambini, presentate sia nell'ambito della relazione commerciale diretta tra lo sviluppatore del software, Gameloft, e l'utente di smartphone, sia attraverso gli store (Google Play, Amazon App-Shop per Android e iTunes per iOS) che mettono a disposizione degli utenti apposite piattaforme di *m-payment* (Google Payment, Amazon ed iTunes) per facilitare gli acquisti attraverso il collegamento all'*account* della piattaforma (Google account, Amazon account) o a sistemi di identificazione (ID Apple) che non richiedono la reiterazione di *password* per il consenso all'acquisto.

5. L'esperienza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

Le considerazioni che precedono circa la regolamentazione e la tutela del consumatore nell'ecosistema delle apps valgono ovviamente anche per il mercato italiano delle comunicazioni elettroniche. In tal senso, è utile ripercorrere brevemente l'esperienza dell'AGCOM, con riferimento a temi che hanno qualche connessione con l'ecosistema delle apps, distinguendo, anche in questo caso, tra misure di promozione della concorrenza ed interventi a tutela del consumatore.

Sul versante dei rapporti tra gli operatori, l'AGCOM ha assunto alcune iniziative in materia di *net neutrality*, con specifico riferimento a pratiche di *traffic management* che conducono al blocco di applicazioni fornite da concorrenti. Tra il 2010 ed il 2011, l'AGCOM ha condotto un'indagine conoscitiva specificamente dedicata alle "Garanzie dei consumatori e tutela della concorrenza con riferimento ai servizi VoIP e *peer-to-peer* su rete mobile", nonché una consultazione pubblica che investiva un più ampio spettro di questioni, attinenti all'impatto che le tecniche di gestione del traffico IP possono avere sulla concorrenza e sulla libertà di informazione (c.d. "*net freedom*"), anche nei mercati delle reti fisse.

In particolare, nell'ambito della prima indagine, il dibattito tra operatori mobili e OTT ha sottolineato – tra le altre cose – la questione della qualificazione giuridica del servizio VoIP offerto con l'applicazione mobile Viber, che, utilizzando un sistema di *community*, risultava al di fuori del perimetro regolamentare tracciato dalla disciplina in vigore⁴².

42 Si veda la delibera n. 11/06/CIR, Disposizioni regolamentari per la fornitura di servizi

L'analisi della dinamica competitiva tra gli operatori di TLC e gli OTT – che forniscono applicazioni in concorrenza con i servizi di TLC – è stata riproposta, in termini più ampi, nell'ambito del procedimento che ha rivisto la disciplina dei servizi VoIP⁴³. Per un verso, gli operatori TLC lamentavano uno svantaggio competitivo rispetto alle applicazioni VoIP più popolari, come Viber e Skype, per effetto di una “asimmetria regolamentare” che consentirebbe a queste apps di offrire servizi di comunicazioni elettroniche, senza dover sostenere i costi associati al regime dell'autorizzazione generale. D'altro canto, le applicazioni VoIP di *community* sono escluse dal quadro degli obblighi di interconnessione ed interoperabilità, in quanto i fornitori di queste apps non risultano qualificabili come operatori “infrastrutturati” o “nomadici”, con la conseguenza che – attualmente – gli operatori di TLC possono applicare misure di blocco nei confronti delle applicazioni in parola, fatte salve le garanzie di trasparenza fissate dal quadro regolamentare⁴⁴.

Più di recente, l'AGCOM ha esaminato il quadro dei rapporti tra gli operatori mobili e gli sviluppatori di applicazioni per il *mobile ticketing* nell'ambito dell'esercizio della propria funzione di risoluzione delle controversie tra operatori. Il *mobile ticketing* è un servizio digitale offerto attraverso applicazioni che consentono alle società di trasporto di vendere biglietti elettronici agli utenti di operatori mobili mediante servizi sms/mms a sovrapprezzo. Una di queste applicazioni è stata sviluppata da un operatore (A-Tono) che utilizza la numerazione in decade 4⁴⁵.

In materia di tutela del consumatore, l'AGCOM non ha svolto una specifica attività nel campo delle apps, sebbene questioni relative “all'impatto della convergenza sui consumatori”⁴⁶ siano emerse anche nel contesto italiano, soprattutto con riferimento alle segnalazioni di pratiche commerciali scorrette⁴⁷. La casistica più rilevante riguarda i procedimenti sanzionatori avviati con riferimento a servizi *premium* offerti in alcuni casi dagli operatori mobili in forza di accordi commerciali con sviluppatori di apps; in altri casi, i servizi a sovrapprezzo erano attivati dall'utente in virtù di un rapporto commerciale diretto con lo sviluppatore di applicazioni, tenuto al rispetto delle regole stabilite per i fornitori di servizi a valore aggiunto (VAS) dal Codice di condotta CASP 3.0

VoIP ed integrazione del Piano nazionale di Numerazione.

43 Delibera n. 128/11/CIR, Disposizioni regolamentari in merito all'interconnessione IP ed interoperabilità per la fornitura di servizi VoIP.

44 Sono salvaguardate, in ogni caso, le garanzie per i fornitori di queste apps fissate dal quadro normativo in materia di trasparenza sulle limitazioni tecniche e degradazioni della qualità del servizio che comportino restrizioni nell'accesso a talune applicazioni. Cfr. Artt. 20 (1), 21 (1) e (2) e 22 (3) della Direttiva Servizio Universale.

45 Le controversie sono state tutte conciliate. In questo contesto, è emerso come il *mobile ticketing* si stia sviluppando mediante un modello di business fondato sulla triangolazione dei rapporti tra: (i) operatore di rete mobile che funge da *access provider*; (ii) sviluppatori di apps operanti come “partner tecnologici” secondo il modello della piattaforma multi-versante e che, in alcuni casi, sono anche operatori di TLC; (iii) società municipalizzate e pubblica amministrazione, che l'Autorità qualifica come “*content e service providers*” (CSP).

46 Rapporto ITU, *Regulation and consumer protection in a converging environment*, 2013, p. 18 <http://www.itu.int/en/ITU-D/Regulatory-Market/Documents/Regulation%20and%20consumer%20protection.pdf>.

47 In realtà, vi è stato un caso anche nel settore della disciplina dei sondaggi in periodo elettorale, con riferimento al servizio di PoliticAPP sviluppata dalla società d'analisi triestina SWG, per il quale si è posto un problema di applicabilità del divieto di “diffusione di sondaggi elettorali sui mezzi di comunicazione di massa” durante il periodo c.d. di *blackout* elettorale per una applicazione mobile scaricabile a pagamento sugli store di Apple e Google.

(gennaio 2013). Pur segnalando che il Codice è un esempio di autoregolamentazione, promosso⁴⁸ e valutato positivamente dall'Autorità con delibera n. 43/13/CIR, si tratta di un riferimento concreto che mostra come l'AGCOM abbia inteso utilizzare strumenti alternativi al tradizionale intervento regolamentare per includere anche fornitori di apps integrate con servizi di telecomunicazioni nel perimetro della tutela dei consumatori nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Questo veloce *excursus* deve infine dare conto del recente intervento legislativo che ha attribuito all'AGCM la competenza sulle pratiche commerciali scorrette anche nel comparto delle comunicazioni elettroniche, riducendo quindi significativamente lo spazio d'intervento dell'AGCOM.

L'esercizio di funzioni sanzionatorie in materia di pratiche commerciali scorrette nei mercati dei servizi di comunicazioni elettroniche è stato, infatti, oggetto di un dibattuto conflitto di competenza tra le due autorità, risolto nel 2012 dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che si era pronunciata sull'*actio finium regundorum*, a favore dell'AGCOM in virtù della specialità delle norme del Codice delle comunicazioni elettroniche che formano una disciplina esauritiva, dotata degli adeguati presidi sanzionatori⁴⁹. L'orientamento così formato, in ossequio al principio di specialità, è stato tuttavia sovvertito con l'adozione del d.lgs. n. 21/2014 recante la disciplina di recepimento della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori che ha attribuito una competenza esclusiva all'AGCM nell'accertamento di pratiche commerciali scorrette, anche se queste integrano una violazione delle norme settoriali nei settori regolati da altre autorità, fermo restando l'obbligo di richiederne il parere all'AGCOM e la possibilità di adottare protocolli di intesa per il coordinamento amministrativo. Senza entrare nel merito dei problemi applicativi che la formulazione della disposizione adottata potrebbe comportare in punto di diritto⁵⁰, occorre tuttavia segnalare che, sul piano della *policy* regolatoria, la scelta del Legislatore italiano si pone in controtendenza con gli indirizzi, precedentemente menzionati, delle istituzioni internazionali ed europee che invitano a un ampliamento e rafforzamento dei compiti di tutela del consumatore affidati ai regolatori settoriali⁵¹. In un contesto di crescente sostituibilità ed integrazione tra servizi di tele-

48 Nel senso che l'art. 22 dell'Allegato A alla delibera n. 52/12/CIR, recante "Ulteriori numerazioni per servizi a sovrapprezzo: numerazioni per servizi SMS/MMS e trasmissione dati" aveva riconosciuto effetti giuridici all'adozione e sottoscrizione del Codice di autoregolamentazione da parte di fornitori di servizi a sovrapprezzo (compresi i fornitori di apps) ai fini del legittimo utilizzo delle risorse numeriche.

49 Consiglio di Stato Adunanza Plenaria – 11 maggio 2012 – nn. 11, 12, 13, 15 e 16 (Riforma: T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I, n. 14857/2010, T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I, n. 19892/2010; T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I, n. 19893/2010; T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I, n. 14856/2010, T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I, n. 04931/2010).

50 Su cui si rinvia alla letteratura giuridica sull'argomento e, tra i diversi commenti, a quello di G. NAVA, *Il conflitto tra istituzioni sulla competenza nella tutela dei consumatori nei mercati regolati: una proposta risolutiva?*, in <http://www.dimt.it/2014/01/14/il-conflitto-tra-istituzioni-sulla-competenza-nella-tutela-dei-consumatori-nei-mercati-regolati-una-proposta-risolutiva>.

51 Si veda in particolare ITU, *Regulation and consumer protection in a converging environment*, 2013 cit. Sul fronte europeo, si segnala la posizione espressa dalla Commissione nella procedura di infrazione n. 2013/2169, in cui si contestava allo stato italiano la non chiara ripartizione delle competenze tra le diverse autorità amministrative indipendenti. A tale situazione ha posto rimedio l'adozione del nuovo comma 1-bis dell'art. 27 del Codice del consumo. In realtà, parte della dottrina ha sollevato dubbi in merito alla compatibilità della soluzione prospettata con il diritto europeo ed, in particolare, con il ruolo affidato alle autorità di regolazione dei mercati di servizi pubblici, in particolare quello delle comunicazioni elettroniche. In tal senso, V. CARFI, *Pratiche commerciali: il comma 1 bis dell'art. 27 del Codice del consumo*, in *Rivista della Rego-*

comunicazioni tradizionali e servizi digitali innovativi offerti mediante apps, l'asimmetria delle regole può esporre il consumatore a nuovi rischi. Nell'attuale fase di rapide e continue innovazioni tecnologiche e di mercato, tuttavia, l'opportunità di una regolamentazione pienamente convergente si deve misurare non soltanto con i tempi del procedimento legislativo ma anche con la necessità di garantire un contesto normativo che non ostacoli l'investimento nei mercati emergenti delle apps. Pertanto, in questa fase, l'esercizio di funzioni di vigilanza e contenziose da parte dell'autorità di regolazione del mercato potrebbe presentare il vantaggio di limitare l'intervento a misure correttive laddove emergano effettivamente esigenze di tutela in relazione al caso concreto, evitando al contempo di anticipare o condizionare le scelte del mercato.

6. Considerazioni conclusive

Questo contributo ha voluto in primo luogo segnalare il rapido sviluppo del fenomeno delle apps ed il ruolo importante che hanno assunto per la fornitura di servizi nell'ecosistema di Internet, sia in termini di crescita del fatturato che di impatto sulla vita dei cittadini e delle imprese. Quindi, ne sono stati esaminati i riflessi sui "tradizionali" mercati delle comunicazioni elettroniche e dell'audiovisivo, con particolare attenzione agli aspetti concorrenziali e di tutela del consumatore. In tal senso, l'analisi è stata svolta partendo dal contesto internazionale, per poi confrontare l'esperienza europea e quella statunitense, fino a mettere a fuoco l'esperienza italiana, dove si registrano i primi interventi delle diverse autorità amministrative coinvolte.

In sede di conclusione, si propone una riflessione di portata più ampia sul rapporto tra innovazione e regolazione dei mercati. Lo studio del business delle apps può essere, in altri termini, un prisma attraverso il quale formulare indicazioni per una strategia di *policy* relativa all'ecosistema digitale nel suo complesso, diretta a conciliare il sostegno ad una industria in forte crescita con la promozione della concorrenza e la tutela del consumatore.

Un primo aspetto – metodologico – riguarda la constatazione di come il fenomeno della *apps economy* confermi la necessità di un approccio di natura sistemica, rispetto alla tradizionale analisi a livello di (specifico) mercato fino ad ora prevalsa. Il che vale sicuramente per la regolamentazione, ma – altrettanto – per la strategia di *policy* del governo centrale. Con riferimento al versante della regolamentazione dei mercati, ci si avvicina – infatti – all'ultima fase del ciclo di vita iniziato da oltre un decennio, allorché la Commissione europea definì il quadro regolamentare per le comunicazioni elettroniche. Ciò è dovuto ad alcune fondamentali ragioni. Innanzitutto, diminuisce progressivamente il numero di mercati che la Commissione ritiene suscettibili di regolamentazione *ex ante*: dalla iniziale lista di 18 mercati, si è passati a 7 nel 2007 e – da ottobre 2014 – si è scesi a 4⁵². È un processo naturale, atteso, che te-

lazione dei Mercati, 2014, I, p. 201 ed il contributo di S. LA PERGOLA, *Competenza esclusiva in materia di pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *I nuovi diritti dei consumatori*, Giappichelli, 2014, p. 392, dove l'autore segnala che la direttiva europea aveva espressamente previsto la coabitazione tra autorità di regolazione e autorità della concorrenza.

⁵² 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

stimonia l'efficacia della regolamentazione, ossia la sua capacità di promuovere concorrenza nei mercati delle comunicazioni elettroniche. Inoltre, il processo di convergenza tra TLC, audiovisivo ed IT (*Information Technologies*) ha prodotto cambiamenti di mercato strutturali, rendendo più labili, fino talora ad annullarli, i confini tra mercati distinti sotto il profilo merceologico ed appartenenti ad industrie con vincoli regolamentari diversi, come pure ha promosso una ulteriore spinta all'internazionalizzazione di questi mercati. Infine, gli obiettivi di promozione della concorrenza e di tutela del consumatore cui è preordinata la regolamentazione settoriale, sovente devono essere posti in bilanciamento con altri valori e interessi di carattere "trasversale" ed altrettanto importanti: la tutela della *privacy*, la promozione dell'innovazione tecnologica, la tutela del diritto d'autore. Da quanto precede, discende che la regolamentazione "classica", basata sulle analisi di mercato mutate dall'esperienza antitrust, rivestirà in prospettiva un ruolo minore rispetto a nuove funzioni regolatorie (la cosiddetta "regolazione 2.0"), che impegneranno le autorità di regolazione delle comunicazioni elettroniche, chiamate ad intervenire su materie intersettoriali che, in alcuni casi, rappresentano il terreno di possibili conflitti tra interessi, norme e competenze. I temi dell'*apps economy* e del raggiungimento di un *level playing field* regolamentare, cui si accenna di seguito, costituiscono esempi di materie complesse che richiedono un approccio sistemico.

La seconda indicazione, di carattere metodologico ed istituzionale, riguarda il tema – più volte richiamato – della definizione di un *level playing field* regolamentare per tutti i protagonisti in campo: non solo gli operatori di TLC e dell'audiovisivo, ma anche i cosiddetti OTT. Si tratta di un tema che – per definizione – richiede un approccio di sistema, dal momento che coinvolge più industrie, diverse discipline e, di conseguenza, diverse autorità amministrative. Come si ricordava, il dibattito sembra invece privilegiare proposte di mera estensione agli OTT degli obblighi attualmente in capo a operatori di TLC o ai fornitori di servizi di media audiovisivi, con il rischio di una *over regulation* che disincentivi gli investimenti. Oppure, in direzione opposta, si registrano posizioni a favore di una regolamentazione minima – valida per tutti i grandi operatori – che, nei fatti, potrebbe però andare a detrimento di utenti, consumatori ed operatori di minori dimensioni, ossia dei soggetti più deboli sul mercato. A questo riguardo, sarà molto importante che la Commissione europea assuma una posizione chiara, che non si limiti peraltro al mercato delle TLC⁵³. Peraltro, al momento, l'unico "luogo" in cui viene affrontata la questione è la recente Raccomandazione sui mercati rilevanti, pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea lo scorso ottobre, dove la Commissione si limita a sostenere che – in prospettiva – sia possibile valutare i servizi forniti dagli OTT come sostituti dei servizi offerti dalle imprese di comunicazioni elettroniche. In altri termini, bisognerà attendere la concreta declinazione che le Autorità di regolazione daranno di questa previsione per valutare se, ed in quale misura, vi sia un impatto in termini regolamentari.

L'analisi della *apps economy* – come evidenziato in precedenza – segnala, invece, un'altra criticità, ossia la pluralità di amministrazioni indipendenti che,

Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (Testo rilevante ai fini del SEE) (2014/710/UE).

⁵³ La questione del *level playing field* è oggetto di discussione anche nell'ambito della revisione della Direttiva sui Servizi Media ed Audiovisivi: ovviamente, in questo caso, sono gli operatori televisivi a porre l'esigenza di una simmetria tra gli obblighi in capo ai *broadcaster* e quelli – a loro dire inesistenti – che gravano sugli OTT.

a diverso titolo, se ne stanno occupando. L'indicazione che ne deriva è quindi di tipo istituzionale. Dal veloce *excursus* svolto nel capitolo precedente, si sono registrati interventi di autorità della concorrenza, di garanti della *privacy*, di autorità di regolamentazione dei mercati. Premesso che questi interventi appaiono legittimi e giustificati, rimane la necessità di un doppio coordinamento: a livello nazionale, tra le diverse autorità amministrative indipendenti, così da evitare possibili duplicazioni o comunque elementi di contraddizione che influiscano negativamente sulla certezza delle regole e, di conseguenza, sull'investimento in innovazione; a livello sovra-nazionale, tra le autorità statali competenti per le stesse materie⁵⁴. A quest'ultimo riguardo, va nuovamente citata l'esperienza virtuosa dei garanti della *privacy* dell'Unione europea.

Infine, l'ultima indicazione rimanda al ruolo delle politiche economiche del governo centrale ed alla loro relazione con le prerogative delle (diverse) autorità amministrative che, per profili distinti, sono competenti in materia. La questione richiama, principalmente, il rapporto con gli indirizzi di politica industriale ed, in minor misura, con le politiche fiscali. Nel primo caso, molti paesi hanno definito – o stanno impostando – strategie a sostegno dell'economia digitale, non sempre affidando un ruolo esplicito e/o incisivo alle autorità di regolazione, che pure hanno competenze dettate dal quadro regolamentare comunitario. Al tempo stesso, con interventi sporadici, alcuni paesi utilizzano la leva fiscale per stabilire – di fatto – il *level playing field* tra tutti gli operatori attivi nell'ecosistema Internet, determinando in tal modo disparità di condizioni a livello comunitario. Sarebbe importante – invece – che queste iniziative assumessero una dimensione europea e, comunque, tenessero conto delle prerogative delle autorità nazionali competenti nei singoli settori di intervento. Non si tratta solo di perorare il – dovuto – rispetto del ruolo delle autorità di regolazione, ma anche di evitare che interventi non coordinati, almeno a livello europeo, e disparati sotto il profilo degli obiettivi, finiscano con il compromettere lo sviluppo di un'industria (un ecosistema) tra le poche, in questa lunga congiuntura economica negativa, da cui stanno provenendo – e sono attesi anche per il prossimo futuro – impulsi positivi per la crescita economica ed occupazionale.

⁵⁴ Si deve, infatti, considerare che, nella stragrande maggioranza dei casi, si tratta di apps che hanno una diffusione internazionale, senza barriere linguistiche che ne possano limitare la circolazione: su tutti, valga il caso delle apps per il *gaming*.

La cessione dei diritti audiovisivi del Campionato di calcio di Serie A, tra regolazione procompetitiva e tutela della concorrenza *

di Federico Ghezzi e Mariateresa Maggiolino ^a

ABSTRACT

In this paper we examine the Italian rules governing the selling of media “premium” rights by the Italian professional Soccer League. These rights are currently commercialized centrally, i.e. by the League itself for a three years period. We argue that in light of technological evolution and convergence, the practice of selling these rights “per platform” and according to a “no single buyer rule” may harm dynamic efficiency. Interplatform distribution exclusivity should thus prevail, unless these rights were to be considered not only significant in terms of audience and advertisement, but as an essential facility for downstream pay-TV markets. In this latter situation, a centralized broadcasting system, similar to those adopted in the United States by the major sports leagues, should represent a workable alternative.

SOMMARIO: 1. La cessione dei diritti audiovisivi relativi ai campionati di calcio di serie A, il Decreto Melandri/Gentiloni e le possibili alternative di merito e metodo. – 2. I mercati della distribuzione di contenuti audiovisivi: evoluzione tecnologica e convergenza. – 3. I campionati di calcio: eventi premium, “must have”, o essential facilities? – 4. I campionati tra interazione, cooperazione ed equilibrio competitivo. – 5. La vendita collettiva dei diritti audiovisivi sportivi. – 6. L’impatto della vendita in esclusiva e i rimedi per evitare che il monopolio a monte si trasferisca a valle. – 7. Alcune considerazioni sul disegno ottimale delle modalità di cessione dei diritti audiovisivi sportivi.

* Il presente scritto riprende e in parte sviluppa il testo della relazione presentata da Federico Ghezzi al seminario “Marketing dei diritti audiovisivi sportivi tra diritto europeo ed ordinamento interno: le evoluzioni del mercato dopo FAPL” Università Bocconi, Milano, 9 maggio 2014, poi pubblicata con il titolo “Cessione di diritti audiovisivi nel settore del calcio, esclusive e diritto della concorrenza” in S. GOBBATO-O. POLLICINO, a cura di, *Eventi sportivi e diritti audiovisivi: le esclusive tra concorrenza e regolazione*, Aracne Ed., 2014. Ringraziamo in particolare Sara Gobbato per la documentazione, gli stimoli e le osservazioni formulate ad una precedente versione dello scritto, nonché Eugenio Bruti Liberati, Andrea Pezzoli, Giovanni Moglia e Antonio Nicita per gli utili suggerimenti (la responsabilità per quanto scritto rimane ovviamente esclusivamente nostra).

a Sebbene il lavoro sia frutto di una ricerca comune, a Federico Ghezzi si devono attribuire i paragrafi da 2 a 4, a Mariateresa Maggiolino i paragrafi 5 e 6; i paragrafi 1 e 7 sono da attribuirsi ad ambedue gli autori.

1. La cessione dei diritti audiovisivi relativi ai campionati di calcio di serie A, il Decreto Melandri/Gentiloni e le possibili alternative di merito e metodo

In questi mesi si è a lungo discusso del modo in cui la Lega Nazionale Professionisti di Serie A ha organizzato e gestito il processo competitivo di assegnazione dei diritti audiovisivi per il Campionato di calcio di Serie A per le prossime tre stagioni 2015-2017¹. Come è noto, l'aggiudicazione avviene nell'ambito della cornice normativa dettata dal decreto legislativo Melandri/Gentiloni (d.lgs. n. 9/2008)². In particolare, l'art. 8 del d.lgs. n. 9/2008 disciplina l'assegnazione di tali diritti con il fine di favorire un esito in cui non vi sia un unico "vincitore" che possa accaparrarsi l'intera offerta. Infatti, l'organizzatore della competizione – nel nostro caso la Lega Calcio – «è tenuto ad offrire i diritti audiovisivi mediante più procedure competitive, ai fini dell'esercizio degli stessi per singola piattaforma ovvero mettendo in concorrenza le diverse piattaforme, ovvero con entrambe le modalità. Nell'ipotesi in cui vengano messe in concorrenza diverse piattaforme, l'organizzatore della competizione è tenuto a predisporre più pacchetti. L'organizzatore della competizione deve predisporre pacchetti tra loro equilibrati in modo da garantire la presenza, in ciascuno di essi, di eventi della competizione di elevato interesse per gli utenti». L'art. 9, comma 4, d.lgs. n. 9/2008 prevede inoltre la c.d. "no single buyer obligation" secondo cui è «fatto divieto a chiunque di acquisire in esclusiva tutti i pacchetti relativi alle dirette, fermi restando i divieti previsti in materia di formazione di posizioni dominanti», laddove l'art. 10, comma 1, d.lgs. n. 9/2008 dispone che i contratti di licenza tra la Lega Calcio e le emittenti televisive abbiano una durata massima di tre anni³. E, per completare il panorama delle disposizioni rilevanti, si deve da ultimo segnalare che l'organizzatore della competizione non è tenuto necessariamente a cedere a terzi i diritti audiovisivi. Infatti, se ed in quanto compatibile con la normativa antitrust, è possibile per l'organizzatore realizzare una «propria piattaforma, previo ottenimento dell'occorrente titolo abilitativo, ovvero realizzare prodotti audiovisivi e distribuirli direttamente agli utenti, attraverso i canali tematici ufficiali ovvero attraverso un proprio canale tematico, accedendo ai necessari servizi tecnici e commerciali a condizioni eque, trasparenti, non discriminatorie e orientate ai costi».

¹ Più precisamente, oggetto di cessione sono stati (suddivisi in diversi pacchetti) il Campionato di Serie A, la Coppa Italia, la Supercoppa, il Campionato Primavera, la Coppa Italia Primavera, la Supercoppa Primavera. La ripartizione definitiva per i diritti nazionali è avvenuta nel giugno 2014, a seguito di un accordo tra i due principali operatori televisivi dopo che i risultati dell'asta erano stati oggetto di forti critiche, diffide e contro diffide tra le parti. Si veda il resoconto di M. BELLINAZZO-A. BIONDI, *Diritti Tv Serie A: Accordo raggiunto, a Sky tutti i match per 572 milioni e a Mediaset le big per 373 milioni*, ne *Il Sole 24 Ore* del 26 giugno 2014. Al momento in cui si scrive, nessuna istruttoria antitrust è stata avviata per vagliare la tenuta concorrenziale degli accordi raggiunti tra i principali operatori e la Lega.

² D.lgs. 9 gennaio 2008, n. 9, "disciplina della titolarità e della commercializzazione dei diritti audiovisivi e relativa ripartizione delle risorse", in G.U. 1 febbraio 2008 (rettifica in G.U. 19 aprile 2008, n. 93). Per un'analisi approfondita del Decreto Melandri si veda, per tutti, E. MORELLI, *I diritti audiovisivi sportivi. Manuale giuridico, pratico e teorico sui diritti di trasmissione degli eventi sportivi a seguito della riforma Melandri*, Giuffrè, Milano, 2012.

³ Si vedrà nei prossimi paragrafi come questi limiti cristallizzino in previsioni normative le condizioni imposte (e spesso ritenute eccezionali) in alcune decisioni della Commissione europea relative alla vendita congiunta dei diritti della Champions League e di alcuni campionati di calcio nazionali.

In sintesi, il ventaglio delle alternative previste dal Decreto Melandri/Gentiloni è alquanto ampio. La Lega Calcio può decidere se offrire o meno i diritti tramite procedura competitiva. Nel caso in cui intenda offrirli, i vincoli principali sono quelli della durata massima e del divieto di attribuire tutti i pacchetti al medesimo soggetto. Infine, nel mettere all'asta i diritti, la Lega Calcio può assegnare i diritti in funzione delle diverse piattaforme tecnologiche, oppure può mettere in concorrenza i vari operatori avendo però l'accortezza di offrire a questi ultimi una pluralità di pacchetti tra loro "equilibrati", ossia contenenti ciascuno eventi di elevato interesse per gli utenti⁴.

In questo lavoro non ci proponiamo di effettuare un esame delle singole disposizioni rilevanti del Decreto Melandri/Gentiloni, così come ci asterremo dal commentare il modo in cui sono stati in concreto organizzati i pacchetti di diritti messi in competizione nell'ultima tornata di assegnazione dei diritti, nonché la tenuta concorrenziale degli accordi tra operatori che sono stati assunti a seguito all'esito della procedura⁵. Intendiamo invece concentrarci sul problema in una chiave più prospettica, guardando cioè sia all'evoluzione dei mercati della fruizione dei contenuti audiovisivi e, soprattutto, delle alternative relativamente ai modi di diffusione del segnale, sia alle principali esperienze europee, oltre che alle decisioni assunte in questo ambito dalla Commissione europea con particolare riferimento alla trasmissione di eventi sportivi *premium*⁶.

L'idea di fondo che vorremmo sviluppare è che la convergenza tecnologica, la quale in altri paesi è già una realtà, e che anche nel nostro paese è comunque in atto, rende non più attuale una assegnazione dei diritti sulla base delle modalità tecniche con le quali il segnale televisivo è diffuso (le "diverse piattaforme" cui fa riferimento la legge italiana)⁷. Le differenze, pur presenti, tra satellite, cavo, digitale e internetTV sotto il profilo tecnologico e soprattutto del grado di penetrazione del segnale sono sempre più contenute e le varie modalità di distribuzione del segnale televisivo possono essere semplicemente integrate in un unico apparecchio⁸.

4 Per una visione critica del d.lgs. n. 9/2008 sotto il profilo concorrenziale v. per tutti J.F. DIAZ-V. FORTI, *La disciplina antitrust della nuova legislazione sui diritti di trasmissione: quid novi sub sole?*, in *Riv. dir. ec. sport.*, 2, 2008, p. 13 ss.; per una veloce rassegna dell'evoluzione normativa nel campo dei diritti audiovisivi sportivi v. A. DE MARTINI, *La disciplina dei diritti televisivi nello sport*, in *Riv. dir. ec. sport.*, 2011, 2, 32 ss. nonché E. APA, *L'evoluzione delle regole del mercato dei diritti del calcio in Italia e in Europa*, I-com, 17 febbraio 2014.

5 Una analisi dei pacchetti è offerta in L. SANTORO, *La guerra dei diritti TV sul campionato di calcio ('15/'18)*, che si può leggere in www.personaedanno.it.

6 Nella nozione di "contenuti *premium*", la prassi antitrust fa generalmente ricadere i contenuti cinema e sport particolarmente attrattivi che, in quanto tali, sono considerati un "motore di abbonamenti" e dunque una prerogativa essenziale per il successo delle offerte a pagamento. In Francia, l'*Autorité de la concurrence* riconosce, tuttavia, che i contenuti *premium* non sono prerogativa della *pay-tv* ma rilevano anche per la televisione gratuita, per la quale generano maggiori *audience* e entrate pubblicitarie (in tal senso, con riferimento ai contenuti sport *premium*, si veda ad es. *beIN Sports/Canal Plus*, decisione dell'*Autorité de la Concurrence* n. 14-MC-01 del 30 luglio 2014, punti 76-77). Secondo questo approccio, dunque, nel mercato televisivo tutti gli operatori (quale che sia il modello di *business* prescelto, *pay* o *free*) competono tra loro per acquisire i contenuti attrattivi e, quindi, l'attenzione degli spettatori con conseguenti maggiori entrate (siano esse da abbonamenti e/o pubblicitarie).

7 Questa strada era fortemente auspicata, dieci anni orsono, da G. CREA-A. GANNACCARI, *Il binomio banda larga e industria dei contenuti tra innovazione, diritto antitrust e regolazione*, in *M.C.R.*, 2005, p. 77 ss., in particolare pp. 115-116.

8 Più in particolare, se continuano ad esservi distinzioni, ad esempio in tema di grado di interattività, queste paiono meno rilevanti nel campo della diffusione di eventi sportivi in diretta. Cfr. sull'argomento T. TOFT, *Ec Competition Law aspects: Sports Rights in a converging tech-*

In secondo luogo, occorre a nostro avviso prendere atto che, quando si valutano gli accordi tra o con imprese che operano nel settore dello sport, la valutazione di determinate condotte, quali la cessione congiunta dei diritti di trasmissione di un campionato o di un torneo sportivo, deve tenere conto delle specificità dello sport, che possono modificare profondamente sia il modo in cui si apprezza una condotta, sia l'esito di tale valutazione⁹. Proprio in tema di cessione di diritti di trasmissione televisiva, la circostanza che una lega o un'associazione di squadre e team sportivi venda congiuntamente i diritti di trasmissione ad un certo prezzo, vietando al contempo alle singole associate di trattare singolarmente i medesimi diritti, dovrebbe essere equiparata ad un cartello di vendita, ossia ad un'intesa *hard core* certamente vietata. La specificità dello sport e del *modo* in cui i team sportivi competono nell'ambito di un campionato o di un torneo consente, a certe condizioni, di raggiungere una conclusione radicalmente diversa¹⁰.

In terzo luogo, pensiamo che sotto il profilo della concorrenza la questione circa l'assegnazione dei diritti televisivi dipenda criticamente dal rilievo che l'evento sportivo assume nell'ambito del palinsesto offerto dalle televisioni a pagamento. In alcuni paesi europei si ritiene che il campionato nazionale di calcio sia un "*must have*", ossia rappresenti il principale e più potente motore trainante degli abbonamenti e della raccolta pubblicitaria di una emittente a pagamento, tanto da causarne financo l'uscita dal mercato in caso di un suo mancato ottenimento.

In Italia, vi sono alcuni indicatori secondo i quali, sotto un profilo economico, per le televisioni a pagamento il Campionato nazionale di calcio di Serie A potrebbe addirittura assimilarsi ad una *essential facility*¹¹. È evidente come quest'ultima considerazione rilevi ai fini della scelta e della valutazione competitiva delle modalità distributive. Nella situazione descritta l'assegnazione in esclusiva, che pure renderebbe massimi i profitti dell'organizzatore e gli incentivi dell'assegnatario ad investire al fine di migliorare la qualità dei prodotti of-

nology environment, relazione presentata al convegno su "Broadcasting & EC Competition Law", London, 30 March 2006.

9 Che il diritto della concorrenza possa applicarsi anche all'attività sportiva, se ed in quanto qualificabile come attività economica, è risultato da tempo acquisito nella giurisprudenza europea. Cfr. Corte di giustizia, 12 dicembre 1974, causa 36/74, *Walrave & Koch c. Union Cycliste Internationale*, in *Raccolta*, 1405; 14 luglio 1976, causa 13/76, *Dona v. Mantero*, in *Raccolta*, 1333. Per un utile esame dei principali problemi riguardanti la relazione tra sport e concorrenza cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *The White paper on Sport*, Com(2007)391final, Bruxelles 2007; si veda altresì il documento di discussione in COMMISSIONE EUROPEA, *The EU and Sport: Background and Context*, Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Sport, SEC(2007)935, Bruxelles, 2007.

10 Su questo tema si vedano, ad esempio, A.C.T. SMITH-B. STEWART, *The Special Features of Sport: A Critical Revisit*, in 13 *Sport Management Review*, 2010, pp. 1-13; A. SANTA MARIA, *Professional Sport and Competition*, in *Antitrust between EC Law and National Law*, a cura di E.A. RAFFAELLI, 2005, 267-290; L. ROSSI-LINDSTROM-S. DEWAELE-D. VAIGAUSKAITE, *Application of EC Antitrust Rules in the Sports Sector: An Update*, in *Competition Policy Newsletter*, 2005, 3, pp. 72-77; O. BUDZINSKI, *The Institutional Framework for Doing Sports Business: Principles of EU Competition Policy in Sports Markets*, Int. Ass'n of Sports Economist W.P. Series, No. 11-03. V. inoltre A. PEZZOLI-P. BUCCIROSSI, *Calcio, diritti televisivi, e concorrenza*, in *Conc. Merc.*, 1996, pp. 553-571.

11 Anche se i dati sembrano indicare una lieve perdita di rilevanza del Campionato di Calcio di Serie A quale driver degli abbonamenti delle Pay TV. Cfr. A. PRETA, *Televisione e mercati rilevanti*, Milano, 2012, ove si indica che gli utenti che avevano incluso il calcio nel loro pacchetto in abbonamento nel 2010 erano il 45% (mentre erano il 50% nel 2004); e più del 60% se si considerano il calcio e altri sport (mentre erano più del 70% nel 2004).

ferti¹², potrebbe determinare la monopolizzazione dei mercati a valle¹³. Di conseguenza, laddove si intendesse preservare la concorrenza tra emittenti televisive a pagamento bisognerebbe consentire loro l'accesso alla risorsa "Campionato nazionale di calcio" a condizioni eque e non discriminatorie.

Tra questi due modelli "puri" (esclusiva e accesso generalizzato) vi sono poi altre soluzioni intermedie, come il tentativo di promuovere la concorrenza mediante l'imposizione di rimedi, la previsione di clausole "no single-buyer", o la assegnazione dei diritti tramite esclusive per piattaforma.

Questo per quanto riguarda le possibili soluzioni di "merito" ai problemi concorrenziali che si incontrano nel mercato della distribuzione dei contenuti e relativi diritti sportivi.

Sotto altro profilo, più di "metodo", occorre comprendere *come* si dovrebbero adottare le suddette soluzioni, ossia bisogna stabilire quale ruolo dovrebbero giocare nel mercato tanto la regolazione economica di rango primario e secondario, quanto il diritto antitrust. Tradizionalmente, infatti, la regolazione non solo protegge anche interessi altri da quelli meramente concorrenziali (quali il pluralismo dell'informazione o la stabilità dei mercati finanziari, bancari e monetari) ma, quando chiamata a promuovere la concorrenza, abbraccia comunque una prospettiva generalista per creare nel *presente* quelle condizioni di mercato che incentiveranno le imprese a competere nel *futuro*¹⁴. Diversamente, il diritto antitrust ha un raggio di azione ben più limitato, dovendo infatti tutelare *hic et nunc* il corretto funzionamento del mercato, ossia vietando solo quelle condotte (e, nello specifico, intese, abusi e concentrazioni) che nelle circostanze del caso concreto determinano un impatto negativo sulle variabili – prezzo, quantità, varietà, qualità e innovazione – che segnalano l'andamento del consumer welfare nel breve e nel lungo periodo.

Certo, questa distinzione teorica non trova un riscontro completo nella pratica, anche perché negli anni i legislatori hanno dotato le autorità della concorrenza di misure alquanto diverse dai più tradizionali strumenti di intervento inibitorio e sanzionatorio. Si pensi, ad esempio, alle decisioni con impegni in materia di intese e di abusi di posizione dominante o alle autorizzazioni condizionate delle concentrazioni che, alla stregua di svariate disposizioni regolamentari, si propongono non solo di tutelare nel presente il bene pubblico concorrenza, ma soprattutto di creare le condizioni affinché questo bene non venga più minacciato nel futuro.

Tuttavia, la necessità di scegliere se affidare anche la stessa *promozione*

12 Cfr. già M. AMSTRONG, *Competition in the Pay-TV market*, in *Journal of Japanese and International Economies*, 1999, p. 257 ss.

13 Per una analisi sotto il profilo della teoria economica si veda A. NICITA-G.B. RAMELLO, *Exclusivity and antitrust in media markets: the case of pay-tv in Europe*, in *12 Int. Journal of the Economics of Business*, 2005, p. 371 ss.

14 Assai chiaramente sul punto B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 313, dove la regolazione viene appunto descritta come «una produzione normativa di carattere strategico, pragmatico e adattativo, orientata non a produrre coercitivamente certi risultati (ad esempio imporre determinati prezzi), ma a far sì che questi risultati si producano per via di modificazioni spontanee dei comportamenti dei soggetti interessati, che agiscono adattandosi alle nuove condizioni (gli incentivi) definite dalla regolazione». Sempre in questa prospettiva cfr., dello stesso A., *Il mercato come oggetto della regolazione*, in questa *Rivista*, 1, 2014, 5 ss. Sul punto si veda inoltre M. MAGGIOLINO, *The regulatory breakthrough of competition law: definitions and worries*, in F. DI PORTO-J. DREXL, *Competition law as Regulation*, Cheltenham, in corso di pubblicazione 2015, per una rappresentazione delle maggiori linee lungo le quali si distinguono gli interventi regolatori da quelli antitrust.

(e non la mera tutela) della concorrenza al legislatore o alla regolamentazione, piuttosto che a una autorità antitrust resta cruciale, perché ciò che rimane diversa è la veste giuridica delle soluzioni così adottate. Più esplicitamente, è ben possibile che un problema di natura competitiva, come quello qui esaminato, possa risolversi nel merito con l'imposizione di un obbligo *ex ante* a condividere i diritti audiovisivi. Nondimeno, altro è contemplare questa imposizione all'interno di un *testo di legge* o di *altro regolamento*, concepandola in termini generali e preventivi, evidentemente rivolgendola alla totalità del mercato e attribuendole "lunga vita" in ragione di quelle che dovrebbero essere le normali caratteristiche del processo legislativo-regolatorio; altro è invece fare di questa imposizione un *rimedio* ad una infrazione alle regole della concorrenza – un'infrazione che, per sua natura, è non solo immediatamente connessa alle specifiche circostanze economiche e giuridiche del caso concreto, ma altresì collocata in un tempo preciso, risultando peraltro non automaticamente vincolante rispetto a simili provvedimenti futuri.

Ecco che allora pur proponendosi questo lavoro di considerare soprattutto i "contenuti" delle scelte che si dovrebbero adottare per rispondere alle esigenze competitive del mercato dei diritti audio-sportivi, intende altresì indagare, seppur brevemente, le ragioni per cui alcuni "strumenti" giuridici potrebbero apparire più opportuni di altri nel realizzare detti contenuti.

2. I mercati della distribuzione di contenuti audiovisivi: evoluzione tecnologica e convergenza

Il settore televisivo ha conosciuto un'evoluzione tecnologica e una trasformazione costanti nel corso del tempo. Se si dovesse individuare la linea di tendenza più attuale, questa sembrerebbe essere quella del "*bundle*" tra servizi voce, internet e televisivi, favorita in prospettiva dalla diffusione della banda larga, delle smart tv e delle nuove generazioni di telecomandi, più completi, intuitivi e soprattutto interattivi ¹⁵.

Lo schermo televisivo rimarrà importante anche in futuro, se non altro per la diversa esperienza che suscita vivere e vedere insieme – e quindi condividere – determinati eventi, siano essi un film o soprattutto un evento sportivo; tuttavia, grazie alla banda larga le televisioni tradizionali (via cavo, satellite e digitali) subiranno sempre più acutamente la concorrenza di *provider internet* e *over the top* (si pensi ai vari Netflix, Nowtv, myTv, PrismTV) che in alcuni segmenti dell'offerta, quali quello dei film, ma anche dei documentari, dei cartoni animati, delle serie tv, e delle news hanno rapidamente conquistato la scena e, soprattutto, guadagnato notevolissime quote di mercato.

In Inghilterra sono nati servizi quali YouView, che combina tecnologie IP e TV e include nella medesima interfaccia operatori quali BBC, ITV, Channel 4 e Channel 5, British Telecom, TalkTalk, e il Network Service Provider Arqiva (3 milioni di utenti stimati nel dicembre 2014) ¹⁶.

¹⁵ Cfr. OECD, *Global Forum on Competition – Competition Issues in Television and Broadcasting – Background Note* – DAF/COMP/GF(2013)2, 7; per uno sguardo alla situazione italiana cfr. D. MESSINA, *Il pluralismo radiotelevisivo nel panorama della convergenza tecnologica: il caso della Web Tv e delle Over-the-Top TV*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, n. 4, 2013, p. 85 ss.

¹⁶ La stima è indicata in ACCENTURE, *The eyes have it. Guess who controls the future of TV*, 2013, p. 4.

Gli stessi operatori voce e internet si sono affacciati di prepotenza nel settore televisivo, lanciando propri canali e piattaforme e non limitandosi più a veicolare pacchetti altrui. Esempio è il caso di British Telecom in Inghilterra, che ha avviato i propri canali sportivi e, partecipando all'asta per i diritti UEFA Champions League ed Europa League, si è assicurata l'esclusiva triennale a partire dal 2015, con una offerta di quasi 900 milioni di sterline, rompendo pertanto il dominio ventennale di BSkyB¹⁷.

Ancora, si può osservare l'evoluzione del mercato negli Stati Uniti, in cui le televisioni via satellite stanno arrendendosi all'attacco degli operatori voce ed internet, acconsentendo a fusioni con questi ultimi per potere adeguarsi al mercato e offrire servizi interattivi combinati voce, internet e televisivi. È del 1° maggio 2014 la notizia che DirectTV, la seconda televisione a pagamento americana con 20 milioni di utenti, starebbe trattando con ATT per fondere le rispettive attività¹⁸.

Di fatto, molti di questi operatori in *bundle* sono o diverranno piattaforme di produzione e distribuzione di contenuti, anche *premium*, che tenderanno a scardinare i modelli attuali, poco interattivi e in cui l'utente è mero fruitore di un palinsesto predeterminato. Basterebbe al riguardo pensare all'effetto di un sistema come Netflix, con la sua enorme library cinematografica, integrato in una smartTV, sulla propensione ad abbonarsi ai tradizionali canali dedicati al cinema.

Ora, per molti motivi queste evoluzioni toccheranno il nostro Paese gradualmente e in ritardo. In Italia, la banda larga e le connessioni veloci sono una realtà che riguarda ancora oggi una fetta di popolazione e soprattutto aree del territorio nazionale limitate, con costi di accesso non indifferenti. Lo stesso digitale terrestre ha una diffusione non del tutto uniforme sul territorio, soprattutto in termini di varietà dell'offerta.

Tuttavia, anche in Italia si stanno insediando e consolidando realtà importanti e integrate, quali Infinity, del gruppo Mediaset, TIMvision, del gruppo Telecom, Skyonline, del gruppo Sky, ma anche Chili TV, che, con formule diverse e tra loro competitive, offrono via internet contenuti in streaming che spaziano dal cinema alle serie tv, dai concerti ai cartoni animati e ai documentari, dai canali televisivi ai contenuti delle web TV, fruibili su computer, tablet, smartphones, smart tv, ma anche televisioni tradizionali, con un semplice cavo HDVI di connessione¹⁹.

La convergenza, ove vi sia una sufficiente diffusione della banda larga, significa pertanto progressiva eliminazione delle barriere all'entrata di natura "fi-

17 La notizia è stata riportata con molta enfasi dai principali quotidiani britannici (si veda ad es. il sito on line della BBC: www.bbc.co.uk, del 9 novembre 2013). British Telecom ha formulato un'offerta quasi doppia rispetto a quella che BSkyB aveva presentato nella passata asta per l'assegnazione dei diritti.

18 Si veda il Wall Street Journal del 1° maggio 2014, 13. Un analogo matrimonio si è consumato tra Comcast e Time Warner Cable, suscitando numerose perplessità sotto il profilo competitivo. Si veda FCC (Jan. 20, 2011), In the Matter of Applications of Comcast Corporation, General Electricity Company and NBCUniversal Inc for Consent to Assign Licenses and Transfer Licenses, MB Docket No 10-56. L'operazione è stata infine autorizzata con un Consent Decree nel quale sono stati imposti numerosi impegni. V. United States District Court for the District of Columbia (September 1, 2011), United States of America, State of California, State of Florida, State of Missouri, State of Texas and State of Washington – Final Judgment, Case 1:11-cv-01106 Judge Leon, Richard J.

19 Per una analisi dei mercati televisivi in Italia si veda A. PRETA, *Television and Relevant Markets, Elements for a critical insight in the light of the ongoing changes*, Florence, 22 March 2013.

sica”, una maggiore interattività e libertà di scelta per il consumatore²⁰, che può crearsi il suo palinsesto, ma significa pure concorrenza tra modalità diverse di fruizione (schermo televisivo tradizionale, computer, tablet, smartphones), le quali sono peraltro tra loro dialoganti e interconnesse, come le smart tv dimostrano chiaramente.

Ciò comporta che perde progressivamente senso offrire separatamente i diritti in funzione della modalità – o piattaforme – di trasmissione (ad esempio via satellite, via cavo, via internet o digitale). Le televisioni di nuova generazione sono infatti abilitate a ricevere tutti questi segnali e la fruizione e la qualità di ricezione non cambiano in modo significativo per gli utenti²¹. Questo è insomma il motivo per cui le c.d. “esclusive per piattaforma” rappresentano un modello di *non esclusiva* e, peraltro, hanno avuto l’effetto di contribuire a creare o mantenere in vita “artificialmente” un duopolio²², talvolta a detrimento del benessere del consumatore²³. Questo è poi il motivo per cui in tutti i principali paesi europei (ma non invece in Italia) la tendenza, in risposta ai cambiamenti tecnologici, consiste nel vendere i diritti di trasmissione sulla base del principio di neutralità della piattaforma, e tenendo conto delle finestre temporali²⁴. Diviene invece più importante offrire servizi dise-

20 Ad esempio, molti eventi sportivi “minori” sono visibili gratuitamente sul portale Youtube, nell’ambito della piattaforma video Sport Hub. Per molti sport olimpici che non hanno una copertura diffusa al di fuori delle Olimpiadi, quali il ping pong, la lotta libera, la pallamano, la scherma, lo judo, l’atletica, ecc., la piattaforma consente di trasmettere in diretta e in differita tutti i principali eventi.

21 Se l’abbonamento ad un canale televisivo via internet costasse la metà del medesimo abbonamento via digitale, con la banda larga sarebbe possibile ricevere lo stesso segnale con un cavo connettore da PC a televisore (se si possiede una televisione tradizionale), oppure direttamente con una smartTV. Per quanto concerne i film, le piattaforme internet consentono di vedere i lungometraggi in streaming in versione HD. Sotto il profilo tecnico e qualitativo il segnale trasmesso via IPTV non è ancora comparabile con quello della televisione digitale e via satellite. Tuttavia, gli operatori IPTV «are continuously introducing changes, which are meant not only to improve their coverage, but also to bring the level and reliability of their TV services closer to the quality offered by the traditional digital TV operators». OECD, *Background Note to Global Forum on Competition: Competition issues in television and broadcasting*, DAF/COMP/GF/WD(2013)2, Paris, 2013, 25. Soprattutto, guardando al contesto nazionale, se si considerano esclusivamente il satellite e il digitale, non sembra avere alcuna ragione d’essere la differenziazione delle offerte sotto il profilo economico (come noto, nell’assegnazione dei diritti 2012-2015, è stato calcolato che i costi per l’operatore satellitare fossero pari al doppio di quelli sopportati dall’operatore del digitale terrestre, ciò che non pareva assolutamente giustificato dalla diversa composizione dei pacchetti: v. G. GANGEMI-B. ZAMBARDINO, *Un calcio al futuro. Diritti televisivi della Serie A e rilancio del Sistema*, cit.).

22 Quanto detto è vero a livello Europeo. Cfr. ASSER INSTITUTE, *Study on sports organisers’ rights in the European Union*, Amsterdam 2014, pp. 94-97, ove la comparazione tra i maggiori paesi per quanto concerne il periodo 2010-2012 porta a concludere che «the most valuable media rights, i.e. the live rights for pay TV exploitation, are usually acquired by two operators. At least in these markets, the main vertical effect of the chosen remedies has been that in the downstream market a duopoly emerged in the place of a monopoly». In compenso, quando si è trattato di vendere i pacchetti in un contesto “platform-neutral”, la battaglia competitiva per aggiudicarsi i pacchetti migliori da parte di due concorrenti forti ha condotto ad un incremento esponenziale del valore di aggiudicazione dei pacchetti stessi.

23 Ciò soprattutto laddove gli utenti siano stati costretti ad acquisire più di un abbonamento per assicurarsi la visione di tutti gli eventi desiderati. Ciò ha ad esempio portato il regolatore inglese, Ofcom, a imporre a BSkyB di offrire i propri canali sportivi agli utenti delle altre piattaforme di trasmissione. Cfr. OFCOM, *Pay TV Statement*, 2010. In Italia, invece, secondo talune fonti, la concorrenza interpiattaforma ha condotto ad una riduzione dei prezzi degli abbonamenti, indotta dalla concorrenza tra digitale e satellite. Si veda G. GANGEMI-B. ZAMBARDINO, *Un calcio al futuro. Diritti televisivi della Serie A e rilancio del Sistema*, Roma, 17 febbraio 2014, p. 6.

24 ASSER INSTITUTE, *Study on sports organisers’ rights in the European Union*, cit., p. 72, ove

gnati specificamente per il tipo di dispositivo utilizzato ²⁵.

3. I campionati di calcio: eventi premium, “must have”, o essential facilities?

In prospettiva, dal punto di vista dell'offerta la sempre maggiore convergenza, che come si è detto significa maggiore concorrenza su molti segmenti dell'offerta audiovisiva, anche *premium*, quali quelli relativi alla visione dei film di cassetta, delle serie tv, dei documentari, ecc., rende ancor più fondamentale, per “resistere sul mercato”, la differenziazione e l'innovazione intese come accesso in esclusiva a contenuti premium sportivi ²⁶.

E qui veniamo all'altra faccia della medaglia, ossia alla “essenzialità” di avere nel proprio palinsesto eventi *premium*, in particolare sportivi, distintivi, il vero collo di bottiglia nei mercati dell'emittenza ²⁷.

Il punto merita di essere sviluppato con qualche dettaglio.

Occorre infatti osservare che sebbene sia i film di cassetta, sia gli eventi sportivi siano rilevanti per il successo delle televisioni a pagamento, i programmi sportivi hanno caratteristiche tali da renderli insostituibili ai fini della costruzione di un bouquet di canali televisivi in grado di attrarre e mantenere la relazione con la clientela. Gli eventi sportivi “*premium*”, e per quanto concerne l'Europa i campionati nazionali e i principali tornei continentali di calcio, coinvolgono un pubblico televisivo con potere di acquisto superiore alla media, particolarmente interessante sotto il profilo dell'investimento e quindi della raccolta pubblicitaria ²⁸. Ancora, la trasmissione dei principali eventi sportivi

si nota che in generale i diritti sono venduti sulla base delle finestre temporali (live, near-live, differite, highlights, spezzoni, ecc.).

²⁵ Si pensi ad esempio agli highlights e alle clips dei goal per i dispositivi mobili.

²⁶ OXERA, *Marketing of football broadcasting rights: is competition off-side?* London, January 2014, 2; OECD, *Background Note to Global Forum on Competition: Competition issues in television and broadcasting*, cit., p. 17 ss.: «whereas technological convergence, and digitalisation in particular, have gradually resolved the problem of spectrum and channel scarcity, convergence has not, as a matter of fact, had any direct impact on the provision of content. As there are only a few blockbuster and a limited number of premium sport events every year, content has consequently become scarcer, and has effectively become a new bottleneck in the broadcasting market». Cfr. inoltre M. FERRERO, *Diritti sportive e concorrenza. Un binomio più agevole in futuro?*, in S. GOBBATO-O. POLLICINO, a cura di, *Eventi sportivi e diritti audiovisivi: le esclusive tra concorrenza e regolazione*, Aracne Ed., Roma, 2014, pp. 43-57.

²⁷ V. sul punto, significativamente, D. GERADIN, *Access to Content by New Media Platforms: A Review of the Competition Law Problems*, in *Eur. L. Rev.*, 2005, pp. 18-28, nonché A. PRETA-L. ZAMENGO, *The Role of exclusivity in premium content distribution: economic efficiency and social welfare*, paper presentato al Convegno annuale della società degli Economisti, Trento 2014 (quando il presente lavoro era già in bozze, il paper è stato pubblicato, in italiano, con il titolo *Il ruolo dell'esclusiva nell'acquisizione di diritti sportivi: efficienza economica e benessere sociale*, in *Conc. merc.*, 2014, p. 61 ss. L'idea che non possa esserci televisione a pagamento senza esclusive con riguardo agli eventi sportivi premium è peraltro risalente e condivisa dagli stessi operatori. Cfr. ad esempio la dichiarazione fatta da R. Murdoch nella relazione presentata all'assemblea generale degli azionisti di News Corp., il 15 ottobre 1996, ad Adelaide, ove si legge che occorre considerare «*sports as battering ram and a lead offering*» nel ventaglio dell'offerta televisiva a pagamento.

²⁸ Ciò significa che gli slot pubblicitari durante i programmi sportivi possono essere venduti a prezzi relativamente più elevati rispetto alla media. Cfr. Commissione europea, 23-7-2003 COMP/37.398, *Vendita congiunta dei diritti della UEFA Champions League*, in GU L291, 2003, 25, § 73. Inoltre, in particolare gli eventi sportivi più popolari, quali il calcio, hanno una specifici-

consente alle piattaforme televisive di sviluppare una immagine specifica e distintiva, la quale a sua volta incoraggia gli utenti ad utilizzare tali piattaforme e i loro canali e contenuti quale punto di riferimento quando guardano la televisione²⁹. In questo senso, si può affermare che vi sia una elevatissima correlazione tra numero degli abbonati alle televisioni a pagamento e disponibilità di eventi sportivi premium³⁰. Infine, per quanto concerne gli eventi sportivi premium, emerge una ulteriore caratteristica distintiva, ossia che la loro trasmissione è capace di attrarre una audience elevata se ed in quanto avvenga in diretta, rendendo ancor più essenziale il fatto di offrire tali contenuti premium nel proprio *bouquet* di programmi³¹.

Il caso italiano è poi peculiare, per la indiscussa rilevanza che il calcio ha nella nostra cultura, e per la assoluta preminenza che il Campionato di Calcio di Serie A ha assunto nei confronti di altre manifestazioni calcistiche e, a maggior ragione, di altri sport quale driver degli abbonamenti e degli ascolti³². Non è irrilevante notare che mentre in altri paesi europei le emittenti televisive spendono in media il 75% del totale delle spese per diritti sportivi nel calcio, questa somma sale ad oltre il 90% in Italia³³.

Per quanto concerne il calcio italiano, gli studi di settore confermano, sotto altro profilo, la tendenza a considerare centrali i diritti di trasmissione negli anni futuri³⁴. Sottolineano pure l'aumento della percentuale delle entrate da vendita di diritti televisivi sul totale dei ricavi delle società calcistiche italiane³⁵. At-

tà ulteriore. Oltre che audience particolarmente e sistematicamente elevate attraggono audience omogenee, rendendo più appetibili gli investimenti pubblicitari anche sotto questo profilo; inoltre, i campionati nazionali di calcio hanno altresì la caratteristica di attrarre una audience elevata per un periodo particolarmente lungo nel corso dell'anno, giustificando gli abbonamenti annuali. In questo senso vedi già A. PEZZOLI, *Il calcio visto dal divano*, in M.C.R., 2000, 550.

29 Cfr. Commissione europea, 23-7-2003, COMP/37.398, *Vendita congiunta dei diritti della UEFA Champions League*, § 64 ss.

30 A titolo esemplificativo, quando in Germania la televisione a pagamento Premiere ha annunciato di non essere riuscita ad aggiudicarsi i diritti audiovisivi sulle dirette della Bundesliga, essa ha immediatamente perso il 42% del suo valore di mercato, e gran parte dei suoi abbonati, mentre la concorrente Arena, che si era aggiudicata quei diritti, ha aumentato in poche settimane la propria base clienti di 900.000 unità. Cfr. ASSER INSTITUTE, *Study on sports organisers' rights in the European Union*, Amsterdam, 2014, 63, nota 296; v. inoltre PWH, *Changing the game, Outlook for the global sports market to 2015*, December 2011.

31 Così ASSER INSTITUTE, *Study on sports organisers' rights in the European Union*, 63, nonché OECD, *Background Note to Global Forum on Competition: Competition issues in television and broadcasting*, cit., p. 17.

32 Tutti gli eventi *premium* sono rilevanti al fine di costruire un pacchetto di contenuti sufficientemente variegato e attrattivo per i consumatori. Tuttavia, gli eventi davvero trainanti sembrano essere quasi esclusivamente il Campionato di Calcio di Serie A e la Champions League, se è vero che nemmeno i Mondiali di calcio sono in grado di generare un aumento significativo degli abbonamenti, come ha rilevato la stessa Autorità garante della concorrenza sulla base dell'analisi delle serie storiche mensili del numero degli abbonati ai diversi pacchetti offerti da Sky. Cfr. Autorità garante, 23-4-2013, A429, *RTI/SKY-Mondiali di Calcio*, in *Boll.*, 18/2013, § 49.

33 Cfr. SPORTBUSINESS, *Sportbusiness Intelligence*, London, 2011; i dati comprendono anche i diritti per la trasmissione di Champions League ed Europa League.

34 Per quanto concerne il 2012, le entrate da diritti di trasmissione televisiva del complesso delle squadre partecipanti al Campionato di Serie A erano pari ad una percentuale vicina al 50%, superiore a quella di tutti gli altri principali campionati nazionali europei, e pari a più del doppio rispetto alla Bundesliga (cfr. ASSER INSTITUTE, *Study on sports organisers' rights in the European Union*, cit., figura 2.7, p. 67; v. inoltre G. GANGEMI, B. ZAMBARDINO, *Un calcio al futuro. Diritti televisivi della Serie A e rilancio del Sistema*, cit., pp. 9-10).

35 A titolo indicativo, nella stagione 2012-2013 risulta che la Juventus dipendesse dai diritti televisivi per il 61%; il Milan per il 53%, l'Internazionale per il 48%, l'AS Roma per il 53%, contro, ad esempio, il 36% del Real Madrid, il 25% del Bayern Monaco, il 28% del Manchester United, il

testano, infine, la rilevanza del legame tra entrate da diritti televisivi nazionali, investimenti nel prodotto (stadi, accesso del pubblico, giocatori), rinomanza del campionato e, quindi, vendita dei diritti a livello nazionale e internazionale³⁶.

In sintesi, se nei principali paesi europei il legame tra entrate complessive delle squadre di calcio, diritti televisivi, e spesa per l'acquisto di tali diritti da parte delle emittenti televisive è piuttosto forte, in Italia potrebbe dirsi simbiotico.

Non stupisce, dunque, che sotto un profilo concorrenziale da tempo i diritti audiovisivi di eventi sportivi siano ritenuti input fondamentali per le dinamiche dei mercati a valle dell'emittenza televisiva, tanto da fare affermare alla Commissione che: «i diritti sui film premium recenti e sugli eventi calcistici più regolari a cui partecipano squadre nazionali (in particolare le partite di campionato) tendono ad essere acquistati su base esclusiva dagli operatori di pay-TV e costituiscono il fattore essenziale (la "motivazione") che spinge gli utenti ad abbonarsi a un determinato canale o a una determinata piattaforma di pay-TV. Benché anche altri tipi di contenuti costituiscano un complemento importante al bouquet di una pay-TV, questi non sono necessariamente contenuti di tipo "motivante"»³⁷.

Né stupisce che le considerazioni appena riportate valgano, a maggior ragione, in Italia: sulla base dei dati esposti in precedenza i diritti audiovisivi relativi al Campionato di calcio di Serie A paiono infatti assumere un ruolo addirittura essenziale ai fini della stessa permanenza sul mercato delle televisioni a pagamento.

Ebbene, non c'è bisogno di sottolineare che la concorrenza tra operatori televisivi a pagamento si concentra principalmente sulla differenziazione dei programmi e sull'innovazione, facendo aumentare a dismisura il valore dei diritti. La differenziazione dei programmi in questi mercati significa essenzialmente accesso a contenuti specifici, c.d. *premium*, quali i film e gli eventi sportivi principali, mentre l'innovazione significa esclusiva su tali eventi³⁸. Questo spiega perché l'esclusiva è così rilevante nell'acquisto dei diritti sportivi, e del calcio in particolare. In assenza di esclusiva, uno o più concorrenti potrebbero trasmettere gli stessi eventi sportivi, simultaneamente, su altri canali. Se il pubblico (l'audience) venisse diviso su due o più piattaforme, il valore del pro-

23% del Paris Saint-Germain o il 33% del Galatasaray.

Sotto altro profilo, si deve osservare che, per quanto riguarda l'Italia, la "teledipendenza" delle squadre di calcio non è mutata negli ultimi anni, se è vero che nella stagione 1999-2000 i due terzi dei ricavi del Milan erano realizzati attraverso la vendita dei diritti televisivi (in questo senso si vedano i dati riportati in A. PEZZOLI, *Il calcio visto dal divano*, in *M.C.R.*, 2000, pp. 545-546).

36 ASSER INSTITUTE, *Study on sports organisers' rights in the European Union*, cit., p. 68: «media coverage is also important as an indirect driver of other revenue streams for professional sport. Media coverage raises a sports' profile, increases the value of sponsorship deals, and has significant potential in attracting new supporters and driving up stadium attendance».

37 Commissione europea, 2 aprile 2003, Caso COMP/M.2876, *Newscorp/Telepiù*, § 54.

38 Cfr. ASSER INSTITUTE, *Study on sports organisers' rights in the European Union*, cit., p. 71: «exclusivity is typically a core feature of sports media rights licensing agreements. Both sports organisers and licensees have strong commercial incentives to contract with each other on an exclusive basis. (...) content media providers seek to acquire premium content that enables them to differentiate their offerings from that of their rivals. Since exclusive content strengthens their position to compete for audience shares and advertisers, exclusive selling increases media content providers' willingness to pay. Also the sports organisers will typically prefer to sell right on an exclusive basis given that they seek to attract maximum rent for their content».

dotto si ridurrebbe più che proporzionalmente per ciascun operatore TV³⁹.

Nel momento in cui si riconoscesse che l'acquisizione dei diritti di trasmissione delle partite del Campionato di Calcio di Serie A è non solo rilevante, o fondamentale, ai fini della concorrenza nel mercato a valle, ma sia divenuta o continui ad essere un *"must have"* (o addirittura una risorsa essenziale) ai fini della permanenza sul mercato delle emittenti televisive a pagamento, ci si troverebbe dunque di fronte ad un *trade off* di assai complessa soluzione.

Se, allora, non si può negare che le nuove piattaforme e la convergenza hanno fornito un maggiore livello di concorrenza nel settore televisivo e un più facile accesso ai contenuti, i diritti sportivi rimangono, o anzi sono sempre più, una fonte di potere di mercato: in altri termini, con l'aumentare della offerta di canali e dei modi di trasmissione, sempre più «content rights replace transmission bottlenecks as source of market power»⁴⁰.

La vendita centralizzata dei diritti in esclusiva rischierebbe di riprodurre a valle il monopolio dell'organizzatore dell'evento. Un obbligo di vendita non in esclusiva ridurrebbe invece verosimilmente il valore dei diritti tanto per il venditore, quanto per le televisioni a pagamento che su tali diritti fondano la loro capacità di differenziarsi. Di qui l'esigenza di individuare soluzioni che consentano alle leghe di massimizzare le entrate, senza che ciò distorca la concorrenza nel mercato a valle dell'emittenza televisiva, penalizzando i consumatori.

4. I campionati tra interazione, cooperazione ed equilibrio competitivo

Giunti a tal punto del ragionamento si deve aprire una breve parentesi. Si è dato per presupposto, finora, che la commercializzazione dei diritti di trasmissione degli eventi sportivi possa avvenire attraverso una vendita centralizzata⁴¹. Non vi è dubbio, tuttavia, che tale modalità di contrattazione dei diritti rappresenti una intesa orizzontale di fissazione dei prezzi e delle quantità, oltre che di altre condizioni contrattuali. Una sorta di *naked restraint* che quindi a prima vista non potrebbe ammettersi dal punto di vista antitrust.

Occorre allora darsi carico, ancorché brevemente, di illustrare quali siano le

39 Cfr. OECD, *Background Note to Global Forum on Competition: Competition issues in television and broadcasting*, cit., p. 29: «As economic theory reveals, both right holders and broadcasters have incentives to contract with each other on an exclusive basis with respect to premium content. Given that content is a highly-differentiated product, television operators seek to acquire premium content as a means to differentiate their offerings from that of their rivals in order to compete effectively for a wider audience. They are particularly interested in acquiring it on an exclusive basis as they want to strengthen their position in the market and constrain competition from other market players». Cfr. altresì OXERA, *Marketing of football broadcasting rights: is competition off-side?*, cit., 3. D'altro lato, gli organizzatori delle manifestazioni sportive tendono a vendere i diritti sulla base di contratti di esclusiva per estrarre la massima rendita possibile dalla cessione del contenuto premium.

40 P. SEABRIGHT, H. WEEDS, *Competition and Market Power in Broadcasting: Where Are The Rents?*, 2006, pp. 14-15 (http://privatetwww.essex.ac.uk/~hfweeds/SeabrightWeeds_paper.pdf); vedi più in generale OECD, *Global Forum on Competition – Competition Issues In Television And Broadcasting – Background Note*, cit., 5 ss.; nello stesso senso, B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo*, cit., p. 343.

41 Le squadre di calcio o i team in generale possono comunque mantenere la possibilità di sfruttamento di alcuni diritti "secondari".

specificità dei mercati sportivi che possano giustificare, ed in che misura, questa modalità di vendita congiunta, altrimenti senz'altro da considerarsi vietata e non esentabile ai sensi della disciplina delle intese contenuta nell'art. 101 TfUE. Occorre cioè domandarsi perché lo sport sia un settore speciale, sotto il profilo antitrust, in particolare ove si considerino eventi quali tornei o campionati.

Per rispondere al quesito proposto occorre procedere per gradi.

Si deve in primo luogo osservare che nel caso della vendita dei diritti sportivi, la creazione di un cartello a monte favorisce la massimizzazione *congiunta* dei profitti, ancorché a scapito delle squadre con una maggiore base di tifosi, le quali verosimilmente potrebbero guadagnare di più attraverso una vendita di tipo individuale⁴², ed in favore delle squadre meno rinomate o con una base meno ampia di sostenitori.

Questo effetto collusivo, certamente distante dal paradigma della "*competition on the merits*"⁴³, è paradossalmente fondamentale poiché i partecipanti a queste competizioni sono "interdipendenti", nel senso che per il successo stesso dell'evento ciascun partecipante deve confrontarsi con un ragionevole numero di concorrenti "credibili", ossia dotati di qualità tecniche, e dunque di chance di successo, in qualche misura comparabili⁴⁴.

Inoltre, per essere appetibile, un torneo o un campionato richiede un certo grado di incertezza sul risultato finale. La forza delle squadre in campo deve pertanto essere sufficientemente bilanciata, ed il confronto deve essere condotto in modo "leale"⁴⁵, ciò che implica una sorta di parità e di *level playing field* competitivo, mentre la tradizionale visione del processo e della lotta concorrenziale vorrebbe che ciascuna impresa tenda a conquistare il mercato attraverso la propria maggiore efficienza, pur se questo comporti la definitiva fuoriuscita dei concorrenti dal mercato⁴⁶.

42 Non è un caso se in Europa le squadre che ottengono i maggiori ricavi per diritti televisivi siano Real Madrid e Barcellona, le cui entrate complessive per diritti televisivi sfioravano nel 2012 i 200 milioni di euro annui ciascuna, livello quasi doppio rispetto alle migliori squadre tedesche, francesi e inglesi, indipendentemente dai risultati ottenuti nel proprio campionato nazionale o in Champions League. Cfr. DELOITTE, *Football Money League*, 2014. Soprattutto, in Spagna, ove vi è un sistema decentralizzato per il campionato nazionale, i ricavi da vendita televisiva dei diritti delle prime due squadre (Barcellona e Real Madrid) sono pari a 10 volte l'ultima (il Racing Santander); in Inghilterra, ove vi è un sistema di vendita centralizzata, tale rapporto è pari a 1,55 (il Manchester City incassava, nel 2012, 74,6 milioni di euro, mentre il Wolves 48,1 milioni di euro); in Germania è pari a 2,3; in Francia è pari a 3,2; in Italia è pari a 4,35 (mentre era pari a 8,6 nell'ultimo anno di vendita individuale). Nota I. BLACKSHAW, *Collective sale of sports television rights in the European Union: competition law aspects*, cit., p. 408, che il meccanismo di redistribuzione 'solidale' tra squadre maggiori e minori dovrebbe essere "robust". Il caso francese e soprattutto quello italiano non sembrano essere del tutto in linea con questo concetto.

43 A fini di riequilibrio, le squadre migliori devono rinunciare ad una parte di entrate in favore dei team che hanno avuto risultati meno buoni.

44 È solo il caso di ricordare che nel celeberrimo caso Bosman, l'avvocato generale Lenz affermò che "il settore del calcio professionistico è contraddistinto dal fatto che le società calcistiche sono tra loro interdipendenti in modo più marcato rispetto ad altri mercati (...); non si può negare che determinate restrizioni possano essere necessarie a garantire il buon funzionamento di questo settore". Cfr. le Conclusioni dell'avvocato generale Lenz, pronunciate il 20 settembre 1995, in causa C-415/93, *Bosman*, in *Raccolta*, I-4921.

45 Vedi V.L. ROSSI-LINDSTROM-S. DEWAELE-D. VAIGAUSKAITE, *Application of EC Antitrust Rules in the Sports Sector: An Update*, cit., p. 74, con riferimento alla necessità che siano vietati accordi e combine tra le squadre, vi siano regole antidoping, ecc.

46 Cfr. sotto questi profili A. PEZZOLI, *Il calcio visto dal divano*, cit., p. 540 ss.; P. KIENAPFEL, A. STEIN, *The Application of Articles 81 and 82 EC in the Sport Sector*, in *Comp. Pol'y Newsl.*, 2007,

Nei mercati sportivi vi è dunque un elemento di necessaria “cooperazione bilanciata” che li rende unici sotto il profilo dell’analisi competitiva. Ciascuna squadra concorre e partecipa ad un campionato sperando di vincerlo, ma al tempo stesso beneficia dell’esistenza dei suoi rivali, così come della loro capacità economica di stare sul mercato, del loro successo commerciale, e della probabilità che essi ottengano buone prestazioni⁴⁷. Ed è questa lotta tra “pari” che rende la fruizione dello spettacolo così allettante ed attraente per i tifosi: non a caso, è ormai risalente insegnamento la circostanza che: «sports-fan interest is greater when sporting competition is at its most intense»⁴⁸.

L’incertezza e l’attrattiva rendono i diritti di trasmissione degli eventi sportivi, specie se in esclusiva, più redditizi e consentono alle federazioni e alle squadre coinvolte di aumentare i ricavi attraverso la vendita dei diritti di trasmissione.

Il confronto tra pari e la conseguente incertezza circa l’esito finale del torneo o del campionato fa scattare un circolo virtuoso per i club e le loro federazioni. Il denaro portato ai club dalla commercializzazione dei diritti consente loro di produrre eventi di maggiore qualità (migliori giocatori, stadi più accoglienti con più pubblico, ecc.), aumentando anche i propri sostenitori e i potenziali abbonati a beneficio delle emittenti televisive, che così sono incentivate ad offrire somme più elevate nelle aste per l’aggiudicazione di tali diritti in esclusiva, ciò che genera a sua volta maggiori ricavi per le squadre⁴⁹.

5. La vendita collettiva dei diritti audiovisivi sportivi

Le squadre di calcio hanno entrate molto differenziate. Tra le diverse fonti di ricavo, in quasi tutti i principali paesi europei l’entrata più consistente è oggi rappresentata dalla cessione dei diritti televisivi⁵⁰.

Per cercare di ridurre il gap tra le squadre maggiori e le altre partecipanti ai campionati, la soluzione che di solito viene proposta è quella di adottare un modello di commercializzazione centralizzato, dove la lega, la federazione o

3, pp. 6-14; J.F. DIAZ-F.M. BALESTRA-G. SCASSELLATI-SFORZOLINI, *La ripartizione dei ricavi derivanti dalla vendita collettiva dei diritti audiovisivi degli eventi calcistici. Controversie tra le squadre e prospettive antitrust*, mimeo, 2012; V.C. ROMANO, *La gestione dei diritti televisivi sportivi: it is all about weltanschauung?* mimeo, 2014, p. 6.

47 O. BUDZINSKI, *The Institutional Framework for Doing Sports Business: Principles of EU Competition Policy in Sports Markets*, 6, nonché V.C. ROMANO, *La gestione dei diritti televisivi sportivi: it is all about weltanschauung?*, cit., pp. 5-6. Si veda anche AGCM, AS 1038, 11 aprile 2013. *Segnalazione ai sensi dell’articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 in merito alle disposizioni previste dal Decreto Legislativo 9 gennaio 2008, n. 9, recante “Disciplina della titolarità e della commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi e relativa ripartizione delle risorse”*, in *Boll.* 15/2013: «la stessa teoria economica ha ampiamente rilevato come i profitti di una società sportiva dipendano dalla competitività dei concorrenti, atteso che – dal punto di vista dei tifosi consumatori – un evento sportivo ha una maggiore attrattiva in quelle ipotesi in cui si ha un maggiore equilibrio tra i competitor. Infatti, soltanto se vi è equilibrio tecnico tra le squadre che prendono parte ad un campionato vi può essere incertezza in merito al risultato, la quale comporta, a sua volta, una maggiore attrattiva delle competizioni sportive». Su tale segnalazione v. le interessanti osservazioni di S. BASTIANON, *Calcio, diritti audiovisivi, e il mantra della competitive balance*, in *M.C.R.*, 2013, p. 325 ss.

48 Così si esprimeva, quasi sessanta anni fa, S. ROTTEMBERG, *The baseball players’ labor market*, in 64 *J. Pol. Ec.*, 1956, 3, p. 242.

49 OXERA, *Marketing of football broadcasting rights: is competition off-side?*, cit., p. 3.

50 Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *The EU and Sport: Background and Context*, cit., p. 78 ss.

un soggetto indipendente si occupa della vendita dei diritti, massimizzando, a favore dei club membri, il valore dei diritti audiovisivi. È quanto avviene nei principali paesi e in Italia⁵¹. Il modello è visto come strumento che consente di allocare i ricavi dalla vendita dei diritti in modo più equilibrato rispetto all'alternativa "decentralizzata", dove ciascun club può contrattare i propri diritti singolarmente (o sfruttarli direttamente), ciò che incrementerebbe nel corso del tempo il divario economico (e quindi, almeno potenzialmente, tecnico) tra i club più prestigiosi e i club meno blasonati.

Il sistema della vendita centralizzata è stato talvolta imposto dallo stesso legislatore. Nel caso italiano, esso è stato introdotto al fine di assicurare «l'equilibrio competitivo dei soggetti partecipanti alle competizioni sportive (... anche attraverso la) equa ripartizione, tra i soggetti partecipanti alle competizioni sportive, delle risorse economiche e finanziarie derivanti dalla commercializzazione dei diritti»⁵².

Lo stesso legislatore ha indicato che il modello consente di perseguire meglio, e comunque in modo più organico e trasparente fini sociali ulteriori, posto che una parte degli introiti è destinata alle leghe minori, ai vivai, ecc.⁵³.

In sintesi, il successo di un evento sportivo dipende dalla presenza di un congruo numero di partecipanti con un potenziale tecnico equilibrato e questo presupposto è secondo taluni reso più verosimile nel caso di vendita centralizzata dei diritti con una equa ripartizione dei diritti. Ma la vendita centralizzata dei diritti – e qui è possibile ora tornare al punto centrale del discorso sotto il profilo concorrenziale – rappresenta una intesa che elimina la concorrenza tra le parti rispetto ad una (ed in certi casi la principale) fonte di finanziamento dei partecipanti alla competizione.

Inoltre, la concentrazione dell'offerta, unitamente alla tecnica contrattuale dell'esclusiva, che accentua la concorrenza 'per il mercato' tra le emittenti televisive, consente di massimizzare i profitti totali a monte, ma per definizione è in grado – per un certo lasso di tempo – di eliminare ogni forma di concorren-

51 Per quanto riguarda i campionati nazionali di calcio, dopo che l'Italia ha reintrodotto il sistema della vendita congiunta nel 2010, nei Paesi dell'Unione europea solo Spagna, Portogallo e Cipro continuano ad adottare un sistema in cui sono le singole squadre a vendere i loro diritti a titolo individuale. La vendita congiunta dei diritti è prassi normale anche per i campionati e i tornei di altre discipline sportive. Cfr. ASSER INSTITUTE, *Study on sports organisers' rights in the European Union*, cit., p. 3.

52 Art. 1, legge n. 106/2007. Il problema è poi con quali criteri ripartire le risorse incamerate attraverso la vendita collettiva. In tema si rinvia all'interessante lavoro di J.F. DIAZ-F.M. BALESTRA, G. SCASSELLATI-SFORZOLINI, *La ripartizione dei ricavi derivanti dalla vendita collettiva dei diritti audiovisivi degli eventi calcistici. Controversie tra le squadre e prospettive antitrust*, cit.. Per una critica al vago concetto di equilibrio competitivo si veda, inoltre, S. BASTIANON, *Calcio, diritti audiovisivi, e il mantra della competitive balance*, in part. p. 330 ss., e S. BASTIANON, *Sport, antitrust ed equilibrio competitivo nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, p. 485.

53 Questo elemento è riconosciuto anche dalla Commissione, la quale in COMMISSIONE EUROPEA, *The White paper on Sport*, cit., § 4.8, afferma che «the application of the competition provisions of the EC Treaty to the selling of media rights of sports events takes into account a number of specific characteristics in this area. Sport media rights are sometimes sold collectively by a sport association on behalf of individual clubs. While joint selling of media rights raises competition concerns, the Commission has accepted it under certain conditions. Collective selling can be important for the redistribution of income and can thus be a tool for achieving greater solidarity within sports. (...) The Commission recognises the importance of an equitable redistribution of income between clubs, including the smallest ones, and between professional and amateur sport». Per alcune osservazioni critiche a questo ragionamento si veda anche A. GIANNACCARI, *Calcio, diritti collettivi e ritorno all'antico. Storia a lieto fine ?*, in *M.C.R.*, 2006, p. 486 ss.

za a valle per la trasmissione di tali eventi⁵⁴. A seconda della rilevanza dell'evento sotto il profilo della base di abbonamenti (e o della raccolta pubblicitaria), la previsione di una clausola di esclusiva può pertanto generare un impatto significativo anche nei mercati a valle.

Le autorità europee, e i legislatori nazionali, sembrano ciononostante oggi “tollerare” la vendita collettiva dei diritti⁵⁵, ancorché talvolta imponendo condizioni percepite come eccessivamente invasive⁵⁶.

Se si dovesse sintetizzare in poche pagine la prassi applicativa comunitaria, per come si è evoluta negli ultimi 20 anni⁵⁷, si potrebbe iniziare segnan-

54 Ciò sempre che il soggetto che si è aggiudicato i diritti di esclusiva non decida volontariamente di metterli a disposizione dei concorrenti o dei loro clienti al fine di aumentare il numero degli utenti. Sul punto si veda comunque *infra*, il § 6.

55 Ad onor del vero, i legislatori nazionali sono talvolta intervenuti perché le autorità antitrust nazionali non avevano in un primo tempo ritenuto ammissibile la vendita congiunta dei diritti. Ad esempio, in Germania proprio a motivo della contraria decisione della Corte Suprema Federale (cfr. Bundesgerichtshof, Beschl. v. 11 dicembre 1997, KVR 7/96, in *BGHZ* 137, 297), il legislatore si è convinto ad introdurre nell'art. 31 GWB (la legge antitrust tedesca) una specifica esenzione per la commercializzazione dei diritti televisivi delle competizioni sportive organizzate dalle associazioni sportive che, nell'esecuzione delle loro responsabilità socio-politiche, si impegnino a promuovere le attività dilettantistiche e giovanili, nonché soddisfino tale impegno allocando a tali attività una quota sufficiente dei ricavi derivanti dalla gestione centralizzata. Identico percorso è stato seguito negli Stati Uniti. Dopo che una corte americana considerò la vendita collettiva dei diritti da parte della lega nazionale del football americano equivalente ad un naked restraint (v. *U.S. v. National Football League*, 196 F. Supp. 445 (E.D. Pa. 1961), il congresso americano si affrettò ad emanare lo Sports Broadcasting Act 1961, che di fatto esentava la vendita collettiva dei diritti da parte delle maggiori leghe dal divieto di cartello al fine di preservare l'equilibrio tra i team e in particolare le squadre più deboli.

Nel prosieguo si farà riferimento alla prassi applicativa della Commissione europea. Per una descrizione dell'intervento delle autorità nazionali si vedano invece, oltre agli autori già citati in precedenza, I. BLACKSHAW, *Collective Sale of Sports television rights in the European Union: Competition Law Aspects*, in *De Jure*, 2013, p. 401 ss.; I. BLACKSHAW et al., *TV Rights and Sport: Legal Aspects*, TCM Asser Press, The Hague 2009; A. CHETCUTI, *The Exploitation of Football Media Rights in the EU: a competition law analysis*, 2008; K. DALY-J. WALCH, *Sports and competition law: an overview of EU and national case law*, in *e-Competition* n. 42447; T. EVENS-K. LEFEVER, *Watching the Football Game: Broadcasting Rights for the European Digital Television Market*, in *Jour. Sport and Social Issues*, 2011, 33 ss.; D. MCAULEY, *Exclusively for all and Collectively for none: Refereeing Broadcasting Rights between the Premier League, European Commission and BskyB*, in *Eur. Comp. L. Rev.*, 2004, p. 370 ss.; S.M. IZQUIERDO-M. TRONCOSO FERRER, *Football Broadcasting Business in the EU: Towards Fairer Competition?*, in *Journ. Eur. Comp. L. & Pract.*, 2014, p. 353; J.C. RODA, *Sport et droit de la concurrence: l'exemple du football professionnel*, in *Concurrences*, 3, 2012; A. SCHAUB, *Sports and Competition Broadcasting Rights of Sports Events*, relazione presentata alla Jornada Dia de la Competencia, Madrid 2002; B. VAN RUMPOY-K. DONDEERS, *The EBU'S Eurovision System Governing the Joint Buying of Sports Broadcasting Rights: Unfinished Competition Business*, in *Comp. L. Rev.*, March 2013. Per studi più generali v. COMMISSIONE EUROPEA, *Contribution to OECD Global Forum on Competition: "Competition Issues in television and broadcasting"*, DAF/COMP/GF/WD(2013)52, Paris, 2013, § 6; ASSER INSTITUTE, *Study on sports organisers' rights in the European Union*, cit., 77 ss., nonché, per i profili giuridici, S. BASTIANON (a cura di), *L'Europa e lo sport. Profili giuridici, economici e sociali*, Milano, 2013.

56 Per una discussione sul punto H. UNGERER, *Commercialising sport: understanding the TV Right Debate*, discorso presentato alla Conferenza organizzata dalla Commissione europea sullo Sport, Bruxelles, 2 ottobre 2003: «TV is of high significance for football clubs, 30-70% of football clubs' revenue come from TV, and this explains why sometimes our efforts to bring joint selling into line with competition law requirements meet a certain anxiety – even bitterness – on the side of some leagues, and are initially misunderstood»; si veda, altresì, EUROPEAN COMMISSION, *The EU and Sport Background and Context*, cit.; OECD, *Background Note to Global Forum on Competition: Competition issues in television and broadcasting*, cit., pp. 31-32 e la bibliografia ivi citata.

57 Per le decisioni meno recenti, si può rimandare a M. COCCIA, *Diritti televisivi sugli eventi sportivi e concorrenza*, in *M.C.R.*, 1999, p. 521 ss.

do che, per un verso la Commissione europea ha ritenuto che il modello centralizzato fosse restrittivo della concorrenza ai sensi del primo paragrafo dell'art. 101 TfUE⁵⁸. La vendita centralizzata è contraria al divieto di intese poiché inibisce a ciascun partecipante di contrattare individualmente i propri diritti, può comportare la fissazione di un prezzo uniforme (ciò che equivale ad un accordo di fissazione dei prezzi)⁵⁹, talvolta riduce il numero dei diritti disponibili al fine di preservare il valore commerciale, e quindi il prezzo, del prodotto principale (corrispondendo ad una riduzione dell'offerta), e può come si è già accennato condurre ad una preclusione nel mercato a valle dei media⁶⁰, oltre che ostacolare lo sviluppo di alcuni nuovi mercati (ad esempio i nuovi mercati internet, dei tablet o degli smartphone a protezione dei profitti derivanti dalle televisioni a pagamento). Questi effetti sono tanto più ampi quanto maggiore è la durata dei contratti di esclusiva. Le restrizioni possono pertanto ritenersi significative tanto da imporre il divieto della vendita centralizzata dei diritti ai sensi del primo paragrafo dell'art. 101 TfUE.

Per altro verso, come è noto devono ritenersi validi quegli accordi che, nonostante la presenza di una restrizione concorrenziale, soddisfino le condizioni di esenzione specificate dal terzo paragrafo dell'art. 101 TfUE. Orbene, la vendita congiunta può effettivamente beneficiare dell'esenzione prevista se ed in quanto in grado di incrementare l'efficienza attraverso una riduzione dei costi e di migliorare la qualità del "bene" Campionato di Calcio anche a vantaggio dei consumatori.

Sotto questi profili si è in primo luogo segnalato come molti studi economici suggeriscano che il modello centralizzato possa a certe condizioni consentire una distribuzione più equa dei ricavi derivanti dalla vendita congiunta dei diritti sportivi e quindi aumenti l'attrattività degli eventi sportivi. Alla luce di queste considerazioni, appare a prima vista poco comprensibile la circostanza che la Commissione non abbia utilizzato (almeno esplicitamente) questo argomento al fine di esentare gli accordi di gestione collettiva per la cessione dei diritti, posto che il maggiore equilibrio e la maggiore incertezza hanno un beneficio diretto anche sul complesso dei consumatori⁶¹.

Nel *leading case* riguardante la vendita centralizzata dei diritti commerciali della *UEFA Champions League*⁶², la Commissione europea ha invece fondato

58 Le autorità europee sono sotto questo profilo allineate alle corti americane, che da tempo hanno ritenuto che le leghe sportive non rappresentano una *single entity*, o "unica impresa" sotto il profilo della concorrenza e quindi l'accordo con il quale le squadre di football decidano di cedere in modo accentrato, attraverso una lega, i diritti audiovisivi relativi al campionato ad un network televisivo rappresenta un'intesa orizzontale, peraltro da valutarsi alla stregua della "regola di ragione". Cfr., al riguardo, *Los Angeles Memorial Coliseum Commission v. NFL*, 726 F.2d 1381 (9th Cir. 1984), cert denied, 469 U.S. 990 (1984).

59 Inoltre, colui che vende i diritti congiuntamente può fissare in modo uniforme ulteriori condizioni contrattuali, quali il modo e le condizioni di copertura di ciascuna partita del campionato, riducendo ulteriormente la concorrenza.

60 In particolare, il fatto di vendere pacchetti di partite in diretta, che sono molto più ampi (e costosi) rispetto a quelli che potrebbe vendere un singolo club, può determinare effetti preclusivi soprattutto nei confronti degli operatori di minori dimensioni o appena giunti sul mercato. Cfr. Commissione europea, 22-3-2006, COMP/38.173 – *Joint selling of media rights to the FA Premier League*, § 26.

61 Sotto questo profilo si veda R.D. FORT, *Sports Economics*, Boston³, 2010, p. 155 ss., nonché le ulteriori considerazioni di O. BUDZINSKI, *The Institutional Framework for Doing Sports Business: Principles of EU Competition Policy in Sports Markets*, cit., p. 19.

62 Commissione europea, 23-7-2003, COMP/37.398, *Vendita congiunta dei diritti della UEFA Champions League*, decisione che per bocca degli stessi rappresentanti della Divisione Ge-

l'esenzione su altre considerazioni di "efficienza". In particolare, l'incremento dell'offerta si fonda sulla creazione di un unico "punto vendita", tale da ridurre i costi di transazione sia per i club che per le emittenti televisive⁶³; sulla creazione di un marchio comune, tale da incrementare la capacità distintiva e di conseguenza la distribuzione del prodotto⁶⁴; nonché sulla creazione di un prodotto "collettivo", che può aumentare l'attrattiva per i tifosi poiché il prodotto è focalizzato sul torneo o sul campionato e sul suo esito complessivo, piuttosto che sui club che partecipano individualmente alla competizione⁶⁵.

Da ultimo, pur non rilevando direttamente ai fini della ponderazione tra vantaggi e svantaggi in ottica concorrenziale, taluni hanno sostenuto la preferibilità del sistema centralizzato, poiché esso contribuisce a perseguire obiettivi sociali diversi, posto che una parte degli introiti è destinata alle leghe minori, ai vivai, ecc.⁶⁶.

Al fine di garantire che i benefici complessivi in termini di efficienza prevalsero sulle restrizioni concorrenziali, e comunque per evitare che la vendita congiunta dei diritti eliminasse la concorrenza nel mercato dei media, le esenzioni (e successivamente le decisioni di chiusura del procedimento senza accertamento degli illeciti a causa degli impegni presentati dalle parti) sono state subordinate al rispetto di talune condizioni, che possono così essere sintetizzate:

a) sotto il profilo dei contenuti, i diritti di trasmissione devono essere offerti

nerale Concorrenza della Commissione stabilisce i principi fondamentali che essa intendeva seguire nell'area della cessione dei diritti audiovisivi degli eventi sportivi premium. Cfr. H. UNGERER, *Commercialising sport: Understanding the TV Rights Debate*, cit.; v., altresì, I. BLACKSHAW, *Collective sale of sports television rights in the European Union: competition law aspects*, in *De Jure*, 2013, p. 401 ss.; A. CHETCUTI, *The Exploitation of Football Media Rights in the EU: a competition law analysis*, Institute of Computer and Communications Law, Centre for Commercial Law Studies – Queen Mary Univ. London, 2008.

63 Si tratta di un punto controverso, poiché la riduzione dei costi di transazione avverrebbe a scapito della varietà dei prodotti e servizi offerti, così come delle efficienze allocative e dell'innovazione. Peraltro, in COMMISSIONE EUROPEA, *The EU and Sport: Background and Context*, cit., p. 87, si osserva che nel caso della Champions League la contrattazione centralizzata servirebbe anche per il fatto che il torneo è a più fasi con un girone all'italiana e poi ad eliminazione diretta. Ciò renderebbe assai complessa la programmazione anticipata e soprattutto la contrattazione individuale, posto che i diritti acquisiti si estinguerebbero automaticamente nel caso di "prematura" eliminazione della squadra con la quale si è stipulato il contratto. Per una critica a questa argomentazione, che evidentemente non vale nei campionati che non prevedano eliminazione diretta o play-offs, v. O. BUDZINSKI, *The Institutional Framework for Doing Sports Business: Principles of EU Competition Policy in Sports Markets*, cit., p. 19. A suo avviso, la riluttanza della Commissione nell'accettare l'argomento del bilanciamento competitivo può essere il frutto di un crescente scetticismo, da parte della letteratura di economia dello sport, circa la positiva correlazione tra un maggior bilanciamento della forza delle squadre e una maggiore attrattiva del campionato o torneo considerato. In questo senso v. anche le interessanti considerazioni di S. BASTIANON, *Sport, antitrust ed equilibrio competitivo nel diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 485 ss.

64 Sulla rilevanza della "immagine di marca" per i canali televisivi cfr. Commissione europea, 23-7-2003, COMP/37.398, *Vendita congiunta dei diritti della UEFA Champions League*, §§ 64-70.

65 Questa caratteristica è fondamentale soprattutto per le competizioni internazionali quali Champions League e Europa League. Ma il focus sul torneo, piuttosto che sulle singole squadre ad esso partecipanti, può essere rilevante anche per i campionati nazionali, ad esempio nel momento in cui si contrattino i diritti per la trasmissione in diretta o degli *highlights* con emittenti televisive di paesi esteri.

66 Si è così affermato che «preserving the educational, public health, social, cultural and recreational functions of sport, the "principle of solidarity" represents a somewhat non-economic community objective». Cfr. O. BUDZINSKI, *The Institutional Framework for Doing Sports Business: Principles of EU Competition Policy in Sports Markets*, p. 6.

in pacchetti distinti, e tra loro equilibrati, per evitare la preclusione dei mercati a valle⁶⁷. La Commissione in una decisione è parsa peraltro più rigorosa imponendo, ancorché eccezionalmente, la regola in base al quale non è possibile che un unico soggetto acquisisca tutti i pacchetti in esclusiva per la trasmissione delle gare in diretta⁶⁸. Ciò per evitare che la commercializzazione centralizzata di diritti di trasmissione in esclusiva dell'evento più significativo ai fini della capacità di differenziazione dei palinsesti diventi un collo di bottiglia che metta a repentaglio la stessa esistenza delle emittenti che non riescono (o non hanno risorse sufficienti) ad aggiudicarsi alcun diritto⁶⁹;

b) la procedura di aggiudicazione deve essere aperta, trasparente e non discriminatoria, al fine di consentire a tutti i potenziali partecipanti di potere competere ad armi pari⁷⁰;

c) la durata delle esclusive deve essere limitata⁷¹: sulla base dei precedenti della Commissione, la durata dei contratti non deve in linea di principio superare 3 anni⁷²;

67 Inoltre, in Commissione europea, 22 marzo 2006, COMP/38.173 – *Joint selling of media rights to the FA Premier League*, è stato richiesto di mettere all'asta anche taluni pacchetti di valore più contenuto, per offrire maggiori opportunità agli operatori di minori dimensioni; in tutte le decisioni (Commissione europea, 23 luglio 2003, COMP/37.398, *Vendita congiunta dei diritti della UEFA Champions League*; 19 gennaio 2005, COMP/37.214, *Joint selling of the media rights to the German Bundesliga*, GU L134, 2005, 46, e 22 marzo 2006, COMP/38.173 – *Joint selling of media rights to the FA Premier League*) sono stati inoltre previsti dei pacchetti specifici per i nuovi mercati (i c.d. new media rights).

68 Commissione europea, 22 marzo 2006, COMP/38.173 – *Joint selling of media rights to the FA Premier League*. Nella decisione la Commissione ha chiarito che tale impegno era specificamente dovuto alla particolare struttura del mercato delle televisioni a pagamento inglese, e quindi doveva considerarsi eccezionale (la clausola non è stata invece imposta nelle decisioni 23 luglio 2003, COMP/37.398, *Vendita congiunta dei diritti della UEFA Champions League*, e 19.1-2005, COMP/37.214, *Bundesliga*).

69 Se differenti pacchetti di esclusive sono assegnati a differenti piattaforme, il problema degli effetti dell'esclusiva nei mercati a valle diviene meno pressante, ma i consumatori che intendessero vedere tutti gli incontri sarebbero obbligati, in mancanza di un accordo tra gli offerenti, a sottoscrivere abbonamenti di più piattaforme. Per questo motivo in alcuni Stati membri (Francia e Belgio, ad esempio) la clausola è stata ritenuta anticompetitiva, in quanto contraria agli interessi del consumatore. Si veda ASSER INSTITUTE, *Study on sports organisers' rights in the European Union*, cit., pp. 88-90, ove si nota come «it is unclear whether this drastic structural remedy can be considered necessary and proportionate in the absence of a long-term dominant buyer on the downstream market. The fact that principles first developed in the sphere of competition policy have been or are currently being codified in legislation in France, Hungary, Italy, and Spain, further exemplifies the regulatory nature of competition law intervention in this field». Sul tema v. anche M. FERRERO, *Diritti sportivi e concorrenza*, cit., p. 47, il quale – mi sembra – guardi invece favorevolmente alla presenza della clausola, quantomeno nel contesto italiano, in quanto benefica per gli utenti.

70 Ad esempio, nella decisione della Commissione europea, 22 marzo 2006, COMP/38.173 – *Joint selling of media rights to the FA Premier League*, per garantire la parità delle armi è stata eliminata la clausola inglese in favore dell'incumbent BSkyB (clausola che consentiva a BSkyB, qualora fosse stata presentata una offerta più conveniente della sua, di pareggiare tale offerta e aggiudicarsi i diritti per i successivi tre anni).

71 Ciò che comunque implica, ed è questo un principio fondamentale, che l'esclusiva non è di per sé problematica, come del resto riconosciuto anche dalla Corte di giustizia. Cfr. Corte, 4 ottobre 2011, cause riunite C-403/08 e 429/08, *Football Ass'n Premier League Ltd and oth. v. QC Leisure and oth. and Karen Murphy v. Media Protection Services Ltd*, in *Raccolta*, I-9083, § 137.

72 Una durata superiore potrebbe essere eccezionalmente ammessa in caso di newcomers, al fine di consentire loro di consolidarsi sul mercato. Cfr. Commissione europea, *XXIII Rapporto sulla politica di concorrenza*, 1994, 495, con riferimento all'entrata di BSkyB nel mercato nascente dell'emittenza via satellite in Gran Bretagna. In Germania il Bundeskartellamt ha acconsentito, con una decisione con impegni del 2012, ad una richiesta delle parti di estendere

d) deve essere prevista una opzione fall-back, nel senso che se taluni diritti risultino invenduti, essi devono ritornare nella disponibilità dei singoli partecipanti, al fine della cessione individuale;

e) la procedura di gara deve essere affidata ad un soggetto terzo e indipendente.

In sintesi, dunque, la vendita centralizzata dei diritti non viene (più) considerata anticompetitiva, quantomeno se sono rispettate talune piuttosto stringenti condizioni.

Per completare il discorso, si deve infine brevemente osservare che gli stessi presupposti benefici del modello di vendita centralizzato sono stati criticati sotto taluni profili. Si è infatti mostrato⁷³ che l'analisi degli esiti dei campionati di calcio degli ultimi 20 anni in varie nazioni europee contraddicono la conclusione che si dovrebbe trarre circa la superiorità del modello centralizzato rispetto a quello della cessione su base individuale. A livello aneddotico, basterebbe considerare gli esiti dei campionati spagnolo e tedesco, il primo fondato sul modello decentralizzato mentre il secondo su quello centralizzato. In Spagna le due squadre principali hanno perso, o rischiato di perdere il campionato piuttosto spesso, mentre negli ultimi 17 anni, il Bayern Monaco ha vinto il campionato per 10 volte.

Ma sono stati segnalati ulteriori effetti negativi dovuti alla vendita congiunta. La commercializzazione congiunta – si afferma – distrugge alcuni incentivi ad investire nei giocatori più costosi perché il risultante incremento nella qualità della squadra e quindi dei diritti televisivi apporterà benefici anche alle altre squadre della lega attraverso la redistribuzione dei redditi derivanti dalla vendita dei diritti stabilita nei rapporti tra le parti. Nel mercato decentralizzato, invece, gli incentivi all'investimento sono maggiori perché i risultati non dovrebbero essere condivisi⁷⁴.

6. L'impatto della vendita in esclusiva e i rimedi per evitare che il monopolio a monte si trasferisca a valle

I rischi antitrust nei mercati a valle dell'emittenza televisiva derivano dal fatto che l'esclusiva di un campionato a beneficio di un solo soggetto per definizione esclude tutte le emittenti concorrenti o i potenziali entranti che non possono permettersi questi diritti.

La commercializzazione centralizzata di diritti di trasmissione in esclusiva minaccia dunque la concorrenza effettiva nel mercato e, in assenza di una “*no single buyer rule*” può mettere a repentaglio la stessa esistenza delle emittenti

l'esclusiva da 3 a 4 anni anche al fine di incentivare nuovi operatori a competere per l'aggiudicazione dei diritti. Propone invece di diminuire la durata dei contratti ad una sola stagione V.C. ROMANO, *La gestione dei diritti televisivi sportivi*, cit., 9, per favorire la concorrenza in quanto utile a catalizzare la mobilità del mercato (proposta ripresa da G. CREA-A. GIANNACCARI, *Il binomio banda larga e industria dei contenuti tra innovazione, diritto antitrust e regolazione*, cit., 115). Al di là delle formule, non si capisce tuttavia come una impresa potrebbe ammortizzare gli investimenti ingentissimi in un solo anno, per non parlare delle imprese “newcomers” o minori.

⁷³ OXERA, *Marketing of football broadcasting rights: is competition off-side?*, cit., 4.

⁷⁴ Si veda, ancora, lo studio di OXERA, *Marketing of football broadcasting rights: is competition off-side ?*, cit., 4. Sul punto v. anche V.C. ROMANO, *La gestione dei diritti televisivi sportivi*, cit., 5.

che non si siano aggiudicate alcun pacchetto di diritti (sempre che si tratti di un insieme di diritti *must have*, se non addirittura assimilabili a *essential facility*).

Per questo motivo, la prassi applicativa delle autorità di concorrenza assoggetta la vendita centralizzata a condizioni stringenti. In tale ambito, un caso alquanto interessante, anche per le soluzioni in concreto applicate e per alcune soluzioni alternative che la dottrina ha segnalato, riguarda l'emittente via satellite BSkyB la quale, dopo anni di continuo dominio sul mercato, nel corso del 2009 si era nuovamente aggiudicata a seguito di una procedura competitiva la maggior parte dei diritti di trasmissione della British Premier League, finendo sotto le lenti di osservazione di Ofcom, l'autorità per le comunicazioni inglese⁷⁵.

Data la forte posizione di BSkyB nel mercato delle pay-Tv, Ofcom ha richiesto a BSkyB di offrire alcuni pacchetti di incontri della Premier League, unitamente ai canali televisivi sportivi Sky Sports 1 e 2, alle piattaforme concorrenti, quali British Telecom e Virgin. L'impegno, nel gergo antitrust denominato "*must offer commitment*", è stato imposto poiché l'autorità di settore ha considerato i diritti audiovisivi relativi alla Premier League come un "*must have*"⁷⁶. Esso aveva dichiaratamente due obiettivi. Consentire al massimo numero di utenti la possibilità di accedere al più ampio numero di eventi premium di qualità, ed evitare al contempo gli effetti di preclusione derivanti dall'esclusiva sui diritti audiovisivi.

Inoltre, l'obbligo consistente nel permettere ai concorrenti di incorporare nelle proprie piattaforme di distribuzione di contenuti audiovisivi anche i canali sportivi di BSkyB, Sky Sports 1 e 2, è stato ritenuto funzionale ad incoraggiare gli investimenti dei titolari delle piattaforme, nel tentativo cioè di *promuovere* la concorrenza tra piattaforme diverse.

La questione forse più interessante dell'intervento dell'Ofcom è legata all'imposizione di un impegno c.d. "*wholesale*", rappresentato dall'obbligo da parte di BSkyB di rendere disponibili i due canali sportivi alle piattaforme concorrenti ad un prezzo all'ingrosso, calcolato sulla base del numero complessivo di utenti di ciascuna piattaforma.

La dottrina economica ha individuato due controindicazioni fondamentali in relazione a questo tipo di intervento, posto che l'impegno *wholesale* determina un disincentivo all'innovazione, che è invece il motore del successo delle televisioni a pagamento, nonché la fissazione di prezzi potenzialmente eccessivamente gravosi⁷⁷.

Il punto di partenza circa la prima questione è che – come si è a più riprese sottolineato – il termine "innovazione", nel settore televisivo, significa la ricerca di contenuti esclusivi. Il modello *wholesale* invece persegue una filosofia opposta.

Pertanto, in presenza di condizioni dei mercati che suggeriscano un tale intervento, non mancano alternative rispetto al modello dell'offerta all'ingrosso.

⁷⁵ Per certi versi, il caso discusso nel testo non si discosta da quelli che già in precedenza avevano coinvolto BSkyB e di cui riferisce B. TONOLETTI, *La televisione a pagamento tra concorrenza e pluralismo informativo*, in *Percorsi di diritto dell'informazione*, 2011, p. 284.

⁷⁶ K. LEFEVER-R. KERREMANS, *Football on (Must-)Offer*, in *European Competition Law Review*, 2011, 621-8, nonché OXERA, *Marketing of football broadcasting rights: is competition off-side?*, cit., p. 5.

⁷⁷ Si noti che molte delle critiche che dal punto di vista teorico potrebbero muoversi all'impegno *wholesale* erano già contenute in M. AMSTRONG, *Competition in the Pay TV market*, cit., p. 265 ss.

La prima prevede che l'autorità imponga di seguire il modello di offerta "retail". L'impresa aggiudicataria dei pacchetti di diritti premium sarebbe tenuta ad acconsentire ai concorrenti di includere i contenuti *premium* nel loro *bouquet* di programmi, ma manterrebbe il controllo sulla relazione con gli abbonati delle piattaforme concorrenti per quanto concerne tali contenuti⁷⁸. Le piattaforme concorrenti agirebbero dunque quali "agenti" di chi si è aggiudicato i pacchetti di diritti. Venderebbero cioè abbonamenti ai contenuti premium in nome e per conto del detentore dei diritti, ai prezzi al dettaglio fissati da quest'ultimo. Rispetto al modello "all'ingrosso", questa soluzione alternativa consentirebbe di mantenere intatti gli incentivi all'innovazione e permetterebbe all'assegnatario dei diritti di godere di maggiori benefici derivanti dai suoi investimenti nei contenuti premium⁷⁹.

Si è prospettata una seconda alternativa, la più *market-oriented*, la quale consisterebbe nel lasciare direttamente alle parti sul mercato la soluzione attraverso la contrattazione: si è infatti suggerito che chi si aggiudica i diritti di trasmissione potrebbe considerare profittevole rivendere *volontariamente* il contenuto premium ad altre piattaforme, ad una tariffa prefissata per ciascun abbonato. Questa soluzione non è soltanto ipotetica. Dato che i costi derivanti dall'acquisto dei diritti sono fissi, e quindi il costo marginale di rivendita degli eventi tende a zero, l'offerta di contenuto premium agli utenti delle piattaforme rivali determinerebbe un aumento dei profitti per l'operatore che si è aggiudicato tali diritti, incentivandolo ad esplorare questa possibilità⁸⁰.

Il secondo problema dell'offerta "all'ingrosso" è quello della fissazione del prezzo. Se il prezzo è alto, le piattaforme concorrenti "distributrici" dovrebbero a loro volta applicare ai loro abbonati un prezzo molto elevato per poter coprire i costi dell'acquisto del pacchetto. Ciò ridurrebbe la capacità di competere sul prezzo nel mercato *retail* e aumenterebbe i prezzi di equilibrio⁸¹.

In sintesi, gli impegni "must-offer" all'ingrosso e la conseguente opzione per una distribuzione non esclusiva non sembrano in grado di determinare effetti positivi per i consumatori. Ancora una volta, le vicende inglesi paiono indicative sotto

⁷⁸ La soluzione prospettata è analoga al modello della c.d. *auto-distribution* che secondo l'*Autorité de la concurrence* può stimolare la concorrenza favorendo la diffusione di contenuti sul più ampio numero di piattaforme (si veda *Avis 09-A-42 sur les relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communications électroniques et activités de distribution de contenus et de services*, del 7 luglio 2009, punto 15).

⁷⁹ La proposta si legge in OXERA, *Marketing of football broadcasting rights: is competition off-side?*, cit., p. 6.

⁸⁰ OXERA, *Marketing of football broadcasting rights: is competition off-side?*, cit., p. 6, sostiene che «for a profit-maximising owner of premium channels, it can be profitable to resell the premium channel with its exclusive content voluntarily, for per-subscriber fees, to other distribution platforms. This is because, given the low marginal cost of supply, there is profit to be made from supplying attractive content to viewers on rival platforms». Questa elaborazione si deve in particolare a H. WEEDS, *TV Wars: Exclusive Content and Platform Competition in Pay TV*, University of Essex working paper, 12 December 2013.

⁸¹ Ritiene pressoché impossibile immaginare che gli operatori veicolino sulle proprie reti i prodotti dei concorrenti anche solo per completare l'offerta a beneficio dei propri clienti M. FERRERO, *Diritti sportivi e concorrenza*, cit., 56. In realtà, per i concorrenti questo potrebbe rappresentare l'unico strumento per mantenere almeno una parte della propria base abbonati a fronte della mancata aggiudicazione dei diritti. Semmai, potrebbe essere chi si è aggiudicato i diritti a non volerli sub-concedere ai concorrenti. Peraltro, sia all'estero sia – a quanto è dato sapere – in Italia, accordi di tal fatta sono stati raggiunti anche a prescindere dall'intervento regolatorio delle autorità. Per un esame della letteratura economica con riguardo alle strategie downstream e le offerte wholesale e retail v. A. PRETA-L. ZAMENGO, *The role of exclusivity in premium content distribution*, cit., pp. 7-8.

questo profilo. BSkyB ha infatti ottemperato agli impegni ed iniziato ad offrire alle piattaforme concorrenti i canali Sky Sports 1 e 2 ad un prezzo calcolato secondo le modalità già ricordate. In presenza di prezzi che parevano “eccessivamente gravosi”, vi è stato un secondo intervento dell’Ofcom, che ha commissionato uno studio per valutare la profittabilità dell’offerta di BSkyB. I risultati dello studio, a quanto si è appreso, hanno confermato l’iniziale supposizione che i prezzi *whole-sale* fossero ingiustificatamente elevati. Ciò ha portato l’autorità di regolazione inglese a fissare i prezzi ai quali i canali Sky Sports 1 e 2 avrebbero dovuto essere offerti ai distributori su piattaforme diverse rispetto a BSkyB⁸².

Ora, l’emergere di nuove piattaforme internet ed integrate come distributori di contenuti *in concorrenza* con le televisioni a pagamento e la conseguente constatazione che per queste ultime taluni eventi sportivi premium, ed in particolare il campionato nazionale di calcio divengano sempre più un prodotto “*must have*”, o addirittura *essential facility*, potrebbe suggerire una strada ulteriore e per così dire opposta rispetto alla vendita in esclusiva dei diritti audiovisivi, con gli eventuali accorgimenti della vendita retail o wholesale sopra analizzati. L’idea di fondo è che le varie piattaforme possano considerarsi alla stregua di meri distributori di contenuti tra loro in concorrenza (un po’ come potrebbero essere catene di supermercati), che competono sulla qualità dei palinsesti e sulla loro completezza, sui servizi editoriali aggiuntivi, sulla facilità d’uso, oltre che sul prezzo. Si potrebbe allora pensare di affidare direttamente al titolare dei diritti – ad esempio alla Lega Professionisti – la produzione degli eventi premium, anche in forma di pacchetti, che poi ciascuna piattaforma potrebbe distribuire sulla base delle proprie politiche di marketing. Questa strada, che come si segnalava in sede introduttiva è compatibile con la cornice normativa nazionale⁸³, è stata recentemente percorsa in Olanda dalla Eredivisie, a partire dal 2008⁸⁴, ed è stata da tempo intrapresa dalle principali leghe sportive statunitensi⁸⁵.

82 OFCOM, *Pay TV statement*, non-confidential version, 31 March 2010, così come riportato in OXERA, *Marketing of football broadcasting rights: is competition off-side?*, cit., p. 6. La questione è riemersa prepotentemente nell’estate 2013, posto che British Telecom ha accusato British Sky Broadcasting Group di avere abusato della propria posizione dominante, avendo offerto all’ingrosso i canali Sky Sport 1 e 2 alla piattaforma YouView a condizione che a sua volta British Telecom offrisse i propri canali sportivi a BSkyB affinché quest’ultima li vendesse sulla propria piattaforma. Cfr. OFCOM, CW/01106/05/13.

83 Il D.lgs. n. 9/2008 tra le varie opzioni previste consente infatti alla Lega di realizzare una propria piattaforma, previo ottenimento dell’occorrente titolo abilitativo, ovvero realizzare prodotti audiovisivi e distribuirli direttamente agli utenti, attraverso i canali tematici ufficiali ovvero attraverso un proprio canale tematico.

84 Vedi, per un ampio resoconto, T. EVENS, *Challenging content exclusivity in network industries: the case of digital broadcasting*, paper presentato alla 21st European Regional ITS Conference, Copenhagen 2010; ASSER INSTITUTE, *Study on sports organisers’ rights in the European Union*, cit., p. 73 ss. La lega olandese ha deciso di fondare un proprio canale televisivo a pagamento, Ederivisie Live, non essendo riuscita a contrattare in modo soddisfacente i diritti televisivi con le televisioni olandesi. A tal fine è stata costituita una joint venture tra Ederivisie Media e Endemol, una società di produzione televisiva olandese. I canali di Ederivisie Live non sono trasmessi in esclusiva, posto che la joint venture può contrarre con tutte le piattaforme interessate. Questo modello innovativo si fonda su una distribuzione su base non esclusiva i cui margini sono garantiti dalle royalties pagate dalle piattaforme per ciascun abbonato. Una simile strategia è stata adottata dalla squadra di calcio portoghese Benfica, nonché recentemente annunciata dalla Ekstraklasa, la lega calcistica polacca.

85 Lo sfruttamento diretto dei diritti audiovisivi è infatti lo standard negli Stati Uniti, ove dopo la NBA (nel 1999), anche altre leghe sportive, quali la NFL (nel 2003) e la NHL (nel 2007) e la MLB (nel 2009) hanno iniziato a trasmettere gli eventi su un proprio canale sportivo dedicato, che è poi distribuito dalle principali piattaforme. Peraltro, questo tipo di sviluppo non è privo di

Così facendo, all'obiettivo di promozione (o comunque tutela) della concorrenza si coniugherebbe la massimizzazione del numero di utenti che potrebbero accedere alla trasmissione di tali eventi premium.

Il contratto potrebbe essere di tipo *retail* (con le piattaforme meri "agenti" del titolare dei diritti). Tuttavia, si potrebbe fare ricorso anche al modello *who-lesale*, perché in questo caso non ci sarebbero i problemi in termini di innovazione e di prezzo di rivendita dei contenuti tra concorrenti. Partendo "alla pari" le piattaforme potrebbero competere sia in relazione al confezionamento dei vari pacchetti, sia in relazione alla creazione di palinsesti sportivi nei quali inserirli, sia infine con una modulazione di prezzi in funzione, ad esempio, della presenza o meno di pubblicità nel corso della trasmissione degli eventi⁸⁶.

E questo sempre per ciò che concerne le soluzioni di "merito" ai problemi concorrenziali che si riscontrano nel mercato della distribuzione dei diritti audio-visivi.

7. Alcune considerazioni sul disegno ottimale delle modalità di cessione dei diritti audiovisivi sportivi

Finora si è visto che il modo in cui sono assegnati i diritti audiovisivi relativi agli eventi sportivi e campionati più importanti influenza significativamente il mercato televisivo. Per i diritti sportivi, e in particolare quelli inerenti ai campionati di calcio, la parola d'ordine degli operatori è l'esclusiva, ma ciò può ostacolare una concorrenza efficace nei mercati a valle⁸⁷.

La disciplina della vendita dei diritti televisivi è, dunque, un nodo da sciogliere. La sfida che si trovano di fronte le autorità è complicata dalla esigenza di raggiungere più obiettivi simultaneamente: consentire l'accesso da parte del massimo numero di utenti possibile a contenuti di qualità e di loro interesse senza dovere abbonarsi ad una pluralità di piattaforme, proteggendo al contempo una concorrenza effettiva nel mercato della distribuzione di contenuti audiovisivi, senza perciò frenare l'innovazione nel settore.

Alcuni degli strumenti utilizzati, quali la vendita esclusiva "per piattaforma" o la "*no single-buyer rule*" non appaiono del tutto in linea con l'opportunità di

rischi. Le leghe hanno minori garanzie finanziarie sfruttando esse stesse i loro diritti di maggiore valore. Inoltre, subiscono un aumento dei costi di transazione, dovendo gestire un complesso reticolato di relazioni con i distributori e i consumatori, oltre a dover investire risorse consistenti in infrastrutture e personale.

86 Peraltro, secondo una opinione questa modalità di vendita non necessariamente penalizzerebbe il titolare dei diritti. Si è sostenuto che, ove si riscontrasse la sussistenza del carattere di "risorsa vincente" o *killer application* dei contenuti audiovisivi sul calcio anche in mancanza di esclusiva, non si potrebbe escludere un aumento dei profitti totali per l'impresa – in questo caso la Lega – titolare dei diritti stessi. V. in questo senso G. CREA-A. GIANNACCARI, *Il binomio banda larga e industria dei contenuti tra innovazione, diritto antitrust e regolazione*, cit., p. 113. Ciò ovviamente consentirebbe di evitare gli effetti perversi della logica del "winner-takes-all" e delle strategie escludenti ad essa legate. V. sul tema B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, cit., p. 13.

87 Anche se si è rilevato, sotto un profilo dinamico, che la presenza di una esclusiva aumenta fortemente gli incentivi alla concorrenza per il mercato, stimolando anche i newplayers a partecipare alle aste per l'aggiudicazione dei diritti. Basti pensare ad esempio a quanto avvenuto in Inghilterra con riferimento ai diritti per la Champions League, che sono stati aggiudicati a British Telecom. Si veda, nello stesso ordine di idee, A. PRETA, L. ZAMENGO, *The role of exclusivity in premium content distribution*, cit., p. 5.

perseguire il complesso di tali obiettivi⁸⁸.

La questione centrale da risolvere è infatti un'altra e riguarda il ruolo – se di *essential facility* o meno – giocato in ciascun paese da taluni diritti audiovisivi sportivi, con particolare riferimento a quelli relativi al campionato di calcio.

Se si potesse empiricamente dimostrare che questi sono rilevanti, ma non decisivi sotto il profilo della creazione e del mantenimento della base abbonati e della raccolta pubblicitaria, la logica dell'esclusiva dovrebbe prevalere, in particolare nel caso in cui essa fosse comunque accompagnata da una limitazione della durata temporale nell'ambito dell'assegnazione di una pluralità di pacchetti⁸⁹.

Se, invece, tali diritti dovessero dimostrarsi una "risorsa essenziale", la logica conseguenza dovrebbe essere quella di consentire a tutti gli operatori a valle (e non solo a taluni) l'accesso ai contenuti prodotti dall'organizzatore dell'evento a condizioni eque e non discriminatorie, lasciando libere le emittenti a pagamento di differenziarsi sotto i profili delle offerte commerciali, dell'organizzazione dei palinsesti, nonché della possibilità di integrare e personalizzare il prodotto "grezzo" loro inviato dal produttore.

Ora, in linea teorica entrambe queste soluzioni possono formare *oggetto* di due diversi strumenti: delle disposizioni di legge di livello primario o secondario, oppure dei provvedimenti delle autorità di concorrenza. La scelta tra i due strumenti dipende da variabili che prescindono dal tema qui in discussione. Generalmente, infatti, le misure regolamentari sono da preferirsi quando si pensa che le soluzioni da esse prospettate possano: (i) durare nel tempo, ossia non richiedano una continua (nonché costosa) rielaborazione; (ii) essere universali, ovvero in qualche misura indipendenti dalle condizioni del caso di specie; e (iii) essere accurate, ossia tali da non generare errori almeno nella maggior parte dei casi.

Ecco che allora, e venendo al tema qui esaminato, se si ritenesse che nella maggior parte dei casi i diritti audio-visivi sul Campionato di calcio davvero equivalgano a una risorsa essenziale, allora sarebbe concepibile un obbligo a condividerli generalizzato e, dunque, imposto per un tempo indeterminato per via regolamentare. Se, al contrario, tali diritti non fossero qualificati alla stregua di risorse essenziali, meglio sarebbe considerare un eventuale obbligo a condividerli come una mera e particolare eccezione, determinata dalle particolari circostanze di fatto concretizzatesi in un caso specifico sottoposto al giudizio dell'autorità antitrust.

⁸⁸ A commento dell'aggiudicazione passata dei diritti (relativa ai campionati 2012, 2013 e 2014), M. FERRERO, *Diritti sportivi e concorrenza*, cit., p. 51, ha sostenuto che l'attribuzione di diritti in capo ad operatori attivi su diverse piattaforme pay ha mostrato dinamiche competitive che hanno portato a una riduzione dei prezzi e a un miglioramento complessivo dell'offerta. Sul primo punto i dati economici relativi ai prezzi sono certamente conformi a questa posizione. La circostanza che vi sia stato un miglioramento dell'offerta tuttavia è molto meno evidente. Gli incassi della Lega Calcio sono scesi proporzionalmente rispetto a quelli di altre associazioni e leghe di campionati europei "concorrenti", e così dunque sono scese anche le entrate delle squadre italiane rispetto a quelle di altre nazioni europee. Al contempo, le emittenti pay che hanno proposto i vari pacchetti sul campionato senza vantare alcuna esclusiva sembrano avere fatto molta fatica a rientrare degli investimenti effettuati e da quanto è noto le operazioni societarie in discussione in questi mesi sono volte anche a rimediare a situazioni di difficoltà economico/finanziarie che caratterizza tali operatori in Italia. Ancora più complesso è poi valutare gli effetti sulla qualità complessiva dei pacchetti offerti.

⁸⁹ Ancora una volta occorre ricordare che le esclusive in questi casi generano effetti positivi, perché possono consentire di migliorare la qualità dei prodotti nei mercati a monte, anche a beneficio degli utenti.

Questione invece diversa è quella relativa agli eventuali, ulteriori, rimedi *ex post*, da adottarsi nel caso in cui, per la preesistente posizione di forza dell'aggiudicatario, l'esclusiva di un cumulo di diritti già giudicati come non-essenziali rischi di determinare comunque effetti preclusivi importanti⁹⁰. In questa circostanza, la soluzione di una modalità *retail* analoga a quella discussa nel paragrafo precedente potrebbe essere (ed è solitamente) affidata alle autorità di concorrenza, giacché la presenza dei suddetti effetti preclusivi deve essere appurata nel caso concreto e non può essere assunta, in ambito legislativo primario o secondario, come di per sé già verificata.

⁹⁰ Si veda, sotto questo profilo, anche G. CREA-A. GIANNACCARI, *Il binomio banda larga e industria dei contenuti tra innovazione, diritto antitrust e regolazione*, cit., p. 109, nt. 75, ove si ricorda la posizione della Commissione secondo la quale una restrizione concorrenziale può emergere quando la durata e l'ampiezza dell'esclusiva siano restrittive «considerando il potere di mercato delle imprese interessate e l'effetto cumulativo dei vari rapporti di esclusiva. Quando perciò tali esclusive prolungate si sommano a un portafoglio di diritti già ricco in capo all'impresa che ha stipulato i contratti, e hanno perciò come effetto principale di impedire ad un concorrente di affermarsi sul mercato, si è in presenza di una restrizione della concorrenza».

Gli obblighi di servizio pubblico come strumenti polifunzionali di regolazione dei mercati

di Nicola Bassi

ABSTRACT

The paper aims to analyze the function today acquitted by public service obligations as an instrument of market regulation. It first examines the main European and national statutes in which their application is positively planned and tries to identify the essential elements of the model that such statutes contemplate. The survey is then enlarged to two related topics (the Commission's practice in the field of State aid and forms of protection granted by law to users of a public service) in order to check whether public service obligations today pursues only purposes of safeguard of competitive principles or if by the time they are also called to meet other needs of market regulation.

SOMMARIO: 1. Per iniziare. Il modello del modello: obblighi (e contratti) di servizio pubblico nel settore dei trasporti. – 1.1. La disciplina europea. – 1.2. La disciplina interna. – 2. Per proseguire. Le varianti del modello: obblighi di servizio pubblico nei settori energetico e postale. – 2.1. Il settore dell'energia elettrica e del gas. – 2.2. Il settore postale. – 2.3. Gli aspetti comuni ai due regimi. – 3. Un primo approdo. Obblighi di servizio pubblico come strumenti di tutela statica della concorrenza. – 4. Verso nuovi lidi. Obblighi di servizio pubblico nella prassi applicativa della Commissione. – 5. Segue: Obblighi (e contratti di servizio pubblico) e forme di controllo sulle prestazioni rese dal gestore. – 6. Per concludere. La vocazione polifunzionale del modello.

Scopo di questo mio scritto ¹ non è di fornire un quadro esaustivo del ruolo attualmente assolto dagli obblighi di servizio pubblico nella regolazione dei mercati: si tratterebbe, in effetti, di un tentativo poco proficuo, sia per il numero e la qualità dei contributi già esistenti in argomento, sia per la oggettiva instabilità del quadro normativo (soprattutto interno) che disciplina la materia, destinata a rendere inevitabilmente obsoleto in tempi rapidi qualsiasi approccio ricostruttivo che aspiri a raggiungere livelli di dettaglio troppo intensi.

Ho ritenuto quindi preferibile cercare di tracciare, anche con l'ausilio di alcuni precedenti tratti dall'analisi della prassi amministrativa e giurisprudenziale, una sorta di percorso ragionato attraverso i principali snodi applicativi che il modello regolatorio imperniato sul ricorso agli obblighi di servizio pubblico propone all'attenzione dell'interprete: l'auspicio è in questo modo di riuscire, oltre

¹ Esso riproduce, con alcune non secondarie integrazioni, il testo della relazione da me tenuta il 5 giugno 2014 in occasione del Seminario, organizzato presso la SPISA di Bologna, dedicato a "Concorrenza e servizio agli utenti nel trasporto pubblico regionale e locale". Al pari di quel testo (in corso di pubblicazione negli atti del Seminario), anche questo articolo è dedicato alla memoria del prof. Giorgio Cugurra.

che a fornire qualche informazione utile in una prospettiva puramente divulgativa, a enucleare alcune premesse per l'avvio di una riflessione circa le funzioni che esso è chiamato realmente ad assolvere.

1. Per iniziare. Il modello del modello: obblighi (e contratti) di servizio pubblico nel settore dei trasporti

Il sistema degli obblighi di servizio pubblico (associati talvolta alla stipulazione di omonimi contratti) ha trovato storicamente una delle sue prime sperimentazioni pratiche, come è noto, nell'ambito dei tentativi (alcuni riusciti, altri meno) di introdurre regimi di liberalizzazione nell'ambito dei servizi di trasporto: occorre dunque analizzare anzitutto la relativa disciplina e la sua evoluzione².

1.1. La disciplina europea

È indispensabile in via preliminare ricordare che il settore dei trasporti non costituisce, per il diritto europeo, una categoria unitaria: esso è, al contrario, suddivisibile in due sottogruppi, cui si applicano principi e disposizioni tendenzialmente diversificati.

Consolidando previsioni assai risalenti nel tempo, l'art. 58 del TFUE stabilisce che la libera circolazione dei servizi nell'ambito dei trasporti per ferrovia, su strada e per vie navigabili è regolata non dalle norme generali in tema di libertà economiche fondamentali, bensì dalle apposite disposizioni dettate in proposito dagli artt. 90 e ss. dello stesso TFUE³.

L'art. 90 del TFUE parla, a sua volta, di una «*politica comune dei trasporti*», attribuendo alle istituzioni europee poteri flessibili per (fra le altre cose) regolare l'accesso «*di vettori non residenti ai trasporti nazionali in uno Stato membro*»: l'apertura dei mercati interni, sempre con riferimento ai servizi di traspor-

2 Per informazioni di dettaglio circa il regime applicabile nei diversi settori del trasporto pubblico si possono utilmente consultare: R. MERCURIO-M. MARTINEZ (a cura di), *Il trasporto ferroviario europeo. Organizzazione e regolazione del mercato*, Gangemi Editore, Roma, 1999; R. ZUCCHETTI-M. RAVASIO (a cura di), *Trasporti e concorrenza. Dal monopolio pubblico al libero mercato*, Egea, Milano, 2001; L. MASALA, *Analisi delle forme di intervento pubblico nei trasporti aerei di linea*, in AA.VV., *Continuità territoriale e servizi di trasporto aereo*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 135 ss.; O. BACCELLI-G. SICILIANO, *L'applicazione degli oneri di servizio pubblico al trasporto aereo: il caso della Sardegna*, in www.sietitalia.org, 2004; R. INVERNIZZI-M.A. SANDULLI, *Trasporti aerei e aeroporti*, in M.P. CHITI-G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II ed., tomo IV, Giuffrè, Milano, 2007, p. 2025 ss.; D.U. GALETTA-D.M. TRAINA, *Trasporti marittimi e porti*, in M.P. CHITI-G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 2111 ss.; D.U. GALETTA-M. GIAVAZZI, *Trasporti terrestri*, in M.P. CHITI-G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 2173 ss.; C. TESSAROLO, *La disciplina comunitaria del trasporto pubblico di passeggeri*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2008; F. CARLUCCI-A. CIRÀ, *Economia e politica dei sistemi di trasporto*, Franco Angeli, Milano, 2008; P. BERIA-M. PONTI, *Lo stato della regolazione dei trasporti in Italia*, in *Economia dei servizi*, 2009, p. 465 ss.; C. CAMBINI-G. CATALANO-A. SAVOLDI, *L'intervento pubblico nel trasporto ferroviario tra liberalizzazione ed esigenze di servizio pubblico*, in *Mer. conc. reg.*, 2009, p. 249 ss.; F. GASPARI, *Il diritto della concorrenza nel trasporto aereo. La slot allocation*, Giappichelli, Torino, 2012; A. MARINO, *Agenzie e autorità di regolazione del trasporto nel diritto comunitario e interno. Agenzie europee di regolazione ed esecutive*, Jovene, Napoli, 2013.

3 Riflesso di questa previsione è il fatto che ai servizi di trasporto in questione non è applicabile, ai sensi del suo art. 2, la direttiva CE n. 123/2006 (c.d. direttiva *Bolkenstein*).

to terrestri o per vie navigabili, dunque, dipende esclusivamente da scelte puntuali del legislatore sovranazionale.

Il successivo art. 93, poi, dichiara senz'altro «*compatibili con i trattati*» gli aiuti di Stato che siano «*corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di servizio pubblico*»⁴; e già nel regolamento CEE n. 1107 del 1970 era stato chiarito che questi aiuti consistono sostanzialmente nei «*versamenti [...] effettuati ad imprese di trasporto per ferrovia, su strada e per via navigabile per compensare gli obblighi di servizio pubblico loro imposti dallo Stato o dagli enti pubblici*»⁵.

In linea di massima, viceversa, agli altri servizi di trasporto – in particolare, aereo e marittimo – si applicano le ordinarie previsioni europee, primarie e derivate, valevoli per tutte le attività economiche.

Detto questo in termini generali, vi è da ricordare che il modello regolatorio degli obblighi di servizio pubblico si è imposto in forme assai evolute in due settori ormai da lungo tempo pienamente liberalizzati, quello dei *servizi di trasporto marittimo in uno Stato membro*, il c.d. *cabotaggio marittimo* (regolamento n. 3577/1992), e in quello dei *servizi aerei intracomunitari* (la cui disciplina, introdotta dal regolamento n. 2408/1992, è oggi racchiusa nel regolamento n. 1008/2008).

Nel primo caso è stata esplicitamente contemplata la facoltà per gli Stati membri di assoggettare al regime degli obblighi di servizio pubblico le imprese che erogano trasporti regolari da, tra e verso le isole, e ciò mediante tanto un atto unilaterale di portata generale⁶, quanto un contratto di servizio pubblico individuale (l'impresa assegnataria deve essere scelta mediante gara⁷).

Simile, anche se caratterizzato da alcune precisazioni procedurali importanti, è il regime dettato per i servizi aerei intracomunitari: gli Stati membri sono autorizzati a imporre obblighi di servizio pubblico per taluni tipi di rotte (verso regioni periferiche o su tratte a scarsa densità di traffico); lo strumento utilizzabile è quello della decisione unilaterale di portata generale, recante condizioni che devono essere soddisfatte dai vettori attivi sulla rotta interessata, preceduta da un procedimento valutativo trasparente e partecipato, che vede anche il coinvolgimento della Commissione; qualora lo Stato membro accerti che nessun vettore è disposto ad assumersi gli obblighi di servizio pubblico richiesti, è ammessa l'istituzione, sulla rotta interessata, di un diritto di esclusiva (da assegnare mediante gara) e i conseguenti rapporti con l'aggiudicatario sono regolati appunto mediante contratto.

Più tormentato, invece, è stato il percorso del legislatore europeo con riferimento ai *servizi di trasporto terrestri* (cui si sono affiancati, per un certo periodo di tempo, anche quelli di navigazione nelle acque interne).

4 È interessante notare che questo è l'unico passaggio in cui, nei trattati, viene usata tale nozione, ripresa poi nel protocollo n. 29 in tema di radiodiffusione.

5 Art. 3, par. 2.

6 Come affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza 20 febbraio 2001 in causa C-205/99, *Analir*, un sistema di previa autorizzazione amministrativa allo svolgimento del servizio di cabotaggio (pur non essendo previsto dal regolamento) può essere giustificato per garantire l'effettivo adempimento degli obblighi di servizio pubblico, ma può trovare applicazione solo laddove si sia dimostrata la sua reale necessità e purché siano definiti preventivamente criteri oggettivi e non discriminatori.

7 Secondo la comunicazione della Commissione COM(2014) 232 final, è applicabile la direttiva UE n. 23/2014 in tema di concessioni di servizio pubblico (ove sull'armatore gravi almeno in parte il rischio d'impresa), altrimenti è necessario conformare la procedura di selezione alle regole ordinarie per l'aggiudicazione di un appalto di servizi.

Dopo le anticipazioni formulate con la decisione n. 271/1965 (ove già si ipotizzava la soppressione di obblighi di servizio pubblico e la compensazione per quelli il cui mantenimento in vita fosse imposto dagli Stati membri), si è giunti alla prima definizione di un quadro normativo organico con il regolamento n. 1191/1969, applicabile solo ai *trasporti (di passeggeri e di merci) ferroviari erogati dalle imprese nazionali* e ai *trasporti (di passeggeri e di merci) non ferroviari (per strada e per via navigabile) su scala nazionale*.

Vi si prevedeva, ancora una volta, la soppressione degli obblighi di servizio pubblico (distinti in obblighi «*di esercizio*», «*di trasporto*» e «*tariffari*»), tranne che per quelli ritenuti indispensabili a garantire la fornitura di sufficienti prestazioni di trasporto: il dovere di soppressione, però, non riguardava gli obblighi tariffari nel trasporto di persone. Era altresì stabilito che gli oneri economici derivanti dagli obblighi tariffari e dal mantenimento degli altri obblighi di servizio pubblico (ovvero dall'imposizione di nuovi obblighi) fossero compensati dagli Stati membri in conformità a criteri contestualmente definiti (le scelte degli Stati membri circa obblighi di servizio pubblico e relative compensazioni erano qualificate genericamente come «*decisioni*»).

Il regolamento n. 1191/1969 è stato poi modificato (con una tecnica non perfetta, dalla quale sono derivate non poche difficoltà interpretative) con il regolamento n. 1893/1991.

Per effetto delle novità così introdotte, l'ambito applicativo del regolamento n. 1191/1969 era stato esteso a tutti i *trasporti (di passeggeri e di merci) per ferrovia, per strada e per via navigabile*: agli Stati membri, tuttavia, era stata concessa la facoltà di escluderne i trasporti urbani, extraurbani o regionali. Era stata contemplata per la prima volta, quale strumento per esigere l'adempimento di obblighi di servizio pubblico, la stipulazione di un «*contratto di servizio pubblico*»: era però mantenuta ferma espressamente per i trasporti urbani, extraurbani o regionali la possibilità di imporre detti obblighi mediante decisione unilaterale⁸. Erano peraltro rimasti immutati i sistemi di compensazione già introdotti dal regolamento n. 1191 del 1969, ma si aggiungeva che nel contratto di servizio si sarebbe dovuto individuare «*il prezzo delle prestazioni che formano oggetto del contratto, che si aggiunge alle entrate tariffarie o comprende dette entrate*» (art. 14).

Si è poi giunti al regolamento n. 1370/2007, oggi vigente.

Esso è dichiarato applicabile ai servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri per ferrovia e ad altri modi di trasporto, sempre di passeggeri, su rotaia e su strada⁹: gli Stati membri possono estenderne l'applicazione anche al trasporto pubblico di passeggeri per via navigabile e in acque marine nazionali¹⁰.

Gli obblighi relativi al livello massimo delle tariffe per tutti i passeggeri o per

8 Degno di nota, comunque, è che – stando a Corte di giustizia, sentenza 6 febbraio 2014 in causa C-516/12, *CTP* – quella della decisione unilaterale avrebbe rappresentato una possibilità di carattere generale (nel senso che il contratto sarebbe stato uno strumento aggiuntivo e non sostitutivo, rispetto alla decisione unilaterale, per fissare obblighi del genere a carico delle imprese di trasporto).

9 Il regolamento n. 1191/1969, come successivamente modificato, è dichiarato applicabile al *trasporto di merci su rotaia e su strada di merci* fino al 2 dicembre 2012: dopo tale data, esso rimane soggetto solo ai principi generali del Trattato.

10 Il regolamento non si applica né alle ipotesi di concessione di lavori pubblici, né in quelle in cui l'affidamento del servizio si concretizza in un vero e proprio appalto: nello stesso tempo, la sua applicazione è espressamente tenuta ferma dalla direttiva UE n. 23/2014 in tema di concessioni di servizio pubblico.

categorie di passeggeri possono essere imposti o mediante un contratto di servizio, oppure anche per mezzo di norme generali¹¹: le relative compensazioni devono comunque essere calcolate in conformità ai criteri definiti dal regolamento (il dovere di rispettare tali criteri non vale necessariamente per gli obblighi tariffari riguardanti scolari, studenti, apprendisti e persone a mobilità ridotte: in tal caso, però, il livello della compensazione deve essere previamente approvata dalla Commissione come aiuto di Stato).

Gli altri obblighi di servizio pubblico paiono richiedere necessariamente un contratto di servizio: quest'ultimo tuttavia può consistere, oltre che in *«uno o più atti giuridicamente vincolanti che formalizzano l'accordo tra un'autorità competente e un operatore di servizio pubblico»*, anche in una *«decisione adottata dall'autorità competente che assume la forma di un atto individuale di natura legislativa o regolamentare, oppure che specifica le condizioni alle quali l'autorità competente fornisce essa stessa i servizi o ne affida la fornitura a un operatore interno»* (art. 2).

Sono previsti anche per detti obblighi appositi criteri di calcolo delle compensazioni (diversificati a seconda dei casi) e si specifica che queste ultime possono consistere altresì in diritti di esclusiva. Viene precisato che le compensazioni accordate per servizi pubblici di passeggeri, purché conformi al regolamento, sono dispensate dalla previa notifica alla Commissione.

1.2. La disciplina interna

La circostanza che le discipline europee fin qui richiamate siano state introdotte per via regolamentare comporta ovviamente che esse sono direttamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri: non si deve però dimenticare che, in talune ipotesi, margini di scelta sono comunque esplicitamente riservati ai legislatori nazionali¹² e che, comunque, molte delle soluzioni normative adottate dal diritto europeo richiedono misure attuative di diritto interno.

Detto questo, l'esame della disciplina italiana rilevante per l'analisi che si sta svolgendo deve essere suddivisa in due parti, la prima relativa ai servizi di rilevanza nazionale, le seconda riferita invece ai principi applicabili a quelli di dimensione regionale o locale.

a) Per i *servizi marittimi di preminente interesse nazionale* la previsione formale del metodo della convenzione per la definizione (congiuntamente alla legge e al provvedimento amministrativo unilaterale) degli obblighi delle compagnie sovvenzionate è assai risalente¹³: alle convenzioni è stato in genere riservato il compito di definire i dettagli del rapporto fra impresa e Ministero (da un certo punto in poi, sulla base di disposizioni introdotte mediante regolamento¹⁴, rimanendo riservato a quest'ultimo il potere di stabilire le linee da as-

11 Art. 3.

12 Tale era il caso, per esempio, della possibile estensione del regolamento n. 1191/1969 ai trasporti regionali e locali. Tale è oggi la possibilità per gli Stati membri di escludere l'affidamento diretto dei servizi pubblici di trasporto terrestre.

13 R.d.I. n. 2081/1936, legge n. 600/1962, legge n. 684/1974, legge n. 856/1986, ecc.

Da quello che risulta, tuttavia, il sistema convenzionale contemplato dalla legge n. 684/1974 è rimasto nella sostanza inattuato fino al luglio del 1991 (quando sono state sottoscritte le convenzioni fra il Ministero e le varie Società del gruppo Tirrenia, con decorrenza 1° gennaio 1989-31 dicembre 2008, termine ultimo poi prorogato) e, nelle more, le compensazioni sono state corrisposte a titolo di acconto ai sensi dell'art. 19 della stessa legge n. 684/1974, in coerenza ai criteri di determinazione nel frattempo approvati dal legislatore.

14 D.p.r. n. 501/1979.

sicurare e le relative tariffe (i criteri di determinazione delle sovvenzioni, che sarebbero stati da indicare nelle convenzioni, sono stati però frequentemente identificati e poi modificati direttamente per legge¹⁵.

A partire dal 2007¹⁶ è stato attribuito al CIPE il potere di individuare i parametri di riferimento per la stipula di una nuova tornata di convenzioni: la relativa delibera¹⁷ stabilisce i presupposti per la creazione del servizio pubblico, identifica i costi ammissibili ai fini regolatori, evidenzia i criteri di determinazione delle tariffe e delle compensazioni, prescrive le penali da applicare.

Con riferimento ai *servizi aerei interni*, il legislatore statale si è occupato soprattutto di individuare i collegamenti potenzialmente suscettibili (in nome della c.d. continuità territoriale) di beneficiare di obblighi di servizio pubblico¹⁸. Pur con alcune differenze, per la concreta attuazione di simili previsioni astratte sono contemplate procedure analoghe: devono prima essere definiti (con decreto ministeriale) gli oneri di servizio pubblico su determinate rotte (i vettori interessati devono accettarli formalmente, impegnandosi ad assolverli per 12 mesi); se nessun vettore manifesta la sua disponibilità, viene bandita una gara europea, gestita dall'ENAC, con il cui vincitore viene stipulato il conseguente contratto di servizio pubblico.

Per quel che concerne i *servizi di trasporto ferroviario su scala nazionale*, giuridicamente liberalizzati a far tempo dal 2001¹⁹, è stato stabilito che, qualora debbano essere sottoposti al regime degli obblighi di servizio pubblico, essi siano da disciplinare mediante appositi contratti di durata non inferiore a 5 anni, regolanti anche il tema delle compensazioni, da assegnare da parte del Ministero dei trasporti in conformità alla normativa europea²⁰. I collegamenti coperti da contratti di servizio pubblico sono protetti da una particolare misura di salvaguardia, consistente nella possibilità che siano introdotte (a carico dei concorrenti operanti in regime di libero mercato) «*limitazioni nel diritto di far salire o scendere passeggeri in stazioni situate lungo il percorso del servizio [...] nei casi in cui il loro esercizio possa compromettere l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico in termini di redditività di tutti i servizi coperti da tale contratto, incluse le ripercussioni sul costo netto per le competenti autorità pubbliche titolari del contratto*» (in alternativa, può essere imposto «*il pagamento di opportuni, trasparenti e non discriminatori diritti di compensazione*» tali «*da neutralizzare la predetta compromissione dell'equilibrio economico*»): queste pecu-

15 Si vedano, per esempio, l'art. 11 della legge n. 856/1986 e l'art. 9 del d.l. n. 77/1989.

16 Comma 999 dell'art. 1 della legge n. 296/2006.

17 Delibera n. 111/2007, sulla cui base, il 18 luglio 2012, è stata sottoscritta la convenzione fra il Ministero e la Compagnia Italiana di Navigazione, Società risultante dalla privatizzazione di Tirrenia.

18 Art. 26 della legge n. 144/1999 per il collegamento con la Sardegna e le isole minori della Sicilia; artt. 135 e 136 della legge n. 388/2000 per i collegamenti aerei con la Sicilia e con le altre aree svantaggiate del Paese; commi 35 e 36 dell'art. 52 della legge n. 448/2001 per la Calabria; art. 82 della legge n. 289/2002 per altri aeroporti ancora, come Albenga, Cuneo, Trapani, Bolzano, Aosta, ecc.

19 Art. 131, comma 1, legge n. 388/2000, che ha definitivamente abrogato il diritto di esclusiva di cui fino a quale momento beneficiavano le Ferrovie dello Stato. Il relativo regime è stato poi modificato con gli artt. 58 e 59 della legge n. 99/2009.

20 Comma 2 dell'art. 38 della legge n. 166/2002. La formulazione originaria della disposizione, in realtà, imponeva il ricorso a procedure concorsuali per la scelta delle imprese con cui stipulare i contratti in conformità ai principi dettati al riguardo dal d.lgs. n. 422/1997. Il più sfumato riferimento alla "normativa comunitaria" è stato introdotto dall'art. 9 del d.l. n. 159/2007, convertito con legge n. 222/2007, dopo che il regolamento europeo n. 1370/2007 ha legittimato gli Stati membri a utilizzare il metodo dell'affidamento diretto.

liari forme di tutela del servizio garantito dal contratto non trovano applicazione «qualora il modello di esercizio sia tale che le fermate intermedie siano a distanza superiore ai 100 Km e i livelli medi tariffari applicati risultino di almeno il 20% superiori a quelli dei servizi a committenza pubblica»²¹.

Per i servizi automobilistici interregionali (di passeggeri) di competenza statale, il d.lgs. n. 285/2005²² ha introdotto un regime di carattere autorizzatorio (il titolo abilitante ha durata quinquennale) ed è stato successivamente precisato²³ che tali servizi non possono essere soggetti a obblighi di servizio pubblico e che, dunque, è vietata qualsiasi forma di compensazione o contribuzione pubblica. È venuto così definitivamente meno il sistema precedente²⁴, che prevedeva il rilascio di concessioni, con varie forme di preferenza per gli esercenti già operativi sulle varie linee concesse, e la corresponsione di compensazioni chilometriche.

b) Con riferimento a tutte le tipologie di trasporto di dimensione regionale e locale, l'art. 17 del d.lgs. n. 422/1997 ha assegnato a Regioni, Province e Comuni il potere di definire gli obblighi di servizio pubblico e di identificare, nei contratti di servizio, le relative compensazioni, da determinarsi secondo del criterio dei costi *standard* tenendo conto dei proventi tariffari e di quelli derivanti dall'eventuale gestione di servizi complementari alla mobilità.

Il precedente art. 16 concentra in capo alle Regioni il potere di identificare i servizi minimi, qualitativamente e quantitativamente sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità dei cittadini: i relativi oneri economici sono a carico delle Regioni stesse. Comuni e Province, se da un lato sono vincolate all'osservanza dei livelli fissati dalla Regione, dall'altro possono assicurare servizi aggiuntivi, ma con oneri a carico dei rispettivi bilanci.

Ai sensi del successivo art. 19, i contratti di servizio assicurano la completa corrispondenza fra oneri per servizi e risorse disponibili, al netto dei proventi tariffari e definiscono, fra le altre cose, «a) il periodo di validità; b) le caratteristiche dei servizi offerti ed il programma di esercizio; c) gli standard qualitativi minimi del servizio, in termini di età, manutenzione, confortevolezza e pulizia dei veicoli, e di regolarità delle corse; d) la struttura tariffaria adottata ed i criteri di aggiornamento annuale [...]; e) l'importo eventualmente dovuto dall'ente pubblico all'azienda di trasporto per le prestazioni oggetto del contratto e le modalità di pagamento, nonché eventuali adeguamenti conseguenti a mutamenti della struttura tariffaria; f) le modalità di modificazione del contratto successivamente alla conclusione; g) le garanzie che devono essere prestate dall'azienda di trasporto; h) le sanzioni in caso di mancata osservanza del contratto; i) la ridefinizione dei rapporti, con riferimento ai lavoratori dipendenti e al capitale investito, dal soggetto esercente il servizio di trasporto pubblico, in caso di forti discontinuità nella quantità di servizi richiesti nel periodo di validità del contratto di servizio».

c) Il regime dei servizi pubblici di trasporto (tanto nazionali, quanto regionali e/o locali) è poi stato completato con l'attribuzione di taluni poteri all'Autorità di regolazione dei trasporti di cui all'art. 37 del d.l. n. 201/2011 (come successivamente più volte modificato).

21 Art. 59 della legge n. 99/2009.

22 Il d.m. n. 316/2006 ha approvato il relativo regolamento di esecuzione.

23 Comma 1-bis dell'art. 11 del d.lgs. n. 285/2005, introdotto dall'art. 54-ter del d.l. n. 78/2010, come aggiunto dalla legge di conversione n. 122/2010.

24 Legge n. 1822/1939, d.p.r. n. 1227/1969, legge n. 877/1986 e d.p.r. n. 369/1994.

Per quanto qui rileva, all'Autorità infatti spetta, fra le altre cose, di stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi, definire gli schemi delle convenzioni da allegare ai bandi di gara e proporre all'amministrazione competente la sospensione, la decadenza o la revoca dei contratti. Spetta anche il potere di ordinare *«la cessazione delle condotte in contrasto con gli atti di regolazione adottati e con gli impegni assunti dai soggetti sottoposti a regolazione, disponendo le misure opportune di ripristino»* e, viene aggiunto, *«in circostanze straordinarie, ove ritenga che sussistano motivi di necessità e di urgenza, al fine di salvaguardare la concorrenza e di tutelare gli interessi degli utenti rispetto al rischio di un danno grave e irreparabile, può adottare provvedimenti temporanei di natura cautelare»*. Le viene altresì riconosciuto un ruolo paragiurisdizionale, nel senso che è chiamata pure a valutare *«i reclami, le istanze e le segnalazioni presentati dagli utenti e dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio sottoposto a regolazione»* e a favorire *«l'istituzione di procedure semplici e poco onerose per la conciliazione e la risoluzione delle controversie tra esercenti e utenti»*²⁵.

È tuttavia importante evidenziare che, allo stesso tempo, sono state mantenute ferme le competenze delle amministrazioni pubbliche statali e territoriali per quel che riguarda la *«definizione degli ambiti del servizio pubblico»* (in questo campo all'Autorità è stata riconosciuta la possibilità di *«sollecitare e coadiuvare le amministrazioni pubbliche competenti all'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e dei metodi più efficienti per finanziarli, mediante l'adozione di pareri che può rendere pubblici»*), nonché quelle *«del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, del Ministero dell'economia e delle finanze nonché del CIPE in materia di approvazione di contratti di programma nonché di atti convenzionali, con particolare riferimento ai profili di finanza pubblica»*.

2. Per proseguire. Le varianti del modello: obblighi di servizio pubblico nei settori energetico e postale

Se il ricorso allo strumento degli obblighi di servizio pubblico è ormai una costante della disciplina europea (e, ancor più, di quella nazionale) sui servizi di trasporti, non si può sottacere che si tratta di un paradigma regolatorio (in una delle sue due possibili versioni: previsioni di obblighi di servizio, accompagnati o meno dalla stipulazione di un apposito contratto di servizio) che non è appannaggio esclusivo dei corrispondenti settori.

Si pensi per esempio che in Italia l'utilizzo in funzione anche regolatoria del contratto di servizio pubblico è prescritto per tutti i servizi pubblici locali, aventi o meno rilevanza economica (artt. 113 e 113-bis del d.lgs. n. 267/2000), indipendentemente (e si tratta di notazione importante, alla luce di quello che si dirà nelle conclusioni) dal fatto che il gestore sia (azienda speciale, istituzione, società pubblica *in house*, ecc.) o non sia una mera articolazione organizzativa dell'ente locale affidante. Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, inoltre, è oggi stabilito che, prima dell'affidamento, l'ente locale deve approvare e pubblicare una relazione nella quale,

²⁵ I poteri da ultimo elencati sono assai simili a quelli riconosciuti, come si vedrà fra poco nel testo, alle Autorità di regolazione dei servizi energetici e di quelli postali.

fra le altre cose, devono essere definiti «*i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico*» che saranno posti a carico del futuro gestore²⁶.

Ma è stato ancora una volta su impulso diretto dell'ordinamento europeo che si sono registrate le esperienze più significative: fra i numerosi esempi prospettabili, si è optato in questa sede per una descrizione di quelle (che appaiono in effetti paradigmatiche) maturate con riferimento ai mercati dell'energia elettrica e il gas, da un lato, e dei servizi postali, dall'altro²⁷.

2.1. Il settore dell'energia elettrica e del gas

Cominciando a trattare dei mercati dell'energia elettrica e del gas²⁸, costituisce un punto fermo del regime europeo, fin dall'esordio della sua spinta verso una loro completa liberalizzazione, il riconoscimento della possibilità per gli Stati membri di imporre alle imprese (alle quali è parallelamente garantito il diritto di essere trattate senza discriminazioni dalle legislazioni nazionali) «*obblighi relativi al servizio pubblico concernenti la sicurezza, compresa la sicurezza dell'approvvigionamento, la regolarità, la qualità e il prezzo delle forniture, nonché la tutela dell'ambiente, compresa l'efficienza energetica, l'energia da fonti rinnovabili e la protezione del clima*»²⁹.

Il diritto europeo non ha precisato le modalità attraverso cui questi obblighi possono essere materialmente introdotti, limitandosi a prescrivere, da un lato, che essi devono essere «*chiaramente definiti, trasparenti, non discriminatori e verificabili*» e, dall'altro, che gli Stati membri devono informare la Commissione circa le misure al riguardo adottate e i loro effetti sulla concorrenza interna e internazionale.

In proposito in Italia è largamente prevalsa la tecnica della previsione unilaterale (e, perciò, autoritativa) degli obblighi in questione, frequentemente per mezzo direttamente di disposizioni legislative formali (cui è stato riservato anche di stabilire i diversi gradi apertura alla concorrenza dei vari segmenti dei mercati³⁰, destinate spesso (ma non sempre) ad essere attuate e/o concreta-

26 Art. 34, comma 20, d.l. n. 179/2012, convertito con modificazioni con legge n. 221/2012.

27 Fra gli altri casi, almeno un cenno merita quello del servizio universale delle comunicazioni elettroniche, di cui alla direttiva CE n. 22/2002.

28 Su questi temi si consultino: A. COLAVECCHIO, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario. Alla ricerca di un giusto bilanciamento fra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*, Cacucci, Bari, 2000; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Giuffrè, Milano, 2006; N. AICARDI, *Energia*, in M.P. CHITI-G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 1007 ss.; D. IACOVELLI, *Liberalizzazioni e obblighi di servizio pubblico nel mercato dell'energia*, in *Amministrare*, n. 2/2009, p. 187 ss.; A. TRAVI, *Produzione e vendita di energia elettrica e gas e obblighi di servizio pubblico*, in M. DE FOCATIIS-A. MAESTRONI (a cura di), *Libertà di impresa e regolazione del mercato nel nuovo diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 13 ss.

29 Si vedano da ultimo l'art. 3 della direttiva CE n. 72/2009 e l'art. 3 della direttiva n. 73/2009.

30 Art. 1 del d.lgs. n. 79/1999: «*[l]e attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica sono libere nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico [...]. Le attività di trasmissione e dispacciamento sono riservate allo Stato ed attribuite in concessione al gestore della rete di trasmissione nazionale [...]. L'attività di distribuzione dell'energia elettrica è svolta in regime di concessione rilasciata dal Ministro*» dello sviluppo economico.

Art. 1 del d.lgs. n. 164/2000: «*[n]ei limiti delle disposizioni del presente decreto le attività di importazione, esportazione, trasporto e dispacciamento, distribuzione e vendita di gas naturale, in qualunque sua forma e comunque utilizzato, sono libere. Resta in vigore la disciplina vigente*

mente modulate da determinazioni regolatorie del Ministero dello sviluppo economico oppure dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEGSI).

L'elenco degli obblighi così varati potrebbe occupare molte pagine: si va dagli obblighi di somministrazione a favore di determinate categorie di consumatori agli obblighi di allacciare alle infrastrutture a rete tutti gli utenti che ne facciano richiesta, da quelli di adottare tecniche di risparmio energetico nella gestione degli impianti a quelli di garantire riserve (di materia prima o di potenza) per assicurare la continuità di funzionamento dei sistemi interconnessi, e via dicendo³¹. Tranne che per il caso, invero del tutto particolare, delle attività di trasmissione e dispacciamento di elettricità, si tratta di obblighi di portata generale, valevoli cioè per qualsiasi impresa che sia attiva nel segmento di mercato cui essi si riferiscono.

Il legislatore italiano non ha rinunciato del tutto ad avvalersi anche di strumenti di portata individuale e, fra questi, anche del contratto di servizio: coerentemente alla struttura impressa ai mercati interni dell'elettricità e del gas, tuttavia, il ricorso al metodo convenzionale è in linea di massima circoscritto ad alcuni degli ambiti soggetti all'applicazione di un regime concessorio (trasmissione³² e distribuzione dell'elettricità³³; distribuzione del gas naturale³⁴); in larga parte, comunque, sembra di poter affermare che i margini di reale innovatività a disposizione delle parti contraenti sono assai limitati, trattandosi piuttosto di documenti sì a struttura formalmente pattizia, in definitiva tuttavia finalizzati alla riproduzione (con qualche integrazione) di previsioni fissate in termini generali dalla legge o dall'amministrazione in sede regolatoria.

2.2. Il settore postale

Diverso è stato invece l'approccio del legislatore europeo per quel che riguarda il servizio postale (direttiva CE n. 67/1997 e successive modificazioni e

per le attività di coltivazione e di stoccaggio di gas naturale, salvo quanto disposto dal presente decreto».

Art. 1, comma 2, legge n. 239/2004: «[l]e attività del settore energetico sono così disciplinate: a) le attività di produzione, importazione, esportazione, stoccaggio non in sotterraneo anche di oli minerali, acquisto e vendita di energia ai clienti idonei, nonché di trasformazione delle materie fonti di energia, sono libere su tutto il territorio nazionale, nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla normativa comunitaria e dalla legislazione vigente; b) le attività di trasporto e dispacciamento del gas naturale a rete, nonché la gestione di infrastrutture di approvvigionamento di energia connesse alle attività di trasporto e dispacciamento di energia a rete, sono di interesse pubblico e sono sottoposte agli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla normativa comunitaria, dalla legislazione vigente e da apposite convenzioni con le autorità competenti; c) le attività di distribuzione di energia elettrica e gas naturale a rete, di esplorazione, coltivazione, stoccaggio sotterraneo di idrocarburi, nonché di trasmissione e dispacciamento di energia elettrica sono attribuite in concessione secondo le disposizioni di legge».

31 I testi normativi di riferimento sono rappresentati, oltre che naturalmente dalla legge n. 481/1995 e dalla legge n. 239/2004, dai d.lgs. n. 79/1999, n. 164/2000 e n. 93/2011. Come si è anticipato nel testo, molti obblighi di servizio pubblico sono direttamente stabiliti al loro interno: tali testi poi, secondo logiche non sempre omogenee, assegnano poteri di completamento del regime dei predetti obblighi al Ministero dello sviluppo economico e/o all'AEEGSI.

32 Art. 36, comma 1, d.lgs. n. 93/2011, ove si menziona la convenzione fra Terna e il Ministero dello sviluppo economico dedicata alla disciplina di dettaglio della relativa concessione.

33 Art. 9 del d.lgs. n. 79/1999: la disposizione parla solo di concessione; nella prassi tuttavia è invalso l'uso, coerentemente alla tradizione del nostro Paese, di accompagnare il rilascio del provvedimento con la sottoscrizione di una convenzione.

34 Art. 14 del d.lgs. n. 164/2000.

integrazioni). Consapevole delle peculiarità anche sociali del servizio e altresì nella prospettiva di gettare le basi per assicurarne l'uniformità a livello sovranazionale, ha sempre ammesso la possibilità per gli Stati membri di incaricare una sola impresa della fornitura delle prestazioni, contestualmente definite con una certa puntualità³⁵, costituenti nel loro complesso il servizio postale c.d. universale (anche se questa facoltà è accompagnata dalla previsione della possibilità di consentire l'affidamento di singoli segmenti del servizio universale, e dei relativi obblighi, a imprese differenti da quella ufficialmente designata come titolare dello stesso)³⁶. Sono stati stabiliti i criteri da utilizzare per determinare il costo netto dell'adempimento degli obblighi di servizio universale per il suo fornitore³⁷ e si è permesso agli Stati membri, che ritengano che detto costo generi per il fornitore stesso un onere finanziario eccessivo alla luce anche dei vincoli tariffari applicabili³⁸, di riconoscergli compensazioni a carico del bilancio pubblico oppure a carico di uno speciale fondo alimentato da contributi degli altri operatori e/o degli utenti³⁹.

La direttiva CE n. 67/1997 è stata recepita in Italia con il d.lgs. n. 261/1999, anch'esso più volte modificato e integrato.

Il servizio postale universale è stato affidato direttamente per legge a Poste Italiane S.p.A. fino al 2026, seppure con passaggi intermedi di verifica suscettibili di determinare la revoca dell'assegnazione⁴⁰: degno di nota è che dal 1999 ad oggi si è andata progressivamente assottigliando (naturalmente sulla base degli impulsi provenienti dalle sedi europee⁴¹) l'estensione delle prestazioni ricadenti nel servizio universale riservate a Poste Italiane, le quali oggi consistono solo nelle notifiche degli atti giudiziari e delle sanzioni amministrative irrogate ai sensi del codice della strada⁴².

I rapporti fra lo Stato e le Poste Italiane sono disciplinati da un contratto di programma⁴³. Esso è «*volto ad individuare le attività e i servizi da svolgere [...] ed a prevedere gli obiettivi di recupero della qualità dei servizi e di contenimento dei costi, di autonomia di negoziazione relativamente ai servizi gestiti in regime di concorrenza, i criteri di determinazione delle tariffe*», è «*finalizzato al risana-*

35 Raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione degli invii postali e dei pacchi postali fino a un certo peso; servizi speciali; garanzia dello svolgimento di tali prestazioni almeno 5 giorni alla settimana con almeno una raccolta e una distribuzione al giorno; garanzia di una determinata densità dei punti di contatto e di accesso, da definire in funzione delle esigenze degli utenti; applicazione di prezzi accessibili; ecc.

36 Artt. 3 e 4 della direttiva CE n. 67/1997, e successive modificazioni e integrazioni.

37 Allegato I alla direttiva CE n. 67/1997, e successive modificazioni e integrazioni.

38 Art. 12 della direttiva CE n. 67/1997, e successive modificazioni e integrazioni. Vi si ammette l'applicazione di un regime di tariffe amministrate che, se da un lato devono sì essere correlate ai costi, per l'altro però devono essere fissate a livello ragionevole in funzione della necessaria accessibilità universale del servizio.

39 Art. 7 della direttiva CE n. 67/1997, e successive modificazioni e integrazioni.

40 Art. 11 del d.lgs. n. 261/1999, e successive modificazioni e integrazioni.

41 L'art. 7 della direttiva CE n. 67/1997, come modificato dalla direttiva CE n. 6/2008, prevede infatti che «*[g]li Stati membri non concedono né mantengono in vigore diritti esclusivi o speciali per l'instaurazione e fornitura di servizi postali*».

42 I servizi riservati sono oggi individuati direttamente per legge (art. 4 del d.lgs. n. 261/1999, e successive modificazioni e integrazioni). Inizialmente, invece, la loro determinazione era affidata a un provvedimento ministeriale (versione originaria dell'art. 2 del d.lgs. n. 261/1999).

43 Art. 8 del d.l. n. 487/1993, convertito con modificazioni con la legge n. 71/1994. L'ultimo contratto di programma in ordine di tempo è stato approvato dall'art. 33, comma 31 della legge n. 183/2011.

mento economico finanziario dell'ente, nonché al soddisfacimento delle esigenze degli utenti, tenendo conto delle prestazioni rese da enti analoghi in altri Paesi europei» e deve individuare «le obbligazioni e le responsabilità dell'ente in ordine ai livelli di qualità dei servizi, con specifico riferimento alle finalità di parità di trattamento tra le diverse categorie o fasce di utenti, piena informazione sulle modalità dei servizi e sui livelli di qualità, agevole accesso agli uffici specie per gli utenti disabili, semplificazione delle procedure, sollecita risposta ai reclami, istanze, segnalazioni e richieste di indennizzo».

Le «condizioni generali di servizio per l'espletamento del Servizio universale postale» sono definite e periodicamente aggiornate dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM)⁴⁴, cui spetta anche di approvare le tariffe praticabili dal fornitore del servizio universale⁴⁵. Il finanziamento del servizio universale, per la parte non coperta dalle tariffe, è assicurata, in linea con le previsioni europee, tramite compensazioni statali e tramite elargizioni provenienti dal fondo di compensazione, alimentato da contributi degli altri operatori postali⁴⁶.

Le prestazioni incluse nel servizio universale, ma non riservate a Poste Italiane, possono essere erogate anche da altre imprese, cui il Ministero dello sviluppo economico abbia accordato una licenza individuale, nella quale possono essere prescritti particolari obblighi di servizio⁴⁷. I servizi postali non compresi in quello universale possono essere forniti sulla base di un'autorizzazione generale, l'applicazione della cui disciplina è sempre di competenza del Ministero dello sviluppo economico, subordinatamente se del caso all'impegno ad adempiere, ancora una volta, a particolari obblighi di servizio⁴⁸. In entrambi questi due casi, gli obblighi di servizio sono fissati con provvedimento dell'AGCOM.

2.3. Gli aspetti comuni ai due regimi

Se diverse sono le logiche che hanno ispirato le evoluzioni delle discipline normative riguardanti i servizi energetici e quelli postali, e conseguentemente differente è l'ampiezza assunta in concreto nei due settori dall'applicazione del modello regolatorio degli obblighi di servizio pubblico, sostanzialmente comune (pur con alcune inevitabile differenze) è invece il regime dedicato al controllo amministrativo sul rispetto dei doveri prestazionali introdotti attraverso l'applicazione del modello⁴⁹.

Alle due Autorità di regolazione preposte ai mercati ora in esame, infatti, sono conferiti poteri da questo punto di vista molto simili (in parte fra l'altro ormai previsti come necessari dal diritto europeo), la cui matrice è rappresentata dalla legge n. 481/1995⁵⁰.

44 Che ha assunto le funzioni di Autorità nazionale di regolamentazione del servizio postale per effetto dell'art. 21 del d.l. n. 201/2011, convertito con modificazioni dalla legge n. 214/2011.

45 Artt. 13 e 22 del d.lgs. n. 261/1999, e successive modificazioni e integrazioni.

46 Art. 10 del d.lgs. n. 261/1999, e successive modificazioni e integrazioni.

47 Art. 5 del d.lgs. n. 261/1999, e successive modificazioni e integrazioni.

48 Art. 6 del d.lgs. n. 261/1999, e successive modificazioni e integrazioni.

49 Le considerazioni che seguono valgono anche, in linea di principio, per i poteri di controllo spettanti all'Autorità di regolazione per i trasporti, che, come anticipato, sono strutturati in modo non dissimile da quelli conferiti all'AEEGSI e all'AGCOM.

50 La quale è direttamente applicabile, naturalmente, per quel che riguarda l'AEEGSI, men-

Le due Autorità, in primo luogo, controllano lo svolgimento dei servizi e stabiliscono i casi in cui l'esercente è tenuto a riconoscere un indennizzo automatico all'utente ove il primo «*non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti*»⁵¹: in tale veste, oltre a irrogare sanzioni pecuniarie qualora il livello qualitativo violato sia stato stabilito con loro provvedimenti, esse ordinano «*al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo [...] l'obbligo di corrispondere un indennizzo*»⁵².

Alle stesse Autorità, ancora, è assegnato il potere di valutare «*reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti o dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio nei confronti dei quali interviene imponendo, ove opportuno, modifiche alle modalità di esercizio degli stessi ovvero procedendo alla revisione del regolamento di servizio*»⁵³.

Per come configurata dalla disposizione, quest'ultima competenza non sembra in sé e per sé rivolta, contrariamente alle apparenze, alla risoluzione di vere e proprie controversie fra utenti ed esercenti, quanto piuttosto a garantire l'effettiva corretta attuazione dei provvedimenti regolatori riguardanti i secondi, consentendo alle Autorità di verificarne il rispetto, su impulso degli utenti, imponendo se del caso al soggetto inadempiente di adeguare per il futuro il proprio comportamento agli *standard* prescritti: significativa, in questa direzione, è la previsione che circoscrive il possibile contenuto dell'atto repressivo all'ordine di modificare le modalità di esercizio del servizio ovvero alla revisione diretta del relativo regolamento (dell'esercente).

Nelle versione iniziale della legge n. 481/1995, peraltro, si ipotizzava anche che con regolamento governativo fossero definiti «*i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio presso le Autorità nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio*» (veniva aggiunto che «*[f]ino alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle istanze di conciliazione o di deferimento agli arbitri, sono sospesi i termini per il ricorso in sede giurisdizionale che, se proposto, è improcedibile*» e che «*[i]l verbale di conciliazione o la decisione arbitrale costituiscono titolo esecutivo*»)⁵⁴.

Indiscutibile, in questo caso, era la natura propriamente contenziosa delle procedure di conciliazione e arbitrato ipotizzate dalla disposizione che, dunque, indubbiamente per tale via intendeva riconoscere alle Autorità di regolazione un ruolo anche paragiurisdizionale.

Il regolamento governativo non è però mai stato adottato e, a questo punto, per un certo periodo di tempo le strade delle due Autorità si sono divise.

La funzione di organismo non giurisdizionale di risoluzione delle controversie è stata infatti confermata per l'AGCOM dalla sua specifica legge istitutiva⁵⁵, che le ha contemporaneamente attribuito il potere di disciplinarne l'esercizio.

tre è richiamata, per ciò che concerne l'AGCOM, dall'art. 1, comma 6, n. 14) della legge n. 249/1997.

51 Art. 2, comma 12, lett. *g* della legge n. 481/1995.

52 Art. 2, comma 20, lett. *c* e *d* della legge n. 481/1995.

53 Art. 2, comma 12, lett. *m* della legge n. 481/1995.

54 Art. 2, comma 24, lett. *b*, legge n. 481/1995.

55 Art. 1, comma 11, legge n. 249/1997.

Con riferimento all'AEEGSI, invece, si è dovuto attendere fino al d.lgs. n. 93/2011, il cui art. 44 (in attuazione degli artt. 37 e 41 delle direttive CE n. 72 e n. 73/2009) le ha dato il compito di decidere «*sui reclami presentati contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione per quanto concerne gli obblighi a tali gestori imposti in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale*» (secondo procedure definite dalla stessa Autorità).

3. Un primo approdo. Obblighi di servizio pubblico come strumenti di tutela statica della concorrenza

Dalla sommaria analisi che precede è possibile trarre alcune notazioni di portata generale.

L'istituto degli obblighi di servizio pubblico (gli obblighi, cioè, di fornire prestazioni che «*un operatore, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non si assumerebbe nella stessa misura o alle stesse condizioni senza compenso*»⁵⁶) nasce nel diritto europeo come strumento di tutela in forma specifica delle esigenze collettive con riferimento ad attività di prestazione un tempo organizzate negli Stati membri come servizio pubblico in senso stretto (spesso, peraltro, a gestione pubblica necessaria ed esclusiva) e poi oggetto di processi di liberalizzazione (e non è un caso, in effetti, che esso sia stato positivamente introdotto anzitutto in ambiti come quelli dei trasporti, dell'energia, dei servizi postali e delle comunicazioni): la sua funzione è di assicurare che, pur in un contesto di mercato retto almeno in via di principio dalla dinamica della domanda e dell'offerta, determinate prestazioni (come per esempio quelle riferibili alla nozione di servizio universale) siano comunque garantite, in quanto ritenute indispensabili per soddisfare bisogni individuali considerati imprescindibili, anche ove la loro erogazione sia di per sé contraria alla logica puramente imprenditoriale in quanto traducentesi in oneri privi di per sé di adeguata contropartita economica⁵⁷.

Gli obblighi di servizio pubblico possono essere di due tipi.

Si può trattare, anzitutto, di obblighi di carattere generale: sono tipicamente quelli tariffari; possono tuttavia anche essere riferiti a specifiche caratteristiche qualitative e/o quantitative delle prestazioni richieste all'esercente (copertura di certe fasce orarie o di certe tratte; utilizzo di materiale tecnologicamente

⁵⁶ Così l'art. 2 del regolamento UE n. 1370/2007, applicazione nel settore specifico dei trasporti di un principio di portata generale.

⁵⁷ I servizi pubblici e le forme di loro regolazione sono state oggetto negli ultimi decenni di numerosissimi studi, i più rilevanti dei quali sono: N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1999; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cedam, Padova, 2001; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; A. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Plus Edizioni, Pisa, 2004; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Giuffrè, Milano, 2006; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi "a rete"*, Giuffrè, Milano, 2007; L. BERTONAZZI-R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI-G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., Milano, 2007, p. 1791 ss.; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, Milano, 2010; M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011; R. CAVALLO PERIN, *La disciplina del servizio pubblico*, in L. LENTI (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 699 ss.

adeguato; messa a disposizione obbligatoria degli impianti; accantonamento di riserve; ecc.). Gli obblighi generali di regola valgono per qualsiasi impresa intenda essere presente in un determinato mercato, quali condizioni al cui soddisfacimento è subordinata la possibilità di entrarvi o rimanervi (tecnicamente parlando, dunque, sarebbe più corretto definirli oneri, anziché obblighi).

Questi obblighi/oneri per loro natura richiedono a monte un provvedimento di carattere generale che li definisca, provvedimento che può essere indifferentemente di natura legislativa oppure amministrativa. Frequentemente (anche se non sempre) è prescritta un formale impegno ad adempierli da parte dell'impresa interessata, quale presupposto per ottenere il rilascio dell'abilitazione eventualmente necessaria o per conseguire i vantaggi connessi al loro concreto espletamento (come, per esempio, le compensazioni economiche): il loro mancato rispetto determina comunque sempre il dovere per l'amministrazione competente di applicare misure di carattere penalizzante.

Gli obblighi di servizio pubblico possono essere anche di portata individuale, vale a dire riferiti a una specifica impresa e valevoli solo per la stessa e il loro oggetto potenziale di per sé non differisce da quello degli obblighi generali: si può trattare, cioè, di obblighi riguardanti tanto le condizioni economiche da praticare agli utenti, quanto le caratteristiche quantitative e qualitative delle prestazioni da rendere.

Al pari di quelli generali, peraltro, anche gli obblighi individuali possono venire introdotti mediante provvedimento (legislativo o amministrativo) unilaterale (si pensi, per esempio, agli obblighi di servizio universale posti direttamente dall'art. 3 del d.lgs. n. 261/1999 a carico del relativo fornitore), ma naturalmente per loro la forma più consueta di previsione è quella di apposite clausole inserite in un contratto di servizio pubblico, preceduto o meno da una gara: mediante il contratto l'impresa si assume rispetto all'amministrazione l'impegno vincolante a erogare determinate prestazioni coerenti a predefiniti parametri qualitativi e/o quantitativi (qui è appropriato l'uso della nozione di obbligo) e labilissime sono le differenze rispetto a quelle che, secondo la tradizione italiana, sono le concessioni di servizio pubblico⁵⁸.

Non è scontato che il contratto di servizio pubblico generi un diritto di esclusiva a favore dell'impresa: sono in effetti possibili ipotesi in cui più contratti di servizio pubblico legano la stessa amministrazione contemporaneamente a più imprese, così come casi in cui all'attività dell'impresa titolare del contratto si affiancano prestazioni rese da altre imprese in regime di libero mercato⁵⁹.

58 Sull'evoluzione, concettuale e normativa, dell'istituto della concessione di servizio pubblico e sulle questioni del suo rapporto con lo strumento del contratto si vedano ora le interessanti riflessioni sviluppate da A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 567 ss. Sul tema del contratto di servizio pubblico si veda anche A. MASSERA-C. TACOLA, *L'uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici*, in A. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004, p. 265 ss.

59 In questo senso potrebbe muoversi il servizio universale postale in Italia in forza della disciplina dettata dal d.lgs. n. 261/1999 (Poste Italiane legate allo Stato da un contratto di programma; altre imprese cui sia stata accordata una licenza individuale). Analogo discorso dovrebbe valere in teoria anche per il trasporto ferroviario su scala nazionale.

4. Verso nuovi lidi. Obblighi di servizio pubblico nella prassi applicativa della Commissione

Come il modello regolatorio in esame ha trovato storicamente la sua genesi nell'ordinamento europeo, così è sempre all'ordinamento europeo che occorre anzitutto rivolgere lo sguardo per verificare in che modo esso, al di là delle formulazioni normative che lo contemplano, abbia trovato o debba trovare concreta applicazione.

Ora, coerentemente al principio in forza del quale l'incarico di fornire un servizio di interesse economico generale non giustifica, *di per sé*, l'esenzione dell'impresa interessata dall'applicazione delle ordinarie regole di concorrenza, ciò che maggiormente attira l'attenzione delle istituzioni dell'Unione è il rischio di conseguenze negative, sulla normale dinamica competitiva dei mercati, che potrebbero discendere dall'introduzione di un obbligo di servizio pubblico.

Da questo punto di vista, indubbiamente, uno dei pericoli maggiori per la concorrenza è rappresentato dalla consistenza in concreto della contropartita offerta dalle autorità nazionali all'impresa gravata dell'obbligo: se, per un verso, non è discusso il fatto che i costi (in senso lato) generati effettivamente a carico dell'esercente dall'applicazione di obblighi di servizio pubblico devono trovare adeguata copertura finanziaria, per l'altro, però, è essenziale che quest'ultima non comporti vantaggi economici sovradimensionati e, in quanto tali, discriminatori.

Ove i corrispettivi ricevuti dagli utenti non siano sufficienti a (perlomeno) pareggiare i costi generati dall'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, la copertura della differenza può essere assicurata essenzialmente in due modi: riconoscendo diritti speciali o esclusivi⁶⁰ (e, quindi, esentando l'operatore, in tutto o in parte, dalle pressioni concorrenziali sui prezzi praticati ai clienti) oppure per mezzo di apposite compensazioni finanziarie a carico del bilancio pubblico (e quindi della fiscalità generale).

Per quel che riguarda il conferimento di diritti speciali o esclusivi, non è indispensabile che esso sia espressamente consentito dal legislatore europeo (anche se ciò talvolta avviene, come nel settore del trasporto terrestri di passeggeri), essendo la loro assegnazione sempre possibile (a parte naturalmente i casi di esplicito divieto⁶¹) a patto che sia positivamente superato il *test* di proporzionalità ai sensi del par. 2 dell'art. 106 del TFUE, vale a dire che lo Stato membro interessato sia in grado di dimostrare l'effettiva necessità della misura per permettere l'erogazione del servizio cui il diritto speciale o esclusivo si riferisce.

La questione fondamentale che il riconoscimento di compensazioni finanziarie ha sollevato è se esse siano da qualificare o meno come aiuti di Stato:

⁶⁰ Ai fini che qui interessano, i diritti esclusivi sono da equiparare alle vere e proprie riserve monopolistiche, i diritti speciali alla previsione di asimmetrie regolatorie a vantaggio dell'impresa incaricata del servizio (è il caso, per esempio, dei limiti che in Italia possono essere introdotti sui servizi ferroviari nazionali per proteggere l'equilibrio economico-finanziario della gestione disciplinata da un contratto di servizio pubblico; è il caso altresì del rifiuto all'accesso alla sua rete che un'impresa del gas naturale può opporre ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. n. 164/2000, nel caso in cui tale accesso sia capace di impedire l'adempimento di suoi obblighi di servizio pubblico).

⁶¹ E tale parrebbe essere oggi il caso dei servizi postali ai sensi dell'art. 7 della direttiva CE n. 67/1997.

in caso di risposta affermativa, la loro previsione ed erogazione devono essere preventivamente notificate e autorizzate dalla Commissione (secondo le regole procedurali valevoli per gli aiuti di Stato); altrimenti esse possono essere liquidate dalle amministrazioni nazionali senza passaggi preliminari presso le istituzioni sovranazionali (fermo restando però il potere della Commissione di effettuare verifiche successive).

Si è sul punto sviluppato un ampio dibattito, che in certe occasioni ha visto schierati su posizioni differenti (se non addirittura antitetici) la Commissione, la Corte di giustizia e il Tribunale di primo grado.

Con il progressivo consolidarsi dell'orientamento sposato dalla Corte di giustizia nel caso *Altmark*⁶² (la sentenza riguarda il settore dei trasporti, ma le sue conclusioni sono state presto estese a qualsiasi ambito di mercato), si può dire che una compensazione finanziaria di servizio pubblico non costituisce in sé aiuto di Stato⁶³ se: l'incarico di servizio pubblico è stato conferito con un atto (unilaterale o consensuale, non importa) che ne abbia preventivamente delineato con sufficiente precisione l'estensione; i criteri di determinazione della compensazione sono stati predeterminati; il suo ammontare non è sovradimensionato, cioè copre solo gli oneri correlati all'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, con l'aggiunta di un ragionevole margine di profitto; a meno che l'incarico non sia stato assegnato con gara pubblica, l'entità di tali oneri è stata individuata assumendo a riferimento i costi medi di un'impresa normalmente efficiente⁶⁴.

62 Sentenza 24 luglio 2003 in causa C-280/00.

63 Su questi temi, a dir poco assai dibattuti, si è formata un'ampia letteratura specialistica. Fra i contributi di cui ho tenuto particolare conto devo menzionare almeno i seguenti: M. MARTINELLI, *Aiuti di Stato e compensazioni di obblighi di servizio pubblico: atto secondo*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, p. 106 ss.; G. CAPUTI, *Servizi pubblici ed aiuti di Stato nella giurisprudenza comunitaria. Ad ogni onere corrisponde una contropartita considerevole?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 823 ss.; R. MAGLIANO, *Servizi di interesse economico generale, aiuti di Stato e compensazioni di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della Commissione*, in *Dir. comm. intern.*, 2004, p. 790 ss.; C. DEREATTI, *Un'importante decisione della Commissione sul tema del finanziamento dei servizi di interesse economico generale (decisione della Commissione del 16 marzo 2004 relativa agli aiuti di Stato corrisposti dall'Italia alle compagnie marittime Adriatica, Caremar, Siremar, Saremar e Toremar)*, in *Dir. comm. intern.*, 2005, p. 319 ss.; M. MARTINELLI, *Compensazioni finanziarie di obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2007, p. 113 ss.; D. GALLO, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2007, p. 893 ss.; M. BOCCACCIO, *Compensazione degli obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato: un'analisi economica*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2012, p. 459 ss.

64 Con specifico riferimento al controllo operato dalla Commissione sulle compensazioni finanziarie di servizio pubblico, due aspetti meritano una particolare menzione.

Il primo è che la Commissione non si lascia guidare da logiche formali attinenti l'ufficiale qualificazione attribuita dallo Stato membro interessato al titolo giuridico che legittima sul piano interno il riconoscimento di un vantaggio economico all'impresa (corrispettivo contrattuale, gettito tributario dedicato, contributo a fondo perduto, ecc.), bensì ricorre a un metodo sostanziale di valutazione complessiva di tutti i benefici patrimoniali accordati, direttamente o indirettamente, a tale impresa attingendo al bilancio pubblico.

Il secondo è che l'eventuale mancato rispetto in un caso di specie di uno o più dei criteri *Altmark* non comporta di per sé l'impossibilità di liquidare in concreto le compensazioni ipotizzate o la necessità di una loro ripetizione, se già versate, ma solo la loro qualificazione in termini di aiuti di Stato, come tali legittimi nella misura in cui vengano riconosciuti compatibili con il diritto europeo da parte della Commissione.

Il relativo controllo è svolto, peraltro, e si tratta di una notazione di estremo rilievo, non adottando come parametro la disciplina generale sugli aiuti di Stato, bensì, e ancora una volta, il par. 2 dell'art. 106 del TFUE: se riconosce che l'impresa è realmente incaricata di un genuino servizio di interesse economico generale e che gli ausili finanziari ricevuti dallo Stato membro non eccedono i costi effettivamente sostenuti dalla stessa per adempiere alla sua missione, la

Va da sé, però, che, in ogni caso, anche la semplice sottoposizione di un mercato a obblighi di servizio pubblico accompagnati da misure economiche di compensazione (ancorché in sé proporzionate) per le imprese coinvolte rappresenta agli occhi delle istituzioni europee una forma di alterazione del gioco concorrenziale e, come tale, è guardata con sospetto: ed è proprio su questo profilo che si è sviluppata un'ormai consolidata prassi della Commissione europea, che, muovendosi (almeno apparentemente) nel solco tracciato dal primo criterio *Altmark*, è prevenuta nel tempo a risultati davvero sorprendenti, i quali meritano ora di essere brevemente analizzati.

La Commissione è ferma da sempre nel riconoscere (anticipando per certi versi un principio che da ultimo è stato definitivamente consacrato a livello di Trattati⁶⁵) che gli Stati membri beneficiano di un consistente margine di discrezionalità (fatte salve naturalmente eventuali disposizioni speciali di origine europea) nell'identificare i casi in cui reputano necessario garantire la fornitura alla collettività di determinate prestazioni con determinate caratteristiche qualitative e quantitative per ragioni di interesse pubblico e che, a tal fine, essi sono autorizzati a eventualmente introdurre misure derogatorie alla logica concorrenziale.

In modo altrettanto fermo, però, la Commissione ribadisce costantemente che nel decidere l'entità in concreto della deroga i pubblici poteri interni devono lasciarsi guidare dal canone della proporzionalità, optando ove possibile per la forma meno distorsiva, quella appunto degli obblighi di servizio pubblico (accompagnati o meno da contratti di servizio pubblico).

conclusione del procedimento è in genere nel senso del riconoscimento (anche *ex post*, qualora sia mancata la notifica preventiva) della compatibilità dell'aiuto con l'ordinamento sovranazionale.

La prassi della Commissione al riguardo può dirsi ormai consolidata: si possono consultare, fra le tantissime, le decisioni del 12 marzo 2002, del 26 settembre 2006, del 30 aprile 2008 e del 20 novembre 2012 (riguardanti varie elargizioni dirette e indirette di somme di denaro pubblico accordate dall'Italia a Poste italiane per i periodi 1957/1999, 2000/2005, 2006/2008 e 2009/2011), nonché le decisioni del 23 luglio 2003, del 25 gennaio 2012 e del 2 maggio 2013 (concernenti le compensazioni accordate dallo Stato belga alle Poste belghe, prima, e a bpost, l'operatore dominante dopo la liberalizzazione del mercato postale interno, poi, per i periodi 1992/1996, 1997/2002, 2003/2005 e 2006/2012).

Si deve segnalare, per dovere di completezza, che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza 7 maggio 2009 in causa C-504/07, *Antrop*), cui la Commissione ha finito per adeguarsi (decisione n. 21/2012), tuttavia, parzialmente differenti sono i parametri valutativi delle compensazioni nell'ambito dei servizi di trasporto: ove una compensazione riguardi ipotesi oggetto di un regolamento settoriale, infatti, la Commissione deve limitarsi a verificare solo se essa sia o meno conforme a tale regolamento (è importante notare che, in questo modo, si giunge a una consistente riduzione dei poteri esclusivi della Commissione in materia di valutazione degli aiuti di Stato: la Commissione si trova infatti vincolata ai criteri di definizione delle compensazioni quali stabiliti nei regolamenti approvati dal Consiglio e dal Parlamento); qualora si tratti invece di compensazione relativa a ipotesi non ricadenti nell'ambito applicativo di un regolamento settoriale, entrano in gioco le disposizioni del Trattato in materia di aiuti di Stato; se sono soddisfatte le quattro condizioni *Altmark*, non si è in presenza di un aiuto di Stato e non vi è neppure bisogno di una notifica preliminare alla Commissione; altrimenti, si applica in pieno, dal punto di vista procedimentale e sostanziale, il regime sugli aiuti di Stato.

65 L'art. 14 del TUE (dopo aver affermato che «l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze [...], provvedono affinché tali servizi [quelli di interesse economico generale] funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti») assegna al legislatore europeo il compito di identificare «tali principi e [...] tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri [...] di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi» (a quest'ultimo passaggio fa poi riscontro l'art. 1 del protocollo n. 26 allegato al TUE, che riconosce «il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti»).

È stato esattamente per questa via che il modello regolatorio degli obblighi di servizio pubblico, che indubbiamente è stato concepito come mezzo per garantire una transizione ordinata e solidale da assetti monopolistici ad assetti liberalizzati nei mercati dei servizi pubblici, in realtà ha poi con il tempo assunto una portata ben più ampia, trasformandosi in strumento (di applicazione generalizzata a qualsiasi settore economico) volto ad assicurare che, a prescindere da quale fosse in passato il grado di apertura alla concorrenza di ciascuno di essi e indipendentemente altresì da espresse previsioni normative che ne contemplino puntualmente l'utilizzo, l'intervento pubblico finalizzato a proteggere interessi della comunità degli utenti ritenuti non adeguatamente salvaguardati dalla dinamica della competizione commerciale rimanga circoscritto entro i limiti dello stretto indispensabile⁶⁶.

Gli obblighi di servizio pubblico, insomma, rappresentano oggi un congegno funzionale a permettere una corretta, e soprattutto proporzionata, applicazione della regola di fondo codificata dal par. 2 dell'art. 106 del TFUE, della regola cioè in forza della quale sono possibili deroghe alle norme sulla concorrenza solo se e quando esse siano indispensabili per permettere l'assolvimento, da parte delle imprese che ne siano incaricate, di specifiche missioni di interesse economico generale.

Se il discorso vale naturalmente soprattutto per i settori merceologici aperti (almeno formalmente) alla concorrenza, non si tratta tuttavia per la Commissione di un presupposto imprescindibile: ritorna costantemente nelle decisioni dell'esecutivo comunitario l'affermazione che, anche nei segmenti di mercato che legittimamente potrebbero beneficiare di una riserva, le eccezioni alle ordinarie regole concorrenziali a favore dell'impresa incaricata del servizio, se non giustificate, potrebbero artificialmente consolidare la tenuta di situazioni monopolistiche in sé non necessarie e che, comunque, dette eccezioni, se non correttamente modulate, potrebbero ripercuotere i loro effetti distorsivi su altri mercati, questa volta realmente competitivi, nei quali opera l'esercente il servizio.

La Commissione, d'altra parte, rivendica con forza il potere di sindacare comunque la scelta degli Stati membri di incidere sul normale funzionamento dei mercati anche solo attraverso la forma, meno invasiva per la concorrenza, dell'introduzione di obblighi di servizio pubblico.

Tale potere viene nei fatti esercitato ispirandosi a una tecnica che, per il giurista italiano, ricorda molto quella dell'eccesso di potere, procedendo cioè a verificare se tali scelte siano fondate su un corretto apprezzamento dei fatti rilevanti, siano realmente funzionali al perseguimento all'obiettivo avuto di mira e quest'ultimo sia in sé coerente con il diritto europeo: e la prassi è ricca di casi in cui la Commissione ha riscontrato l'antigiuridicità dell'istituzione in un determinato settore di obblighi di servizio pubblico o della loro materiale perimetrazione, impedendo allo Stato interessato di darvi seguito (nonché, se del caso, ordinando la ripetizione delle somme ricevute dall'esercente a titolo di compensazione).

Paradigmatica, in questo senso, è stata la decisione del 25 aprile 2012, concernente i contributi pagati da alcuni enti pubblici territoriali tedeschi a un consorzio, di cui erano soci, denominato ZT, cui tali enti avevano delegato in via esclusiva l'attività (che sarebbe stata di loro competenza) di smaltimento di sottoprodotti di origine animale provenienti dai loro territori: la remunerazione

66 In questo senso R. CAVALLO PERIN, *La disciplina del servizio pubblico*, cit., p. 704.

del consorzio consisteva in una tariffa, a carico dei conferitori, cui si aggiungevano contributi finanziari degli enti soci, che si asseriva avrebbero costituito compensazioni degli obblighi di servizio pubblico incombenti su ZT.

Secondo la Commissione, tuttavia, le prestazioni rese dal consorzio non sarebbero state validamente qualificabili come servizi di interesse economico generale, non essendo dirimente che la legge interna le avesse incluse fra i doveri istituzionali degli enti territoriali⁶⁷: a tal fine, invece, sarebbe stato necessario dimostrare la loro strumentalità alla cura di interessi realmente generali e non solo di quelli specifici degli operatori economici che se ne avvalevano (allevamenti e macelli). Non solo tale dimostrazione mancava nella fattispecie: per di più, la normativa europea settoriale era chiara nell'esigere che i costi dello smaltimento dei sottoprodotti in questione fossero sostenuti proprio dalle imprese fruitrici del servizio, sicché mancava in radice la giustificazione per il riconoscimento al consorzio di compensazioni pubbliche (il cui effetto era evidentemente di traslare una parte degli oneri economici di smaltimento sulla collettività, consentendo di praticare agli utenti tariffe inferiori a quelle altrimenti necessarie).

Un approccio non dissimile è stato utilizzato dalla Commissione anche nel settore dei trasporti, come dimostra la decisione del 2 maggio 2013, relativa alla convenzione conclusa dalla Regione Corsica con un raggruppamento di imprese capeggiato da SNCM⁶⁸ per l'espletamento dei servizi di trasporto marittimo fra alcuni porti della Regione stessa e Marsiglia.

Premesso che la convenzione distingueva fra un "servizio di base", cioè un servizio permanente per passeggeri e merci, e un "servizio complementare", riguardante il trasporto di soli passeggeri durante i soli periodi di punta, la Commissione ha affermato anzitutto *«che il perimetro del servizio pubblico, quale definito da un contratto di servizio pubblico, de[ve] essere necessario e proporzionato a un bisogno reale di servizio pubblico, dimostrato dall'insufficienza di servizi di trasporto regolari in una situazione di libera concorrenza»* ed è poi giunta alla conclusione che sarebbe stato indispensabile tenere concettualmente distinti il servizio di base (considerato come servizio effettivamente rispondente a un'esigenza della collettività nell'ottica della garanzia della c.d. continuità territoriale e che tuttavia nessun operatore sarebbe stato disponibile a fornire senza il sostegno finanziario pubblico) da quello complementare e, dall'altro, che *«l'assicurazione del servizio complementare non sembra indispensabile nella fattispecie alla fornitura del servizio di base»*.

A questo punto, in forza dell'assunto secondo cui *«un'estensione del perimetro del servizio pubblico»* al di là dello stretto necessario *«può essere giustificata in alcune situazioni da una presenza di complementarità tecniche o da considerazioni di efficacia economica [...] chiaramente definite»*, la Commissione si è chiesta se tale condizione fosse concretamente soddisfatta nel caso di specie con riferimento al servizio complementare, tenendo conto del fatto che non *«è opportuno per gli Stati membri attribuire obblighi specifici di servizio pubblico a servizi già forniti o che possono essere forniti in modo soddisfacente e a condizioni (prezzo, caratteristiche obiettive di qualità, continuità*

67 Per apprezzare appieno l'invasività del controllo operato dalla Commissione nel caso esaminato del testo, è bene ricordare che il servizio reso da ZT era stato qualificato come di interesse economico generale da una sentenza passata in giudicato del giudice amministrativo tedesco, nonché addirittura da una pronuncia della Corte costituzionale.

68 Si tratta della *Société nationale maritime Corse Méditerranée*, società di proprietà pubblica.

e accesso al servizio) coerenti con il pubblico interesse, quale definito dallo Stato, da imprese operanti secondo le normali regole del mercato»⁶⁹: la risposta è stata negativa, perché non era stata dimostrata per tale servizio (sicuramente il più remunerativo) «un'assenza di iniziativa privata» sui collegamenti in partenza da Marsiglia e perché, anzi, era stata accertata l'esistenza di un'offerta analoga perfettamente sostituibile con quella oggetto del contratto (con partenza da Tolone, distante solo 50 chilometri da Marsiglia)⁷⁰.

Come è agevole notare, dunque, pur senza rinnegare il principio di fondo in forza del quale ricadono nelle prerogative degli Stati membri la definizione delle necessità di servizio pubblico e la loro perimetrazione, la Commissione non rinuncia per questo a raggiungere una profondità inaspettata nelle verifiche che conduce formalmente sotto l'ombrello protettivo della disciplina sugli aiuti di Stato (verifiche, fra l'altro, molte volte stimulate dalle imprese concorrenti, che non esitano ad attivare il procedimento di controllo dopo essere rimaste soccombenti avanti i giudici nazionali).

Occorre a questo punto solo aggiungere che, per quanto si tratti naturalmente di un dato solo tendenziale, l'impressione che si può ricavare dai precedenti della Commissione è che tanto più il procedimento interno preliminare all'istituzione e all'assegnazione di obblighi di servizio pubblico è stato articolato e partecipato, tanto maggiore è il rispetto da parte della stessa delle decisioni sul punto adottate dalle autorità nazionali (tant'è che, quando un procedimento preliminare interno sia mancato del tutto o sia ritenuto comunque insufficiente, la Commissione non esita a effettuare direttamente, avvalendosi di ogni mezzo istruttorio a sua disposizione, le valutazioni propedeutiche all'identificazione dei corretti confini dell'incarico di servizio pubblico, così sostituendosi del tutto alle autorità nazionali).

69 Un approccio di questo tipo può dirsi ormai consolidato, come comprova una decisione della Commissione risalente a più di un decennio prima.

La decisione del 21 giugno 2001 ha per oggetto le sovvenzioni versate dalla Stato italiano alla Tirrenia in esecuzione di una convenzione stipulata nel 1991 e relativa a collegamenti marittimi passeggeri e merci fra (per la maggior parte) il continente, la Sicilia, la Sardegna e altre isole minori (la convenzione prevedeva che i servizi fossero resi in conformità a programmi quinquennali approvati dal Ministero, applicando tariffe amministrate e in cambio del pagamento di una sovvenzione annua diretta a coprire le perdite derivanti dal rapporto negativo fra i costi e i ricavi di esercizio). In tale occasione, la Commissione, da un lato, ha sostenuto che l'obiettivo di interesse pubblico legittimamente perseguito (garantire la c.d. continuità territoriale) non sarebbe stato raggiungibile attraverso le sole forze di mercato e che quindi di per sé la previsione di obblighi di servizio pubblico e di compensazioni finanziarie rispetto a Tirrenia sarebbe stata possibile: dall'altro, però, ha statuito che, nel concreto, le previsioni legali e convenzionali applicabili erano tali da lasciare eccessivi margini di flessibilità a Tirrenia (la quale avrebbe potuto variare certi aspetti del servizio prestato in funzione delle esigenze del traffico: per esempio, in alcuni casi era stabilito il numero massimo di viaggi, non quello minimo).

In forza di tali premesse, quindi, la Commissione ha evidenziato la necessità di procedere a verifiche puntuali per ciascuna delle rotte oggetto della convenzione, onde verificare, rotta per rotta, se gli stessi servizi minimi di Tirrenia fossero o meno forniti anche da operatori privati (solo in caso di risposta negativa, i relativi servizi sarebbero stati qualificabili come effettivamente corrispondenti a oneri di servizio pubblico, con la conseguenza che i loro costi netti aggiuntivi sarebbero stati correttamente considerabili al fine di verificare la proporzionalità complessiva della compensazione).

70 È utile aggiungere che, se è vero che nella fattispecie l'assegnazione della convenzione era stata preceduta da una gara, la Commissione ha però dichiarato si è trattato di un procedimento in concreto non idoneo a consentire una selezione oggettiva e non discriminatoria dell'offerta migliore. Né le autorità francesi secondo la Commissione avevano dimostrato che le compensazioni riconosciute all'assegnatario fossero state calcolate sulla base dei costi di un'impresa mediamente efficiente.

5. Segue: Obblighi (e contratti di servizio pubblico) e forme di controllo sulle prestazioni rese dal gestore

Il modello regolatorio degli obblighi di servizio pubblico, lo si è appena riscontrato, può fungere da strumento di controllo, prima ancora che delle compensazioni economiche accordate dagli Stati membri alle imprese che li devono adempiere, della stessa scelta dei pubblici poteri nazionali di sottrarre un settore (o anche solo una parte di settore) di attività economica al dispiegarsi pieno della logica concorrenziale pura.

Lo stesso modello, per altro verso, può essere utilizzato anche in una prospettiva diversa, quella della tutela dei beneficiari finali delle prestazioni in regime di servizio pubblico⁷¹, della quale è giunto il momento di occuparci.

Fra i numerosi spunti che l'esperienza concreta è in grado a questo riguardo di offrire all'osservatore, un'adeguata base di partenza per l'analisi che qui si vuole condurre può essere costituita dalla c.d. *class action* amministrativa di cui al d.lgs. n. 198/2009, che, come è noto, riguarda anche il mancato rispetto da parte di un concessionario di pubblico servizio «*degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero [...] di standard qualitativi ed economici stabiliti [...] dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore*».

Questo rimedio, è bene precisarlo immediatamente, si differenzia dall'azione di classe avanti il giudice civile prevista dall'art. 140-bis del d.lgs. n. 206/2005 (codice del consumo).

Sebbene anche quest'ultima sia oggi esperibile contro l'erogatore di un servizio pubblico⁷², rimane il fatto che essa «ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori» e si rivolge dunque fondamentalmente al passato, mirando in definitiva a reintegrare il patrimonio dell'utente che sia già stato danneggiato dalla condotta inadempiente dell'esercente.

La *class action* amministrativa, viceversa, assume il pregiudizio subito

⁷¹ Sempre attuali in argomento sono le riflessioni di M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 383 ss. e di G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, Padova, 2001.

⁷² Nel periodo di prima vigenza della disposizione, in effetti, si era negato che con la *class action* prevista dal codice del consumo potessero farsi valere ipotesi di inadempimento dei gestori di servizi pubblici: il problema dipendeva dal fatto che, per come era formulato il precetto, poteva fondatamente giungersi alla conclusione che l'azione fosse proponibile solo in presenza di un rapporto contrattuale con un'impresa (rimanendone quindi esclusi i casi relativi a servizi pubblici non forniti da un'impresa e, soprattutto, quelli prestati non sulla base di un contratto individuale di utenza). Si veda in tal senso Tribunale di Firenze, Sez. II, ordinanza 15 luglio 2011 (confermata da Corte di appello di Firenze, ordinanza 14 dicembre 2011) in relazione all'omessa attività di trattamento antighiaccio e di sgombero neve dalle sedi stradali da parte della Società incaricata dal Comune.

La questione è stata successivamente risolta dal legislatore (art. 6 del d.l. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27/2012), che ha esteso la possibilità per il consumatore di intentare un'azione di classe contro il «*produttore [...] anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale*» pure nei casi in cui si tratti della produzione di «servizi» (che in questo modo si sia inteso includere fra i possibili convenuti anche il gestore di un servizio pubblico è indubbio, come dimostra il fatto che adesso il giudice civile, nel liquidare il danno, deve tener conto anche di quanto gli utenti del servizio pubblico abbiano già ottenuto sulla base dei sistemi indennitari previsti dalle carte dei servizi): e, su queste basi, è stata per esempio ritenuta ammissibile un'azione di classe, finalizzata al recupero delle tariffe corrisposte, promossa da alcuni utenti del servizio di acquedotto contro il Comune gestore per violazione dell'obbligazione di quest'ultimo di somministrare acqua effettivamente potabile Tribunale di Roma, Sez. II, ordinanza 2 maggio 2013).

dall'utente quale condizione dell'azione, che però non può condurre al risarcimento del danno, bensì solo a «ripristinare [...] la corretta erogazione di un servizio» (l'ordine che consegue a una sentenza di accoglimento del ricorso deve mantenersi «nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica» e deve essere «comunicata all'amministrazione vigilante per le valutazioni di competenza in ordine all'esatto adempimento degli obblighi scaturenti dalla concessione e dalla convenzione che la disciplina»).

Orbene, la *class action* amministrativa secondo la giurisprudenza è utilizzabile anche quando l'obbligo, della cui violazione si tratta, sia qualificabile alla stregua di un vero e proprio obbligo di servizio pubblico⁷³.

Il precedente cui ci si riferisce riguarda un ricorso presentato nei confronti di Trenitalia e del Ministero vigilante per denunciare la soppressione di alcune tratte di lunga percorrenza fra la Calabria e il resto del Paese e per chiederne il ripristino. La pronuncia⁷⁴ riveste un sicuro interesse ai fini che qui rilevano, avendo ritenuto in sé ammissibile l'azione perché, in definitiva, ha riconosciuto che dai provvedimenti di regolazione del servizio ferroviario di dimensione nazionale in Italia (delibere del CIPE, decreti del Ministero delle infrastrutture, contratto di servizio fra quest'ultimo e l'impresa ferroviaria) discendono doveri prestazionali di Trenitalia valevoli non solo nei confronti dei pubblici poteri, bensì anche dei fruitori del servizio (in ciò la sentenza è coerente alla logica della necessaria preventiva cristallizzazione di tutti i rapporti riguardanti l'erogazione del servizio di trasporto, tanto sul versante amministrazione/impresa, quanto su quello impresa/utente, che ispira la disciplina comunitaria). La decisione, peraltro, ha respinto la domanda, con un ragionamento forse troppo affrettato, sostenendo non essere possibile sindacare le decisioni con cui le autorità competenti hanno a monte, sulla base delle risorse finanziarie disponibili, identificato i servizi di trasporto da erogare da parte dell'esercente in regime di obblighi di servizio pubblico (e, cioè, dietro corresponsione di una compensazione).

La *class action* amministrativa, peraltro, si affianca, senza sovrapporsi⁷⁵, agli interventi correttivi che gli utenti e le loro associazioni possono chiedere alle Autorità di regolazione (si sono in precedenza descritti i poteri che al riguardo detengono l'Autorità per i trasporti, l'AEEGSI e l'AGCOM), le quali in effetti, in accoglimento di reclami o segnalazioni, possono con provvedimento vincolante ordinare al gestore inadempiente di assumere comportamenti specifici volti a ripristinare la regolare erogazione del servizio.

Questi particolari poteri assegnati alle Autorità di regolazione trovano diverse giustificazioni sostanziali: se si assume che il regolatore deve essere un arbitro tendenzialmente neutrale rispetto al comportamento dei diversi attori della competizione, è naturale che l'ordinamento gli si affidi per la risoluzione

⁷³ Si rimanda sul tema a G. SORICELLI, *Contributo allo studio della class action nel sistema amministrativo italiano*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 107 ss.

⁷⁴ TAR Lazio, sentenza n. 1872/2014.

⁷⁵ L'art. 2 del d.lgs. n. 198/2009 stabilisce, infatti, che il ricorso «non può essere proposto se un organismo con funzione di regolazione e di controllo istituito con legge statale o regionale e preposto al settore interessato ha instaurato e non ancora definito un procedimento volto ad accertare le medesime condotte oggetto» del ricorso stesso. Qualora un procedimento di questo genere sia iniziato dopo la proposizione del ricorso, «il giudice di quest'ultimo ne dispone la sospensione fino alla definizione» del procedimento stesso e il giudizio deve essere riassunto entro 120 giorni dalla sua conclusione.

extragiudiziale delle controversie (intendendosi qui il termine in senso generico); meccanismi di tal genere risultano particolarmente confacenti all'appiannamento di questioni rette da regole spesso ad alto tecnicismo non giuridico, visto che in sostanza la decisione è affidata proprio all'organismo specializzato che ha formato il precetto, della cui violazione si tratta; la valutazione dei reclami, inoltre, permette allo stesso regolatore di alimentare il patrimonio di conoscenze a sua disposizione circa i mercati regolati.

Al di là di questo dato, comunque, non deve essere dimenticato che i predetti poteri hanno a loro volta alimentato un assai peculiare contenzioso (in via di espansione) avanti il giudice amministrativo (in sede di giurisdizione esclusiva), visto che essi, sebbene paragiurisdizionali quanto a natura, si esprimono in determinazioni la cui natura propriamente amministrativa non è discutibile e comunque non è messa in discussione dalla giurisprudenza.

Interessanti precedenti sono intervenuti nell'ambito delle controversie sull'accesso alle reti del gas naturale decise dall'AEEGSI su istanze di imprese che lamentavano il mancato adempimento da parte del distributore locale o del titolare della rete nazionale dell'obbligo di servizio pubblico (codificato dall'art. 24 del d.lgs. n. 164/2000) di consentire loro di utilizzare l'infrastruttura per rifornire i propri clienti⁷⁶.

Altro caso di estremo rilievo è stato quello (deciso dal Consiglio di Stato) della mancata sanzione da parte dell'AGCOM dell'inadempimento da parte della RAI rispetto all'obbligo, previsto dal contratto di servizio concluso con il Ministero dello sviluppo economico, di rendere le sue trasmissioni disponibili su qualsiasi piattaforma, inclusa quella satellitare del suo concorrente⁷⁷.

Se quest'ultima decisione assume ai nostri occhi una particolare importanza perché ha riconosciuto al contratto di servizio pubblico la capacità di vincolare anche le determinazioni di competenza dell'Autorità di regolazione (e questo non soltanto a favore dell'utente finale del servizio, bensì anche dei competitori commerciali dell'esercente), vi è da sottolineare più in generale che nella giurisprudenza che si sta formando su questo versante è distintamente percepibile la volontà del giudice amministrativo di conformarsi a un approccio differente da quello solitamente seguito al cospetto dei provvedimenti regolatori in senso proprio delle Autorità e, dunque, di non arrestarsi di fronte a loro valutazioni opinabili (se riconosciute razionalmente accettabili, ancorché non condivisibili), ma di sottoporle a un sindacato pieno, con effetti se del caso anche integralmente sostitutivi.

Al di là degli esempi fin qui proposti, comunque, sempre secondo la giurisprudenza compete al giudice amministrativo il sindacato (attivato da un ricorso individuale) sulle decisioni adottate da gestori (pubblici) di servizi pubblici, cui sia addebitato di violare prescrizioni legislative oppure clausole contrattuali concernenti i relativi obblighi⁷⁸.

⁷⁶ Si vedano, per esempio, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 1269/2006 e n. 5936/2008.

⁷⁷ Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 4336/2013. Degno di nota è il fatto che la pronuncia abbia dichiarato la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo evocando, fra le altre cose, la natura di contratto di diritto pubblico del contratto di servizio pubblico.

⁷⁸ Si è anzi anche sostenuto che sarebbe proprio l'avvenuta codificazione della *class action* amministrativa contro i concessionari di un servizio pubblico a imporre, per ragioni di coerenza interna del sistema processuale, l'ammissibilità di un ricorso individuale al giudice amministrativo al fine di far accertare la violazione di un obbligo di servizio pubblico e di ottenere l'ordine di ripristino: così TAR Campania, Salerno, Sez. I, sentenza n. 533/2013.

Ciò è avvenuto, per esempio, con riferimento alla soppressione di uffici postali e/o alla riduzione degli orari di loro apertura disposte da Poste Italiane (in modo ritenuto illegittimo per contrasto con l'art. 3 del d. lgs. n. 261 del 1999 e con gli obblighi – di derivazione comunitaria, codificati dalla legge interna e precisati nel contratto di programma con il Governo – riconducibili al servizio postale universale)⁷⁹: ed è interessante osservare che, in questo caso, a differenza della controversia relativa ai collegamenti ferroviari con la Calabria di cui si è detto, il giudice amministrativo non si è arrestato di fronte all'eccezione della carenza di risorse finanziarie disponibili, ma – una volta accertata l'esistenza di un obbligo di servizio pubblico – ha affermato che *«il criterio dell'economicità non può essere assunto a dato assoluto»* (sicché, *«se è vero che gli uffici postali c.d. marginali rappresentano verosimilmente un costo elevato per Poste italiane, è vero anche che il loro ridimensionamento, ovvero la loro razionalizzazione, non può avvenire seguendo una logica solamente di tipo economico e senza prevedere valide alternative»*).

È vero che la pronuncia si è preoccupata di aggiungere che essa *«non pregiudica, nel prosieguo della vicenda, l'autonomia imprenditoriale di Poste»*: ma è indiscutibile la profonda diversità di prospettiva che ha contraddistinto in questo caso l'approccio dell'organo giudicante rispetto alla vicenda, sotto molto profili simile, della consistenza del servizio ferroviario (tanto che il Consiglio di Stato ha voluto, significativamente, aggiungere che il suo intervento vuole *«assicurare che, a garanzia del servizio universale nella sua matrice comunitaria, tali scelte siano frutto di un ragionevole ed equilibrato bilanciamento tra il dato economico e le esigenze degli utenti, specie di quanti si trovano in condizioni più disagiate, a tutela della coesione sociale e territoriale»*).

6. Per concludere. La vocazione polifunzionale del modello

I materiali raccolti, che nelle pagine che precedono ho cercato di riassumere nel modo meno caotico possibile, consentono a mio parere di formulare un rilievo (parzialmente) critico all'impostazione teorica solitamente seguita nel trattare l'argomento degli obblighi (e dei contratti) di servizio pubblico come mezzo di tutela della concorrenza nei mercati e di proporre due chiavi di lettura (altrettanto parzialmente) alternative circa la funzione in concreto assolta dal modello regolatorio esaminato.

In una prospettiva analitica di stampo puramente concorrenziale, per iniziare, l'applicazione dell'istituto degli obblighi di servizio pubblico a mercati che sono sostanzialmente impermeabili a una reale dinamica competitiva (come, per rimanere alle esemplificazioni proposte, quello dei trasporti pubblici locali: ma il discorso può ovviamente estendersi a qualsiasi altro settore economico avente analoghe caratteristiche) potrebbe apparire, a una prima lettura, operazione priva di una reale logica giustificativa.

Se nella visione tradizionale l'istituto è considerato funzionale alla garanzia

Per dovere di completezza si deve però segnalare che il Consiglio di Stato, come emerge dalle decisioni citate nella nota che segue, sul punto segue un'impostazione più prudente, preferendo semplicemente ricondurre un ricorso di questo genere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici.

⁷⁹ Consiglio di Stato, Sez. III, decisione n. 2976/2014 (e si vedano anche, della stessa Sezione, le decisioni nn. 2720 e 2873/2014).

del soddisfacimento di esigenze collettive in un contesto in cui, per un verso, devono essere chiaramente definiti in anticipo gli oneri gravanti sugli erogatori dei servizi e, per l'altro, devono essere evitate forme di contribuzione pubblica improprie in quanto contrarie alle regole competitive, tutto questo a rigore potrebbe avere un'effettiva ragione di esistere nella misura in cui ci si muova in un ambiente realmente di mercato.

Ove non vi è concorrenza (non solo *nel* mercato, ma neppure *per* il mercato) e anzi si istituzionalizza il metodo dell'*in house providing* (come avviene, per rimanere sempre all'esempio dei servizi di trasporto pubblico locale, con il par. 2 dell'art. 5 del regolamento n. 1370/2007), il modello inevitabilmente rischia di perdere di mordente e di finire per essere piegato a perseguire obiettivi lontani da quelli suoi propri, per trasformarsi insomma in strumento di mera organizzazione di un'attività gestoria che rimane per intero confinata entro il perimetro dei poteri pubblici.

Dell'effettiva possibilità di una torsione funzionale di questo genere, d'altra parte, è dato rinvenire traccia nello stesso diritto europeo.

Rimanendo nel settore dei trasporti, per esempio, obblighi e contratti di servizio pubblico seguitano a essere disciplinati nelle loro forme pure solo negli ambiti nei quali sopravvivono gli imperativi concorrenziali, come mezzi di disciplina delle deroghe all'integrale applicazione delle comuni regole competitive (cabotaggio marittimo e trasporto aereo interno): quando invece il legislatore sovranazionale ha permesso la sopravvivenza di monopoli pubblici come forma ordinaria di gestione del servizio (è il caso, cui si è ripetutamente accennato, del trasporto pubblico locale), si è visto suo malgrado costretto ad accettare una maggiore ambiguità definitoria e, così, ad ammettere che un contratto di servizio pubblico può consistere anche *«in una decisione adottata dall'autorità competente che assume la forma di un atto individuale di natura legislativa o regolamentare, oppure che specifica le condizioni alle quali l'autorità competente fornisce essa stessa i servizi o ne affida la fornitura a un operatore interno»*.

Conclusioni di questo tenore, pur di per sé non del tutto prive di fondamento, risultano al contempo però eccessivamente severe: sono in effetti anche altre le utilità che gli strumenti di regolazione che si sono esaminati comunque riescono ad assicurare.

Come si è cercato di porre in evidenza nella pagine che precedono, l'applicazione del modello degli obblighi di servizio pubblico non rileva solo sul versante, per così dire finale, della regolamentazione dei rapporti fra autorità pubblica e singola impresa incaricata dell'erogazione, ma anche su quello, precedente, del modo di formazione della volontà dell'amministrazione competente in ordine all'identificazione del perimetro di quello che potrebbe divenire un servizio pubblico e delle forme attraverso cui garantire l'erogazione delle prestazioni giudicate indispensabili.

Secondo la consolidata prassi applicativa della Commissione europea (che sul punto è stata pienamente confermata dalla sentenza *Altmark*), invero, l'accertamento della compatibilità con il diritto europeo di obblighi (e contratti) di servizio pubblico applicati in un caso specifico da uno Stato membro implica prima di ogni altra cosa la verifica preliminare della stessa possibilità di assoggettare lo svolgimento di una determinata attività economica, o di un suo specifico segmento, a una disciplina derogatoria rispetto alle regole di concorrenza.

Come si è già sottolineato, il controllo operato dalla Commissione ricorda

molto da vicino il sindacato di legittimità per eccesso di potere del giudice amministrativo: emblematica in questa direzione è l'insistenza con cui la Commissione stessa e la Corte di giustizia esigono che l'incarico sia affidato con un atto pubblico ufficiale antecedente l'inizio dell'erogazione del servizio (è in effetti sul contenuto dell'atto in questione e sugli effetti che esso è idoneo a generare che si concentra l'attenzione della Commissione).

Il parametro sostanziale della verifica è costituito dal principio di proporzionalità (la deroga alle regole di concorrenza deve essere necessaria e limitata allo stretto indispensabile): e per appurare il corretto dimensionamento delle misure adottate dalle autorità nazionali, il rispetto dei cui margini di discrezionalità viene sempre affermato come principio non disponibile, tende ad assumere una crescente importanza nelle valutazioni della Commissione la dimensione procedimentale delle relative decisioni (anche quando, come in realtà avviene nella maggior parte dei casi, l'ordinamento sovranazionale non pone a carico degli Stati membri particolari obblighi procedurali). È, in altre parole, sull'accuratezza dell'istruttoria preliminare condotta dalle autorità nazionali e sulla sua apertura alla partecipazione degli interessati che tende ormai a concentrarsi anzitutto l'attenzione della Commissione: quest'ultima si reputa titolare di suoi autonomi poteri di apprezzamento (che non esita a esercitare) della situazione di fatto esistente all'interno del settore economico interessato, ma concretamente risulta ricorrervi solo quando sia rimasta insoddisfatta del grado di approfondimento del procedimento nazionale che ha condotto all'istituzione del servizio pubblico e/o alla sua perimetrazione.

A questo approccio la Commissione si ispira, si badi bene, non solo quando la deroga voluta dallo Stato membro incide su mercati positivamente liberalizzati, bensì anche quando essa riguarda settori economici per i quali il diritto europeo non impone alcuna particolare forma di apertura alla competizione commerciale: anche in questi casi, come ugualmente si è messo in evidenza in precedenza, si pretende che le autorità nazionali abbiano preliminarmente accertato l'inesistenza di imprese disponibili a fornire spontaneamente (cioè senza sostegni pubblici, finanziari o di altro genere) prestazioni di qualità e quantità corrispondenti alle esigenze di servizio pubblico in concreto perseguite.

Il sistema degli obblighi di servizio pubblico, dunque, per questa via perviene ad assumere la funzione non solo di strumento di tutela della concorrenza ove questa già vi sia (o, perlomeno, vi debba essere), ma anche di mezzo per favorirne l'introduzione in settori per i quali pure gli Stati membri in teoria avrebbero la facoltà di creare o mantenere in vita regimi di riserva: le determinazioni nazionali in merito, per effetto dei vincoli sostanziali e procedurali che si sono illustrati, non possono essere più arbitrarie né indiscriminate quanto a estensione degli effetti preclusivi alla concorrenza che esse generano, essendo viceversa indispensabile che di volta in volta ne sia dimostrata (o, perlomeno, dimostrabile) la necessità, fra l'altro non solo in senso complessivo, bensì anche con riferimento alle singole prestazioni (o alle singole categorie di prestazioni) sottratte all'applicazione delle normali dinamiche competitive⁸⁰.

⁸⁰ È interessante d'altronde notare che delle potenzialità del modello nel senso appena indicato nel testo si è da ultimo avvalso anche il nostro legislatore nazionale per cercare in qualche modo di controllare la scelte compiute dai Comuni in tema di affidamento dei servizi pubblici di loro competenza: ci si riferisce al già citato art. 34, comma 20 del d.l. n. 179/2012 (convertito con modificazioni con legge n. 221/2012) che esige la preventiva pubblicazione di una relazione che definisca «i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico».

La contrazione della libertà delle autorità nazionali, determinata dal modello di regolazione di cui si sta trattando, può d'altra parte essere favorevolmente apprezzata anche da un ulteriore punto di vista.

L'insieme dei doveri procedimentali e sostanziali gravanti al riguardo sugli Stati membri, come si è detto, determinano la necessità che siano preliminarmente definiti con estrema precisione non solo i confini materiali del servizio pubblico, ma anche gli obblighi prestazionali incombenti sull'impresa che della sua erogazione sarà incaricata.

Tale operazione di preventiva identificazione, se nella logica del diritto europeo mira essenzialmente a proteggere i valori concorrenziali, produce sul piano interno (almeno per quel che riguarda l'ordinamento italiano) l'importante conseguenza di favorire la protezione (giudiziaria, anzitutto, ma non solo) delle posizioni soggettive (non importa qui la loro qualificazione formale) degli utenti: i provvedimenti (legislativi e amministrativi) di definizione degli obblighi di servizio pubblico e le clausole dei contratti di servizio pubblico, in questo modo, diventano (anche) parametro di raffronto per azioni (individuali o di categoria) di contrasto a provvedimenti e comportamenti non conformi degli esercenti e persino, come si è visto, degli organismi di regolazione.

Non si può dire, naturalmente, che non vi siano altri strumenti rivolti a rafforzare le effettive possibilità di tutela dei fruitori finali del servizio: già da tempo, per esempio, il nostro ordinamento ha cercato di assecondare una simile prospettiva obbligando i gestori di servizi pubblici a dotarsi di apposite carte dei servizi e di prevedere indennizzi automatici per le violazioni degli *standard* qualitativi e quantitativi delle prestazioni dovute⁸¹.

Ma è solo ricorrendo all'ausilio dei doveri operativi preventivamente codificati a carico dell'esercente che è possibile estendere la protezione da aspetti di natura estrinseca (i tempi di risposta alle richieste di intervento, i rimborsi per eventuali disservizi, ecc.) a profili coinvolgenti il cuore del servizio erogato, cioè la determinazione stessa del dato quantitativo e qualitativo della prestazione che deve essere fornita, nello stesso tempo incrementandone l'incisività (da una forma di tutela prevalentemente demolitoria e risarcitoria a una capace di conformare direttamente il modo di essere del servizio).

Difficile è sapere se fin dall'inizio gli istituti degli obblighi e dei contratti di servizio pubblico fossero stati concepiti in chiave polifunzionale o se la loro idoneità a soddisfare contemporaneamente molteplici scopi di interesse generale sia maturata nel tempo, attraverso sperimentazioni pratiche e aggiustamenti progressivi di rotta, ennesimo caso nel mondo del diritto di eterogenesi dei fini: certo è, o almeno a me così pare, che sia oggi giocoforza adottare una

81 Se già la D.P.C.M del 27 gennaio 1994 aveva individuato la carta di servizi come mezzo fondamentale di protezione degli utenti dei servizi pubblici e aveva imposto ai relativi gestori di adottare procedure interne di valutazione dei relativi reclami, il ruolo centrale della carta di servizi per la tutela degli utenti era stata ribadita dall'art. 11 del d.lgs. n. 286/1999. L'art. 2, comma 461 della legge n. 244/2007 ha reso obbligatoria l'adozione della carta dei servizi per tutti i servizi pubblici locali, la cui preventiva pubblicazione è comunque sovente prescritta nelle singole discipline settoriali. Scontato è in tal senso anche il riferimento anche all'art. 101 del codice del consumo, ove si stabilisce: «1. Lo Stato e le regioni, nell'ambito delle rispettive competenze, garantiscono i diritti degli utenti dei servizi pubblici attraverso la concreta e corretta attuazione dei principi e dei criteri previsti dalla normativa vigente in materia. 2. Il rapporto di utenza deve svolgersi nel rispetto di standard di qualità predeterminati e adeguatamente resi pubblici. 3. Agli utenti è garantita, attraverso forme rappresentative, la partecipazione alle procedure di definizione e di valutazione degli standard di qualità previsti dalle leggi. 4. La legge stabilisce per determinati enti erogatori di servizi pubblici l'obbligo di adottare, attraverso specifici meccanismi di attuazione diversificati in relazione ai settori, apposite carte dei servizi».

prospettiva ricostruttiva più ampia della mera tutela statica della concorrenza per permettere un giudizio equilibrato circa la loro collocazione e la loro utilità nel panorama attuale della regolazione dei servizi pubblici.

L'Autorità per l'Energia tra competizione e cooperazione

di Salvatore Lanza e Simone Lucattini *

ABSTRACT

The role of regulatory authorities has been deeply analyzed by the juridical and economic literature, however little attention has been paid so far to the interaction among regulators and between regulators and other institutions. This paper provides a preliminary factual analysis of competitive and cooperative solutions to the interplay among rule makers. A simplified model of market structure is applied by analogy to the rule making process, represented as a productive sector.

The specific case of the Italian Regulatory Authority for Electricity Gas and Water is investigated, both at the national and at EU level. The main findings are concerned with efficiency: competition among institutions very often leads to inefficient outcomes, jeopardizing rules stability and certainty and consequently increasing the risk borne by market players. However, cooperation rarely comes out spontaneously thus, complex governance structures are needed in order to explicitly manage the conflict rather than to leave it to informal interactions.

At international level, the majority voting rule is a possible way forward to solve conflicts among national regulators while at national level the role of the regulator could be foreseen by the Constitution and, to some extent, structured coordination with other regulators and institutions should be ensured.

In case of controversy between institutions, the abovementioned solutions seem to be preferable to appeal to a court, whose intervention is likely to jeopardize rules stability and certainty.

SOMMARIO: Premessa. – I. I presupposti teorici. – I.1. Il monopolio della regolazione. – I.2. La competizione regolatoria. – II. Il livello sovranazionale. – II.1. La cooperazione per la definizione di regole comuni. – II.2. La diversificazione delle regole. – II.3. Le autorità di regolazione nazionali come parte della soluzione del problema. – II.4. Cooperazione e competizione nel terzo pacchetto energia: il regolamento CACM. – III. Il livello nazionale. – III.1. Competizione nel *rulemaking*. – III.2. Competizione nell'*enforcement*. – III.3. Competizione tra poteri neutrali: AEEGSI/AGCM. – IV. Conclusioni.

Premessa

Il tema dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idri-

* Il presente scritto è frutto della riflessione congiunta degli Autori; tuttavia, la Premessa ed il Capitolo III sono stati scritti da Simone Lucattini; i Capitoli I e II sono, invece, opera di Salvatore Lanza; le conclusioni sono state scritte, "a quattro mani", dai due Autori. Le opinioni espresse sono a titolo personale e non impegnano l'Istituzione di appartenenza (Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico).

co (AEEGSI) e, in generale, delle autorità amministrative indipendenti è stato fin qui solitamente affrontato nell'ottica della tassonomia dei poteri e delle relative funzioni. È, questo, un approccio senz'altro utile per analizzare i variegati poteri (normativi, amministrativi, giustiziali) di cui dispongono le autorità, ma tendenzialmente statico e, in quanto tale, poco adatto ad analizzare i continui rapporti che questi organismi intrecciano con gli altri attori istituzionali¹. Ma, soprattutto, assai poco studiati sono gli effetti prodotti dai conflitti tra autorità o tra queste e il governo sulla certezza e l'affidamento degli operatori economici².

Sulla scorta di una visione dinamica e pragmatica del potere regolatorio, nell'ambito dell'indagine che segue si procederà, quindi, a mettere a fuoco i rapporti – cooperativi e/o conflittuali³ – che l'AEEGSI intreccia nello spazio regolatorio nazionale e comunitario: nel segno della competizione, verranno, in particolare, analizzati gli intensi collegamenti dell'Autorità per l'energia con il Ministero dello sviluppo economico, nonché con il *dominus* trasversale della concorrenza, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato; nell'ottica della cooperazione, verrà invece in rilievo il ruolo dell'AEEGSI come parte dell'amministrazione europea multi-livello⁴, di quel «concerto regolamentare europeo»⁵ recentemente evolutosi in un sistema di «regolazione integrata»⁶ che

1 Sulla complessità caratterizzante la “trama di rapporti verticali e orizzontali” intessuti dalle autorità indipendenti, cfr. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 29 ss.

2 Mette in correlazione certezza del diritto e affidamento F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 36, il quale si rifà al significato di *Rechtssicherheit* accolto dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, come “effettiva sicurezza delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini” e, quindi, “tutela dell'affidamento generato dall'ordinamento vigente”. Sull'importanza della certezza del diritto in funzione di relazioni economiche stabili, si vedano, invece, E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, in *Dir. econ.*, 1956, p. 1212; N. BASSI, *Principio di legalità e principio di certezza del diritto a confronto nella regolazione amministrativa dei servizi economici generali*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 157 ss. Con riferimento alla regolazione lato *sensu* intesa, come “sistema di regole”, può leggersi l'ordine esecutivo del Presidente degli Stati Uniti 13.563 del 18 gennaio 2011 *Sul miglioramento della regolazione e sulla sua revisione*, per cui la regolazione è chiamata, tra l'altro, a «promuovere la prevedibilità e ridurre l'incertezza».

3 Per un siffatto approccio al tema della regolazione, cfr. D.C. ESTY-D. GERARDIN, *Regulatory Co-Opetition*, in D.C. ESTY-D. GERARDIN (a cura di), *Regulatory Competition and Economic Integration*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 30 ss.

4 In argomento, cfr. G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 167 e, nella generale prospettiva dei principi, G. DELLA CANANEA-C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 23 ss.

5 L'espressione è mutuata da S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 689 ss.

6 Sull'evoluzione, da un sistema di “regolazione composita” entro cui i regolatori nazionali e la Commissione, pur interagendo, rimangono però separati, ad una “regolazione integrata”, caratterizzata dalla creazione di “un centro di imputazione unitaria della regolazione europea di settore”, cfr. L. TORCHIA, *La regolazione indipendente nell'ordinamento europeo: i nuovi organismi di settore*, in P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 263. In tema può altresì leggersi, da un'angolatura storico-evolutiva, A. SANDULLI, *La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, p. 889 ss., e, per i riflessi procedurali dell'integrazione, G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione Europea*, e E. CHITI, *I procedimenti in cui intervengono le Agenzie europee*, in F. BIGNAMI-S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Quaderni della Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 1/2004, Giuffrè, Milano, rispettivamente, pp. 307 ss. e 335 ss.

fa capo all'Agenzia per la cooperazione dei regolatori dell'energia (ACER)⁷. Questa prospettiva getta, invero, nuova luce sulla suggestiva immagine delle autorità come «enti autarchici della Comunità europea», in grado di rompere «l'organizzazione dello Stato federato, sia sul versante del potere esecutivo, sia sul versante del potere legislativo»⁸. Infatti, come si vedrà nel prosieguo, le regole applicabili al mercato interno dell'energia vengono ormai costruite sempre più a livello sovranazionale, in seno all'ACER, e di qui si irradiano nei singoli ordinamenti nazionali. Tale evoluzione non è soltanto il portato della costruzione giuridico-formale europea, quale sistema pluralistico di produzione di norme, quanto, piuttosto, della natura stessa della cosa da regolare⁹. Si pensi, in tal senso, alla disciplina delle grandi reti trans-europee, per sua natura, irriducibile ad una dimensione esclusivamente nazionale¹⁰. Per questa via, la nozione di rete sembra, pertanto, poter assumere un valore euristico che va ben oltre il dato sensibile di una infrastruttura complessa e articolata¹¹, per configurare un modello organizzativo – l'ACER come *networked agency*¹² – funzionale alla produzione di regole tecniche in grado di favorire lo sviluppo del mercato interno.

Muovendo dalle esposte premesse, l'indagine svolta si sviluppa dunque lungo tre passaggi essenziali. In un primo (Capitolo I), si cercherà di enucleare i presupposti teorici della competizione interistituzionale nella produzione/applicazione delle regole. Seguirà poi l'analisi di diversi casi paradigmatici di conflitto, attuale o potenziale, nell'attività di *rulemaking* o di *enforcement*, a sua volta articolata sul livello sovranazionale (Capitolo II) e su quello nazionale (Capitolo III). L'analisi condotta porterà infine ad evidenziare i rapporti, coo-

7 Cfr. il regolamento (CE) n. 713/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che ha istituito un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER).

8 F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 76.

9 È la «qualità interessante» del bene, in altri termini, a condizionare le scelte di regolazione, come notato, a suo tempo, da G.D. ROMAGNOSI, *Della ragion civile delle acque nella rurale economia*, IV ed., Prato, 1938, p. 131, richiamato, con riferimento alla materia dell'energia, da G.D. COMPORITI, *Energia e ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 259. Sull'attualità del «criterio funzionale romagnosiano», cfr. F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 1237ss.

10 Del resto, già negli anni Sessanta del Secolo scorso, G. GUARINO, *Unità ed autonomia del diritto dell'energia*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 243 s., annoverava la «accentuazione dei profili sovranazionali» tra i profili caratterizzanti della normativa energetica. Sul rilievo, necessariamente comunitario, delle principali infrastrutture di rete, cfr., invece, G. DELLA CANANEA, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in *Munus*, 2013, p. 1 ss.

11 Sul carattere complesso delle reti infrastrutturali e sulla difficoltà di definirne giuridicamente il concetto, cfr. F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete: l'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Giappichelli, Torino, 2005, p.1 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Il governo delle reti tra Unione europea, stato e regioni*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia, Il regime giuridico delle infrastrutture dell'energia*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 17 ss. Sulle infrastrutture come fondamento e metafora dello Stato contemporaneo si vedano le illuminanti riflessioni di A. PREDIERI, *Premesse sulle infrastrutture giuridiche delle nuove architetture finanziarie*, in A. PREDIERI-P. SAVONA (a cura di), *Le nuove architetture del sistema monetario internazionale*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 73 ss., nonché la *Presentazione* di A. PREDIERI e M. MORISI al volume *L'Europa delle reti*, Giappichelli, Torino, 2011, a cura di A. PREDIERI e M. MORISI.

12 Così L. AMMANNATI, *Il ruolo dell'Agenzia nella regolazione energetica*, in V. SALVATORE (a cura di), *Le agenzie dell'Unione europea*, Pavia, 2011, p. 105. In generale, sulle reti amministrative europee, cfr., invece, E. CHITI, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2012, p. 29 ss.

perativi e competitivi, che i diversi enti di governo del settore energetico intrecciano fra loro, facendo emergere come la concorrenza tra attori istituzionali, a differenza di quella tra imprese sui mercati liberalizzati, possa, in certi casi, anche pregiudicare il corretto funzionamento del mercato. Ad un esame più ravvicinato, il conflitto apparirà, dunque, almeno entro certi limiti, come elemento naturale, e pressoché ineliminabile, delle dinamiche istituzionali. Di qui l'esigenza di riconoscere, con franchezza, il carattere endemico del conflitto: presupposto, questo, essenziale per tentare di risolverlo o, quantomeno, superarlo; tanto più che la cooperazione "ad ogni costo", in una sorta di mistica del consenso, lungi dal produrre risultati efficienti, rischia, tutt'al più, di rinviare il conflitto alla fase di applicazione delle regole, creando così una incertezza ancora maggiore, potenzialmente lesiva dell'affidamento degli operatori economici.

I. I presupposti teorici

I.1. Il monopolio della regolazione

Se per bene economico si intende una risorsa che sia al tempo stesso scarsa ed utile, allora la regolazione delle attività economiche può essere, essa stessa, assimilata all'attività di produzione di un bene o di un servizio. Tanto premesso, si può quindi affermare che anche produrre regole ha un costo perché richiede di impiegare risorse che potrebbero essere destinate ad usi alternativi. Inoltre, le regole sono il risultato, diretto od indiretto, di un processo di decisione collettiva, attraverso il quale gli individui esprimono la loro domanda di normazione. In particolare, poiché ogni regola di contenuto economico, per definizione, incide sull'ammontare complessivo della ricchezza disponibile¹³ o sul modo in cui essa si distribuisce all'interno della collettività, ovvero su entrambi questi profili, tutti o, almeno, alcuni individui ricevono un beneficio economico dalla sua emanazione e sono, pertanto, astrattamente disposti a pagare affinché essa sia prodotta. Tuttavia, in base alla classificazione operata dalla letteratura economica¹⁴, ampia parte delle regole formali possiede le caratteristiche del bene pubblico e, conseguentemente, il mercato non è in grado di produrle¹⁵, occorrendo, bensì, che sia il settore pubblico a farsi carico della loro produzione¹⁶.

13 Poiché la regola è un possibile strumento di correzione dei fallimenti del mercato, essa ha come scopo la massimizzazione del benessere sociale, di cui l'efficienza allocativa costituisce presupposto. Per una descrizione dell'analisi del benessere sociale in un contesto di equilibrio economico parziale si rinvia a H.R. VARIAN, *Microeconomia*, trad. it. di A. Medio, Cafosacrina, Venezia, 1998, p. 521 ss. e, per svolgimenti di tipo matematico-formale, A. MAS-COLEL-D.H. WHINSTON-J.R. GREEN, *Microeconomic Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1995, cap. 10, *Competitive Markets*.

14 In base ai criteri della rivalità al consumo e della escludibilità i beni sono classificabili in pubblici puri, privati puri, comuni e *club*: cfr., in tema, P.A. SAMUELSON, *Review of Economics and Statistics*, XXXVI, 1954, p. 387.

15 Come notato da W.W. HOGAN, *Regional Transmission Organizations: Millennium Order on Designing Institutions for Electric Network System*, in Center for Business and Government, Harvard University, maggio 2000, «the market cannot solve the problem of market design».

16 Diversamente, i regolamenti contrattuali sono producibili alla stregua di beni privati. In ogni caso, il valore economico della regola può essere astrattamente misurato dal risparmio che essa genera nel ridurre i costi di transazione. La funzione della regola come strumento di con-

Analizzare l'attività di produzione delle regole come un'attività economica consente di applicare alcuni strumenti della teoria dell'impresa alla regolazione e, quindi, di rappresentare il regolatore come un operatore che prende decisioni coerenti con i propri obiettivi e nel rispetto di vincoli dati. In quest'ottica, il regolatore può essere visto come attore all'interno di un meccanismo di interazione con altri attori, analogamente a quanto avviene nei modelli, definiti quali "forme di mercato", entro cui operano le imprese. E, tuttavia, non esiste un concetto isomorfo a quello di forma di mercato nel mondo della regolazione, in quanto non esiste un vero e proprio mercato delle regole. Per questo motivo, nel corso dell'indagine che segue, si mutueranno, dalla teoria delle forme di mercato, i concetti di monopolio, oligopolio e concorrenza, onde applicarli, per quanto possibile, alla produzione delle regole. La nozione di monopolio viene, in particolare, qui in rilievo perché le regole, quali beni pubblici, sono solitamente prodotte in regime di monopolio: il regolatore, infatti, opera di solito in condizione di esclusiva all'interno della giurisdizione di sua competenza¹⁷.

L'analogia tra produzione delle regole e produzione di beni e servizi pare potersi ulteriormente sviluppare applicando, descrittivamente, alla regolazione il concetto di filiera; nozione, questa, con cui si intende un insieme di attività svolte in successione che consentono la trasformazione di principi generali (materie prime) in atti normativi (prodotti finiti). Ricorrendo, ancora, alle capacità esplicative del concetto di filiera, si può quindi affermare che ciascuna fase della filiera regolatoria¹⁸ è, solitamente, presidiata da una istituzione – *lato sensu*, un regolatore –, che trasforma regole-*input*¹⁹, provenienti dalla fase a

tenimento dei costi di transazione e quindi di facilitazione dello scambio è proposta da D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, trad.it. di W. Santagata, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 77 ss.

¹⁷ La nozione di giurisdizione è qui assunta in un significato non giuridico (al riguardo, cfr., *ex plurimis*, S. SATTI, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970; C. MANDRIOLI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Dig. disc. priv.*, vol. IX, Utet, Torino, 1993; A. SEGNI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VII, Utet, Torino, 1957), bensì nel senso di ambito locale di applicazione di determinate regole e principi; per estensione, la nozione di giurisdizione accolta può quindi riferirsi anche ad un intero settore merceologico (telecomunicazioni, energia, acqua). Nella letteratura economica, per giurisdizione s'intende, solitamente, l'ambito territoriale cui è rivolta la fornitura di un bene pubblico locale: cfr., ad esempio, C.M. TIEBOUT, *A Pure Theory of Local Expenditures*, in *Journal of Political Economy*, 64, 1956, p. 416 ss.

¹⁸ La caratteristica più evidente di quella particolare filiera che è la filiera regolatoria è di essere un processo produttivo di regole a mezzo di regole. La relazione tra Regolatori collocati in fasi successive della filiera è stata, talvolta, rappresentata dalla letteratura economica attraverso modelli di competizione *à la Stackelberg*: cfr., in proposito, D.P. BARON, *Noncooperative Regulation of a Nonlocalized Externality*, in *The Rand Journal of Economics*, 16, 1985, p. 553 ss., ove si rappresenta il caso paradigmatico di un regolatore ambientale (*leader*) che opera a monte della filiera definendo le regole (*standards* tecnologici) per disciplinare l'emissione di sostanze inquinanti da parte di un produttore elettrico in regime di monopolio, la cui regolazione economica (tariffa) è affidata ad una diversa autorità (*follower*) situata a valle della filiera regolatoria. La competizione tra i regolatori *de quo*, guidati da obiettivi differenti, si rivela economicamente inefficiente, in quanto induce l'impresa a produrre una quantità sub-ottimale del bene e ad appropriarsi di una rendita informativa a detrimento del consumatore.

¹⁹ Le istruzioni che il Regolatore deve seguire per trasformare regole-*input* in regole-*output* verranno di seguito indicate con l'espressione meta-regole e corrispondono, essenzialmente, al concetto microeconomico di funzione di produzione. Seguendo l'approccio di D.P. BARON (cfr. *infra*, sub nota 19), lo *standard* tecnologico deciso dal regolatore ambientale è un esempio di regola-*input* rivolta al regolatore economico, la cui regola-*output* è la tariffa applicata all'impresa monopolista. La meta regola, in questo caso, prescrive, infatti, al regolatore economico di tenere conto, nella metodologia tariffaria applicata, dell'impatto sui costi dell'impresa dello *standard*

monte della filiera, in regole-*output*, dirette alla fase a valle della filiera medesima. Quali esempi di regolatori che, in ambito nazionale, operano nelle fasi a monte della filiera si può fare riferimento alle Assemblee parlamentari e, ad un livello più generale, le Assemblee costituenti, chiamate a stabilire meta-regole, ossia regole sulla produzione di altre regole; le autorità di regolazione di settore, così come i ministeri competenti *ratione materiae*, costituiscono, invece, esempi di regolatori attivi nelle fasi a valle, in cui vengono definite regole di dettaglio.

Anche i concetti di integrazione orizzontale e verticale – caratterizzanti, anch'essi, la filiera produttiva – sembrano poter essere utilizzati nell'ottica della teoria della regolazione. Un regolatore verticalmente integrato gestisce, infatti, direttamente tutte le attività della filiera regolatoria, mentre un regolatore integrato orizzontalmente presidia soltanto una singola fase, all'interno della quale opera in monopolio. Come detto, la produzione delle regole può, però, svolgersi anche in forme diverse dal monopolio²⁰: queste ipotesi, di competizione nel *rulemaking*, possono dunque dare vita al conflitto istituzionale, come emerge dai casi paradigmatici analizzati nei Capitoli II e III della presente ricerca.

1.2. La competizione regolatoria

In linea di principio, la competizione può insorgere sia tra regolatori svolgenti compiti analoghi, ma in differenti giurisdizioni, sia tra regolatori cui l'ordinamento assegna compiti differenti nell'ambito, però, di una medesima giurisdizione.

Nel primo caso, che in analogia con la teoria dell'impresa chiameremo competizione spaziale tra regolatori²¹, affinché la competizione si realizzi effettivamente occorre che i regolatori interagiscano e che i loro interessi siano in conflitto.

La letteratura²² che si è occupata di competizione spaziale tra regolatori si è principalmente soffermata sul fenomeno della competizione tra *policy maker*, ognuno tendente ad attrarre imprese o altri attori economici nella propria giurisdizione. In tale prospettiva, la competizione riguarda, essenzialmente, la produzione delle regole: ciascun regolatore, cioè, offre ai potenziali regolati un proprio *menu* di regole²³ (sistema legale) con l'obiettivo di attrarli nella propria

tecnologico ad essa imposto. La possibilità per il regolatore ambientale di agire come *leader à la Stackelberg*, ovvero di stabilire la propria regolazione in anticipo rispetto al regolatore economico, gli conferisce il vantaggio della prima mossa nel gioco competitivo, il che consente di orientare anche la successiva regolazione economica.

20 Il monopolio della produzione di regole può, a sua volta, essere globale o locale. In quest'ultimo caso, ciascun Regolatore produce regole che si applicano esclusivamente all'interno della sua giurisdizione, in analogia a quanto accade con i beni pubblici locali, o beni *club*; cfr., in proposito, J.M. BUCHANAN, *An Economic Theory of Clubs*, in *Economica*, 32, 1965, p. 1 ss.

21 In merito al concetto di competizione spaziale tra imprese si veda il contributo pionieristico di H. HOTELLING, *Stability in Competition*, in *Economic Journal*, 39, 1929, p. 41 ss.

22 Cfr., al riguardo, C.M. TIEBOUT, *A Pure Theory of Local Expenditures*, in *Journal of Political Economy*, 64, 1956, p. 416 ss.; W.E. OATES, *An Essay on Fiscal Federalism*, in *Journal of Economic Literature*, 37, 1999, p. 1120 ss.; J.P. TRACHTMAN, *International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction*, in *Harvard International Law Journal*, 34, 1993, p. 1 ss.

23 In tal senso, i regolatori adottano strategie di differenziazione dei rispettivi quadri regolatori in maniera analoga a quanto fanno le imprese che, in regime di concorrenza monopolistica, differenziano i loro prodotti.

giurisdizione. Attraverso l'adozione di regole più efficienti (competizione al rialzo) o più permissive (competizione al ribasso), il regolatore incentiva, secondo una logica di *vote by feet*, i cittadini (consumatori e imprese) a localizzarsi o investire entro i confini della propria giurisdizione; in questo modo, in definitiva, sono i regolati a scegliere il proprio regolatore.

Nel secondo caso, il fatto che ciascun regolatore esegua un compito parcellizzato²⁴ lo pone, di per sé, in potenziale conflitto con i regolatori la cui attività incide sulla corretta esecuzione del compito affidatogli (competizione teleologica)²⁵.

In entrambi i segnati modelli di competizione tra regolatori, la molteplicità di decisori all'interno del processo di *rule making* è stata considerata dal punto di vista degli effetti, senza indagarne però le cause. Altri modelli d'analisi²⁶ si sono, invece, soffermati sulle ragioni alla base della frammentazione dei compiti di regolazione, individuando i presupposti economici che porterebbero a preferire la separazione all'integrazione. Secondo queste prospettazioni, la separazione delle funzioni agirebbe da deterrente nei confronti dei tentativi di cattura, in quanto i soggetti regolati affronterebbero costi crescenti al crescere del numero dei regolatori da catturare.

Nel presente studio, ci occuperemo, invece, di un altro, e diverso, aspetto della competizione tra regolatori rimasto fin qui in ombra, ossia la competizione nella definizione di regole comuni. In quest'ottica, la regola non è più lo strumento *con cui* si compete ma l'obiettivo *per cui* si compete. Così come nel mondo delle imprese, laddove non può esservi competizione nel mercato, perché la forma di mercato più efficiente è il monopolio, è possibile, comunque, attivare forme di competizione per il mercato, similmente, nel mondo della regolazione, qualora si riveli più efficiente creare un'unica giurisdizione globale, piuttosto che una pluralità di giurisdizioni locali, si presenta un problema analogo a quello della selezione del monopolista²⁷. Nel modello qui preso in considerazione, dunque, regolatori appartenenti a differenti giurisdizioni locali decidono (o viene loro imposto) di cooperare per definire regole comuni, che devono essere applicate alla macro-giurisdizione composta dall'involuppo delle giurisdizioni locali. Tuttavia, all'interno di tale processo decisionale, i diversi creatori di regole possono entrare in conflitto per far prevalere le discipline più affini a quelle in vigore nella propria giurisdizione. Il punto non è qui tanto la selezione di un unico regolatore, quanto piuttosto l'individuazione di un model-

24 Si pensi, ad esempio, alle differenti autorità di regolazione settoriale che, a seguito dell'evoluzione tecnologica, si trovino a condividere un sottoinsieme di soggetti regolati, come potrebbe avvenire tra i regolatori dell'energia e delle comunicazioni nel caso dello sviluppo delle cosiddette *smart grid*.

25 Cfr., al riguardo, D.P. BARON, *op. ult. cit.*

26 Cfr., in merito, D. MARTIMORT, *The Multiprincipal Nature of Government*, in *European Economic Review*, 40, 1996, p. 673 ss.; J.J. LAFFONT-D. MARTIMORT, *Separation of Regulators Against Collusive Behavior*, in *The Rand Journal of Economics*, 30, 1999, p. 1 ss.

27 La condizione della sub-additività del costo, che è alla base del fenomeno del monopolio naturale, sembrerebbe svolgere, con riferimento alle forme di mercato, una funzione analoga a quella propriamente svolta dal principio di sussidiarietà nel decentramento amministrativo, a livello nazionale e sovranazionale. In caso di funzione di costo sub-additiva, il monopolio (soluzione accentrata) è preferibile alla concorrenza (soluzione decentrata) in quanto un'unica impresa è in grado di produrre a costi più bassi di quelli a cui produrrebbe una pluralità di imprese. Analogamente, in base al principio di sussidiarietà, l'intervento del livello di governo centrale è preferibile a quello periferico quando il primo si rivela più efficace del secondo. Una sintetica disamina delle radici del principio di sussidiarietà si trova in P.D. MURQUARDT, *Subsidiarity and sovereignty in the European Union*, in *Fordham International Law Journal*, 1992, Vol. 12, Issue 2.

lo di regolazione in grado di costituire il *framework* entro cui far muovere, sinergicamente, più regolatori. A tale approdo pare potersi pervenire nella consapevolezza che il conflitto non insorge, né per i differenti obiettivi perseguiti (come nella competizione teleologica), né per la difesa di interessi locali (come nell'ipotesi della cattura), quanto piuttosto per la difficoltà di individuare soluzioni regolatorie univoche. Pertanto, ciascun regolatore, in quanto portatore di un "patrimonio genetico" affatto originale, tenderà a farsi promotore delle soluzioni più coerenti con la propria identità tecnico-culturale. D'altro canto, la varietà di approcci e metodologie sperimentabili nel complesso mondo della regolazione favorisce naturalmente la selezione delle pratiche più efficaci. In tale prospettiva, la biodiversità regolatoria sembra costituire il presupposto della selezione competitiva delle regole, a garanzia della sopravvivenza della regolazione stessa.

Alla luce delle esposte coordinate concettuali, il modello oggetto di studio può dunque essere definito di cooperazione competitiva tra regolatori²⁸ e mira a descrivere il comportamento di istituzioni abitualmente, e fisiologicamente, impegnate in relazioni, appunto, di tipo cooperativo/competitivo.

II. Il livello sovranazionale

II.1. La cooperazione per la definizione di regole comuni

Un primo esempio di applicazione del suesposto modello è rinvenibile nel processo di completamento del mercato interno dell'energia in Europa, dove i regolatori nazionali, coordinati da ACER (Agenzia per la cooperazione, appunto), sono impegnati in un processo cooperativo il cui scopo è definire il futuro quadro regolatorio europeo, attraverso una serie di regolamentazioni comunitarie definite codici di rete. A sua volta, il processo di redazione dei codici di rete, così come definito dai regolamenti europei 714/2009 e 715/2009, coinvolge una molteplicità di attori: i regolatori nazionali, l'ACER, i gestori di rete, gli *European Network of Transmission System Operators* (ENTSO), la Commissione e gli Stati membri, attraverso i rappresentanti dei governi impegnati nei comitati²⁹. E non potrebbe, invero, essere altrimenti, giacché il mercato interno dell'energia è, per sua natura, un'entità sovranazionale, come tale non rappresentabile quale mera somma di singoli mercati nazionali, in considerazione anche del ruolo – fondamentale per il corretto funzionamento del mercato – degli scambi transfrontalieri. Ebbene, per rendere possibili ed efficienti tali scambi di energia, è necessario che essi siano sottoposti a regole comuni, la maggior parte delle quali assolve ad una funzione di coordinamento, ossia obbliga determinati soggetti ad adottare un comportamento *standard* al fine di consentire o facilitare la reciproca interazione.

28 La nozione di *co-opetition* viene, invero, solitamente utilizzata per indicare la cooperazione su progetti specifici tra imprese che abitualmente competono tra loro (cfr. A.M. BRANDENBURGER-B.J. NALEBUFF, *Co-opetition*, Currency, New York, 1996): questo tipo di competizione è finalizzata a sfruttare economie di scala o di gamma senza pregiudicare l'assetto competitivo del settore. Nel presente lavoro viene introdotto, invece, un concetto, ad un tempo, opposto e complementare: la cooperazione competitiva, in cui soggetti impegnati in attività cooperative occasionalmente confliggono su questioni specifiche.

29 Sulla comitologia può leggersi, da un punto di vista giuridico, lo studio di M. SAVINO, *I comitati dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2005.

L'esistenza del mercato unico richiede, in particolare, che molti dei parametri che ne regolano il funzionamento siano uguali per tutti gli operatori, indipendentemente dalla loro provenienza geografica³⁰; prioritaria è, in effetti, la scelta di un valore/parametro unico, piuttosto che l'individuazione di un valore ottimale. Nondimeno, l'assenza di un criterio esclusivamente tecnico per selezionare il valore di un certo parametro comporta un elevato grado di discrezionalità nella definizione delle regole. E, tuttavia, fin quando a fissare le regole è un unico regolatore, tale discrezionalità non produce, di norma, vistose incoerenze; diversamente, quando la regola è stabilita all'esito di un processo di interazione collettiva, in parte basato anche sulla negoziazione, può accadere che il quadro complessivo risulti incompleto ed incoerente, in quanto frutto di una mediazione tra interessi contrastanti o, più semplicemente, approcci metodologici differenti. Per esempio, allorché non si riesca a selezionare un'unica e precisa regola, può accadere che si "ripieghi" su regole di minor dettaglio, frutto dell'esigenza di evitare un aperto e manifesto contrasto rispetto alle regole caldegiate dai singoli regolatori nazionali. Così facendo, però, in nome del "compromesso possibile", si corre il rischio di pregiudicare la funzione di coordinamento tipicamente affidata alle regole comuni³¹. D'altro canto, l'adeguamento a regole vigenti in altri ordinamenti, soprattutto in considerazione della distanza che intercorre tra i modelli regolatori adottati dagli Stati membri³², presenta il non trascurabile inconveniente di generare costi³³, anche ri-

30 Si pensi, ad esempio, relativamente ai mercati organizzati, agli orari di apertura e chiusura delle sessioni di negoziazione, alla modalità di calcolo dei prezzi e delle quantità di equilibrio, alle tempistiche con cui si effettuano incassi e pagamenti, ai criteri in base ai quali è definita l'ampiezza delle zone di offerta, ecc.

31 Come vedremo nel prosieguo, in alcuni casi in cui non si raggiunge una convergenza su una regola comune, come ad esempio in merito alla determinazione del prezzo della capacità di trasporto transfrontaliera, la bozza di regolamento *Capacity Allocation Congestion Management* rinvia, per una compiuta disciplina, ad integrazioni successive, lasciando di fatto la materia solo parzialmente regolata.

32 Il coordinamento *ex ante*, garantito dalle norme comunitarie di prima generazione, il c.d. Primo Pacchetto Energia – direttive 96/92/CE e 98/30/CE –, è, infatti, piuttosto debole. Di conseguenza, ognuno all'interno della propria giurisdizione, gli Stati membri hanno sviluppato sistemi di regole differenti che, in considerazione anche della tendenziale scarsa mobilità dei soggetti regolati all'interno dell'Unione, non hanno innescato alcun fenomeno di competizione classica tra regolatori. Successivamente, con il Secondo Pacchetto – direttive 54/2003/CE e 55/2003/CE; regolamenti (CE) n. 1228/2003 e 1775/2005 –, è stata prevista l'istituzione di autorità di regolazione nazionali, ma, soltanto nel Terzo Pacchetto Energia – direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE; regolamenti (CE) n. 714/2009 e n. 715/2009 e regolamento (CE) n. 713/2009, che istituisce l'ACER –, si è, finalmente, affrontato *ex professo* il problema della cooperazione tra i regolatori, al fine di armonizzare i quadri regolatori nazionali. In quest'ottica, l'armonizzazione appare, quindi, come una forma di coordinamento *ex post*, resa necessaria dall'assenza di un originario modello comune. Sull'esperienza europea di costruzione del mercato interno dell'energia, si veda, I. SMEERS, *What can the US learn from the European experience in the construction of a real integrated electricity market?* – Harvard Electricity Policy Group, Washington D.C., September 2001, nonché, per una comparazione con l'esperienza statunitense, il documento della *Federal Energy Regulatory Commission (FERC), Working Paper on Standardized Transmission Service and Wholesale Electric Market Design*, 15 marzo 2002, disponibile all'indirizzo http://www.hks.harvard.edu/hepg/-Standard_Mkt_dsgn/FERC%20SMD%203-02.PDF.

33 L'adozione di valori unici dei parametri in tutte le giurisdizioni genera costi di adeguamento tanto più elevati quanto maggiore è la distanza tra il valore originario ed il valore obiettivo. I costi sono quindi, per forza di cose, differenti in ogni giurisdizione, a seconda del livello di adeguamento richiesto. Pertanto, i regolatori nazionali, alle prese con i crescenti costi dei sistemi energetici, tendono, solitamente, a minimizzare i costi di adeguamento generati dall'adozione di regole comuni; in ragione di ciò può insorgere un conflitto tra regolatori per la scelta della regola meno costosa per la propria giurisdizione.

levanti, sia per i regolatori nazionali, che per i soggetti regolati³⁴.

II.2. La diversificazione delle regole

Il legislatore europeo, con la prima direttiva sul mercato elettrico (96/92/CE), ha creato una regola-*input* rivolta ai principali produttori di regole dei singoli ordinamenti nazionali operanti nella fase immediatamente successiva della filiera regolatoria, ossia i legislatori degli Stati membri, chiamati a recepire la normativa comunitaria. Il notevole grado di differenziazione delle regole-*output* intermedie (atti normativi di recepimento delle direttive) discende, quindi, dall'ampia discrezionalità lasciata agli Stati membri nella scelta del percorso verso la creazione del mercato interno³⁵. Non stupisce, pertanto, che la Commissione, in occasione della prima relazione sullo stato di attuazione del mercato interno, si sia trovata dinanzi a notevoli asimmetrie nell'implementazione delle direttive³⁶; in particolare, a suscitare preoccupazioni del "Governo europeo" sono stati il basso grado di de-integrazione (*unbundling*), sia sul versante delle infrastrutture di rete, che su quello della produzione di energia. Ed invero, degli allora quindici paesi dell'Unione, otto adottavano il modello di separazione legale, tre quello gestionale e solo due (Regno Unito e Svezia) la separazione proprietaria. Anche l'organizzazione del servizio di bilanciamento differiva sostanzialmente da un paese all'altro: in alcuni prevaleva il meccanismo di mercato; in altri il sistema basato su prezzi amministrati (Belgio, Germania, Francia, Portogallo e Irlanda). Infine, per quanto concerne gli scambi transfrontalieri, la Commissione ha rilevato differenti approcci, sia in merito alla metodologia tariffaria, che alle regole di allocazione della capacità³⁷.

In conclusione, alla luce di quanto detto, si può affermare che, sin dall'inizio del processo di liberalizzazione del settore elettrico europeo, in assenza di un efficace coordinamento *ex ante* in grado di mitigare le forze centrifughe ed i localismi, la differenziazione nella produzione di regole tra Stati membri si è posta d'ostacolo alla creazione di un mercato interno retto su regole comuni³⁸.

34 In ultimo, si consideri, altresì, che alcuni dei futuri regolamenti europei saranno preceduti da iniziative implementative volontarie che se, da un lato, possono condurre ad una attuazione anticipata degli stessi (c.d. *early implementation*), dall'altro, possono costituire un elemento di condizionamento e di ulteriore complicazione del processo di *rule making*.

35 Il principale luogo di elaborazione di tale modello è divenuto, in assenza di più specifiche previsioni comunitarie, il *Florence Forum* che, a partire dal 1998, ha dato vita ad un acceso dibattito sul *target model*; per una rassegna dei modelli alternativi di integrazione del mercato elettrico europeo, cfr. J.M. GLACHANT, *The achievement of the EU Electricity Internal Market Through Market Coupling*, European Union Institute – Working Paper, RSCAS 2010/87.

36 «There are considerable asymmetries in the implementation of the current Directives. These are leading to considerable distortions of the internal market in that some Member States' energy markets are more open to competitors and new entrants than others» (*First benchmarking report on the implementation of the internal electricity and gas market*, (SEC) 2001).

37 «As well as inconsistent cross border tariffs, each Member State uses a different approach to allocate interconnector capacity [...]. In order to deliver a real single market for electricity, harmonization of capacity allocation procedures is a necessary step» (così, ancora, il sopracitato *First benchmarking report on the implementation of the internal electricity and gas market*).

38 La Commissione, nelle conclusioni del più volte richiamato *First benchmarking report on the implementation of the internal electricity and gas market*, a tale proposito, osserva che «There are considerable asymmetries in the implementation of the current Directives. These are leading to considerable distortions of the internal market in that some Member States' energy markets are more open to competitors and new entrants than others».

II.3. Le autorità di regolazione nazionali come parte della soluzione del problema

Come noto, con le direttive del secondo pacchetto, il legislatore europeo ha previsto l'istituzione di autorità nazionali di regolazione indipendenti. Il fatto che tali organismi non fossero invece previsti all'interno del primo pacchetto induce a ritenere che la missione affidata alle autorità di regolazione, almeno nei propositi, sia duplice: da un lato, trasformare i singoli mercati nazionali monopolistici in mercati concorrenziali; dall'altro, contribuire a creare il mercato interno europeo.

Ebbene, la via più semplice verso il mercato interno sarebbe stata la creazione di un regolatore unico³⁹, cui affidare il compito di produrre le regole di funzionamento del mercato (c.d. disegno di mercato), in analogia con l'esperienza statunitense dello *standard market design* della FERC⁴⁰. Secondo questa visione, il regolatore europeo avrebbe potuto agire da monopolista globale nella fase a monte (disegno delle regole) ed i regolatori nazionali avrebbero, invece, svolto il ruolo di monopolisti locali nella fase a valle (implementazione delle regole e successivo *enforcement*)⁴¹. L'unica via in concreto percorribile si è, tuttavia, rivelata la creazione di soli regolatori nazionali, caratterizzati da un *set* comune di funzioni. Il regolatore nazionale, nello scenario prefigurato dal legislatore europeo, ha pertanto una duplice natura: monopolista locale, in qualità di produttore di regole che hanno impatto esclusivamente all'interno della propria giurisdizione, e oligopolista sovranazionale, in quanto co-produttore di regole comuni, che trovano applicazione nella macro giurisdizione europea. Tale duplicità si riflette nelle funzioni, ancipiti, che la direttiva attribuisce alle autorità di regolazione nazionali: alcune di carattere permanente e locale, con riguardo alla regolazione delle fasi della filiera in regime di monopolio (le reti)⁴²; altre di carattere transitorio e sovranazionale, finalizzate al completamento del mercato interno e al suo corretto funzionamento. In altri termini, il regolatore nazionale opera in regime di monopolio nella regolazione dei monopoli nazionali e, coordinato da ACER⁴³, in regime di oligopolio collusivo/competitivo nella regolazione del mercato europeo. Quest'ultimo si regge, in pre-

39 La Commissione europea, nel *Green Paper A European Strategy for Sustainable, Competitive and Secure Energy* {SEC(2006) 317}, aveva suggerito la creazione di un regolatore energetico europeo, con competenze in materia di questioni transfrontaliere, e l'adozione di un codice di rete europeo che rendesse equivalenti le condizioni di accesso alla rete. Il Consiglio europeo del 24 marzo 2006, tuttavia, non ha recepito il suggerimento della Commissione, limitandosi a richiedere il rafforzamento del coordinamento tra i regolatori energetici (p.14).

40 Cfr. FERC, *Electricity Market Design and Structure Docket*, October 15-19, 2001.

41 Rifacendosi ancora a D.P. BARON, *op. ult. cit.*, il regolatore europeo avrebbe dunque agito esplicitamente da *leader à la Stackelberg* nei confronti del regolatore nazionale, orientandone le azioni. Laddove i due regolatori fossero invece entrati in competizione, a causa ad esempio degli effetti redistributivi tra Paesi derivanti dalle decisioni del regolatore europeo, si sarebbe potuta verificare una perdita di efficienza complessiva.

42 Si pensi, in tal senso, alla materia tariffaria, laddove ai singoli Stati membri viene riconosciuta ampia autonomia nel definire la potestà tariffaria delle autorità di regolazione nazionali (cfr. art. 23, comma 2, e *Considerato* 18 della direttiva 2003/53/UE). In quest'ottica, si può dunque affermare che la determinazione tariffaria è considerata un bene pubblico locale, senza alcun "effetto di traboccamento" nelle altre giurisdizioni, di esclusiva pertinenza del regolatore-monopolista nazionale.

43 Il rapporto tra ACER ed i regolatori nazionali sembrerebbe, quindi, quello tra un agente ed una molteplicità di principali, potenzialmente in competizione tra loro per influenzarne le decisioni. Sul problema dell'interazione competitiva tra principali si veda B.D. BERNHEIM-M.D. WHINSTON, *Common Agency*, in *Econometrica*, 54, 1986, p. 923 ss.

valenza, sul *corpus* di regole che governano l'allocazione della capacità di trasporto dell'energia tra aree nazionali e la gestione delle relative congestioni⁴⁴. Pertanto, è proprio sul tema dell'allocazione di capacità transfrontaliera che pare opportuno soffermarsi per analizzare il comportamento del regolatore oligopolista. Tipicamente la capacità di interconnessione è un bene comune a due o più giurisdizioni e, quindi, le regole che ne disciplinano la gestione e l'allocazione non possono essere considerate alla stregua di beni pubblici locali, ma devono necessariamente essere riferite al livello di giurisdizione superiore, ossia quello sovranazionale. A tale riguardo, la direttiva 2003/54/CE richiede espressamente ai regolatori nazionali di operare congiuntamente nella definizione di tali regole⁴⁵; di qui, l'esigenza di instaurare processi di decisione collettiva, sia attraverso meccanismi diretti (voto), che indiretti (iniziative regionali)⁴⁶. Per avviare, in maniera più strutturata, l'attività di interazione tra regolatori, la Commissione, in un primo momento, ha quindi istituito, con decisione 2003/796/CE, il Gruppo dei regolatori europei per l'elettricità e il gas (ERGEG), la cui creazione ha, di fatto, accentuato la natura oligopolistica dei regolatori nazionali⁴⁷. Nel frattempo il legislatore europeo ha approvato il c.d. "terzo pacchetto energia", istituendo, con regolamento n. 713/2009, l'ACER e stabilendo, attraverso il regolamento n. 714/2009, regole per gli scambi transfrontalieri di elettricità. In particolare, detto regolamento definisce la procedura per l'adozione delle regole necessarie per completare il disegno appena delineato, a livello di principi generali, dal "secondo pacchetto energia" e, in particolare, dal regolamento 1228/2003. Le meta-regole contenute nel regolamento n. 714/2009 hanno, in sostanza, allungato la filiera regolatoria sovranazionale, introducendo due soggetti, ACER ed ENTSO-E⁴⁸, a cui è affidato il

44 Cfr. art. 23, comma 1, lett. a) e b), direttiva 2003/54/EC.

45 Cfr., in particolare, art. 23, comma 1, lett. a).

46 L'organizzazione degli scambi transfrontalieri è un tipico esempio di fenomeno emergente, non presente nell'ambito dei singoli mercati nazionali, che può essere affrontato correttamente solo attraverso regole sovranazionali. Il funzionamento del meccanismo comune di allocazione della capacità non è, però, definito in maniera completa ed esaustiva dal legislatore europeo, neppure nel Secondo Pacchetto Energia, benché notevoli progressi in tal senso siano stati fatti con il regolamento n. 1228/2003, che prevede alcuni principi generali: rendere disponibile agli operatori la massima capacità di interconnessione possibile (art. 6, comma 3), riassegnare al mercato la capacità allocata non utilizzata (art. 6, comma 4), risolvere le congestioni attraverso meccanismi di mercato non discriminatori e, in particolare, ridurre la capacità già allocata solo in caso di emergenza, compensando gli operatori (art. 6, comma 2), internalizzare le esternalità di rete istituendo un meccanismo tra *Transmission System Operator* (TSO) di compensazione dei costi generati dai flussi ospitati sulla propria rete, provenienti da reti di altri TSO (art. 3), destinare la rendita di congestione ad aumentare la capacità transfrontaliera o a ridurre le tariffe, art. (6, comma 6), definire le tariffe per l'accesso alla rete in modo da trasmettere segnali locazionali (art. 4).

47 Già nella primavera del 2006, ERGEG ha avviato le c.d. Iniziative Regionali Elettriche (ERI) in seguito ad una consultazione pubblica sulla creazione di mercati elettrici regionali (cfr., al riguardo, ERGEG, *Annual Report* 2005, in www.ceer.eu). In seguito, nel settembre 2010, ERGEG ha quindi pubblicato una bozza di linee guida in materia di gestione delle congestioni e allocazione della capacità transfrontaliera: cfr. ERGEG, *Draft Framework Guidelines on Capacity Allocation and Congestion Management for Electricity-Initial Impact Assessment*, in www.ceer.eu).

48 ENTSO-E è la rete europea dei gestori di sistemi di trasmissione di energia elettrica, a cui è affidato il compito di redigere i codici di rete europei, che verranno poi formalmente adottati dalla Commissione. In sintesi, la procedura per la produzione di questo corpo di regole prevede che la Commissione stabilisca annualmente in quali settori dovranno essere prioritariamente elaborati i codici; che la stessa Commissione chieda, quindi, ad ACER di pubblicare apposite linee guida non vincolanti per la redazione dei codici stessi che, in concreto, verranno, come

compito, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, di predisporre i codici di rete. Per quanto riguarda, quindi, l'allocazione della capacità, l'ultima fase della filiera regolatoria è ormai tutta contenuta nella giurisdizione sovranazionale, sebbene le regole ivi prodotte abbiano direttamente effetto nelle singole giurisdizioni nazionali. Almeno con riferimento ai settori di cui all'articolo 8, comma 6, del regolamento n. 714/2009, i regolatori nazionali hanno dunque perso il monopolio della regolazione, venendo immessi in un processo, in parte, di tipo cooperativo, sotto il coordinamento centripeto di ACER, ed in parte competitivo, al fine di far prevalere regole più affini ai propri contesti normativi nazionali.

II.4. Cooperazione e competizione nel terzo pacchetto energia: il regolamento CACM

Il CACM, nel definire il disegno del mercato *spot* europeo (mercato del giorno prima e mercato infra-giornaliero), affronta molteplici questioni rispetto alle quali i regolatori nazionali possono trovarsi su posizioni discordanti e, dunque, entrare in competizione. Prima, però, di analizzare le disposizioni contenute nel regolamento, pare opportuno soffermarsi brevemente su alcuni dei parametri di progettazione dell'architettura dei mercati energetici, a partire dal meccanismo di allocazione della capacità di trasporto⁴⁹, che può avvenire attraverso meccanismi di mercato (asta esplicita⁵⁰ e asta implicita⁵¹), ovvero attraverso assegnazione gratuita agli operatori⁵².

detto, predisposti da ENTSO-E, in conformità alle predette linee guida; ACER, infine, previo controllo di conformità, raccomanda alla Commissione l'adozione dei codici. In particolare, in tema di regole di mercato, erano inizialmente previsti tre codici: il *Forward Capacity Allocation* (FCA), il *Capacity Allocation and Congestion Management* (CACM) e il *Balancing* (EB), ognuno riferito ad un differente orizzonte temporale (lungo, breve, brevissimo). Successivamente, la Commissione ha presentato il CACM come linee guida, tenuto conto probabilmente del frequente rinvio che in esso si fa a procedure e metodologie da definirsi dopo la sua entrata in vigore.

49 La capacità di trasporto è una risorsa scarsa che, in un sistema chiuso, è detenuta da un solo TSO ed in un sistema aperto è, invece, posseduta da più TSO confinanti. Le reti elettriche non sono infatti disegnate per consentire il trasporto di un indefinito quantitativo di energia, pertanto, in caso di saturazione di una o più linee, si può verificare una congestione, con la conseguente necessità di stabilire un criterio (meccanismo di allocazione) per attribuire il diritto di accesso al servizio di trasporto.

50 La rete elettrica può essere rappresentata come un insieme di nodi, in cui viene immessa e prelevata energia, collegati da linee, che servono per trasportare l'energia medesima. Nel meccanismo di asta esplicita gli operatori negoziano separatamente i diritti di trasporto su ciascuna linea e l'energia trasportata. Sono quindi previsti due distinti mercati, uno per la capacità di trasporto offerta dal TSO, e l'altro, appunto, per l'energia.

51 Nel meccanismo di asta implicita gli operatori negoziano simultaneamente i diritti di trasporto e l'energia trasportata: i due beni, capacità di trasporto ed energia, vengono dunque scambiati in un unico mercato. Nello specifico, i prezzi dei nodi collegati da linee congestionate differiscono di un importo equivalente al valore dei diritti che verrebbero assegnati attraverso allocazione esplicita. Per un confronto tra i differenti metodi di allocazione della capacità, si veda J.M. GLACHANT, *op. ult. cit.*

52 In quest'ultimo caso, occorre prevedere forme di razionamento *ex ante* oppure misure di riequilibrio *ex post*, poiché, se l'assegnazione è gratuita, può verificarsi una situazione di eccesso di domanda di capacità di trasporto. Possibili criteri di razionamento *ex ante* sono il *pro quota*, il *pro rata* e l'ordine di priorità, basato sull'ordine temporale in cui sono pervenute le richieste (c.d. *First Come First Served*); nel riequilibrio *ex post*, invece, è il TSO che ha il compito di correggere i programmi degli operatori, in quanto non conformi ai vincoli di rete, diramando ordini di aumento o riduzione della quantità di energia immessa o prelevata (re-dispacciamento) o effettuando transazioni con gli operatori, in esito alle quali i programmi risultino modificati (*counter trading*). Sotto alcune ipotesi molto restrittive (assenza di incertezza, concorrenza perfetta nel

Ebbene, per l'allocazione della capacità nell'orizzonte infra-giornaliero il CACM non accoglie nessuno dei predetti modelli, bensì, in conformità alle linee guida di ACER⁵³, prefigura un meccanismo atipico che dovrebbe essere in grado di soddisfare due requisiti non facilmente conciliabili: la negoziazione continua⁵⁴ e la determinazione di un prezzo della capacità basato sugli ordini di acquisto e di vendita trasmessi dagli operatori⁵⁵. L'indeterminatezza del meccanismo proposto emerge chiaramente dall'articolo 53, comma 3, del CACM, laddove viene richiesto a tutti i TSO di sviluppare, entro 24 mesi, una metodologia per la determinazione del prezzo da sottoporre, per l'approvazione, alle autorità di regolazione nazionali. Siamo, quindi, in presenza di un regola-*input* (contenuta nelle linee guida di ACER) potenzialmente contraddittoria, che l'operatore a valle della filiera regolatoria (ENTSO-E) non riesce a trasformare in una regola-*output* direttamente applicabile sui mercati. Perciò quest'ultimo deve creare una ulteriore regola-*input* rivolta al suo *alter-ego* (l'insieme di tutti i TSO), grazie alla quale si posticipa, di fatto, la risoluzione del problema rimettendola nella mani dell'*alter ego* del suo dante causa (l'insieme di tutte le NRA). L'origine di tale incompletezza regolatoria va, verosimilmente, ricercata nel tentativo di ACER di comporre il conflitto tra autorità di regolazione nazionali, diversamente schierate rispetto alle due richiamate regole apparentemente inconciliabili (negoziiazione continua e determinazione del prezzo basato sulle offerte). Siamo, insomma, di fronte ad un esempio di competizione regolatoria mascherata dalla cooperazione: nel senso che si cerca, in seno ad ACER, di comporre un dissidio difficilmente componibile – tra modelli economici antitetici –, finendo così col creare regole antinomiche. Rispetto ad un tale incerto risultato, sembrerebbe preferibile ammettere con franchezza l'impossibilità di conciliare istanze diverse e individuare, quindi, meccanismi in grado di far emergere “vincitori” e “vinti”, col prevalere di una opzione a discapito dell'altra⁵⁶.

mercato dell'energia, TSO unico che alloca la capacità e intraprende misure di redispatching), i tre menzionati modelli (asta esplicita, asta implicita e allocazione gratuita con riequilibrio *ex post*) risultano parimenti efficienti sotto il profilo allocativo. L'allocazione gratuita con razionamento, invece, può, al contrario, dare luogo a risultati inefficienti, perché non assegna con certezza la capacità di trasporto a chi è disposto a pagarla di più.

53 In tali linee guida si legge: «*The CACM Network Code(s) shall set out all necessary provisions for the implementation of the pan-European intraday target model supporting continuous implicit trading, with reliable pricing of intraday transmission capacity reflecting congestion (i.e. in case of scarce capacity)*».

54 La negoziazione continua presenta il vantaggio, per gli operatori di mercato, di poter effettuare transazioni non appena divengano disponibili nuove informazioni rilevanti; si pensi, ad esempio, ai produttori di energia elettrica da fonte rinnovabile che, in base alle informazioni più recenti ottenute sull'andamento della fonte, sono in grado di “aggiustare il loro portafoglio”.

55 Difatti, sebbene la negoziazione continua rientri tra i meccanismi di allocazione congiunta di capacità di trasporto ed energia, nondimeno, essa, a differenza dell'asta implicita, non consente di determinare prezzi diversi per zone d'offerta collegate da linee congestionate. La negoziazione continua implementa, di fatto, una procedura di allocazione gratuita con razionamento *ex ante* basato sulla priorità temporale di ricezione delle offerte, in aperto contrasto con il requisito di prezzo della capacità basato, invece, sulle offerte.

56 Le differenti modalità di assegnazione della capacità nell'orizzonte infra giornaliero hanno conseguenze di carattere redistributivo. L'assegnazione gratuita trasferisce, seppure indirettamente, la rendita di congestione agli acquirenti dei diritti (gli operatori del mercato all'ingrosso), laddove l'assegnazione a pagamento consente invece la restituzione della rendita ai consumatori finali. Non sembra, tuttavia, che i regolatori nazionali, almeno allo stato, condividano, il valore economico che tale rendita dovrà assumere nel futuro assetto del mercato europeo, né la sua ripartizione per singola frontiera.

Analogo a quello appena descritto, è il caso, anch'esso per certi versi paradigmatico, della determinazione dell'ampiezza delle zone d'offerta entro cui si suddivide il mercato dell'energia elettrica. Al riguardo, il CACM prevede, per l'allocazione della capacità nell'orizzonte temporale del giorno antecedente a quello di consegna, un meccanismo ibrido, che coniuga l'asta implicita e l'allocazione gratuita con riequilibrio *ex post*: il cosiddetto *market coupling*⁵⁷. Questo modello aggrega i nodi⁵⁸ della rete in entità virtuali, chiamate zone, tra loro idealmente interconnesse da aggregati di linee⁵⁹. L'allocazione tra differenti zone di offerta avviene qui secondo il metodo dell'asta implicita, mentre all'interno di ciascuna zona essa è gratuita e le eventuali congestioni sono risolte attraverso interventi di riequilibrio da parte del TSO⁶⁰.

La letteratura economica⁶¹ è concorde nel sostenere che il *market coupling* sia meno efficiente del modello di asta implicita pura (nodale), e ciò a causa dei problemi di coordinamento tra TSO, acuiti dall'assenza di un insieme di risorse comuni da cui attingere per risolvere le congestioni. Anche le linee guida di ERGEG, invero, ammettono la superiorità del modello nodale rispetto al modello di *market coupling* e, tuttavia, ne ritengono prematura l'implementazione, preferendo orientarsi sul meno efficiente sistema *market coupling* nella cui logica, per definire l'ampiezza e, quindi, la numerosità delle zone di mercato, occorre tenere conto di due interessi confliggenti: la garanzia dell'efficienza e lo sviluppo della liquidità. Infatti, quanto maggiore è il numero di zone (e quindi minore la loro ampiezza), tanto maggiore sarà l'ammontare di capacità allocata attraverso meccanismi di mercato basati sui prezzi; d'altro canto, quanto maggiore è il numero di zone, tanto minore potrà essere la liquidità del mercato, soprattutto a termine. In conclusione, appare evidente che un'efficiente configurazione delle zone di offerta deve tenere conto sia dei costi che dei benefici associati ad una data numerosità di zone. Il CACM prevede (art. 31), al riguardo, che ogni due anni possa essere effettuata una valutazione di efficienza della configurazione delle zone su impulso di differenti soggetti: ACER, uno o più regolatori, uno o più TSO, i singoli Stati.

Sia i TSO che le autorità nazionali di regolazione si trovano, dunque, in potenziale disaccordo rispetto al numero ottimale di zone di mercato, né il regolamento CACM, come nel caso sopravveduto del mercato infragiornaliero, prevede alcuna apposita procedura per la composizione di tale possibile conflitto. Tale "stanza di composizione" non può certamente essere rinvenuta nell'ACER, che non produce direttamente regole, ma che, attraverso una complessa interazione con la Commissione, le autorità nazionali e gli ENTSO, si limita a delineare le linee guida della regolamentazione europea in materia energetica.

57 Per una dettagliata esposizione del modello del *market coupling*, si rinvia a J.M. GLANCHANT, *op. ult. cit.*

58 Per una descrizione del modello nodale, si vedano R.E. BOHN-M.C. CARAMANIS-F. C. SCHWEPPE, *Optimal Pricing in Electrical Networks over Space and Time*, in *RAND Journal of Economics*, 1983, p. 360 ss.

59 Poiché nella realtà fisica le linee effettive collegano nodi, e non zone, le linee che collegano le zone sono idealizzazioni delle linee effettive e le loro capacità di trasporto sono derivate dalle capacità delle linee effettive.

60 Se esiste un unico TSO, le azioni di riequilibrio *ex post* conducono, seppure indirettamente, agli stessi risultati allocativi a cui l'asta implicita perviene in maniera diretta; a seconda dei criteri stabiliti dal regolatore per imputare il costo dell'attività di redispacciamento, i due modelli possono dunque produrre differenti risultati redistributivi.

61 In argomento, può leggersi G. OGGIONI-Y. SMEERS, *Degree of coordination in market-coupling and counter-trading*, CORE Discussion Paper, 2010.

In considerazione del carattere spesso confliggente degli interessi di cui sono portatori i singoli regolatori nazionali, occorrerebbe, forse, anche qui, ove non risultino percorribili le vie negoziali, ammettere, senza riserve, l'esistenza del conflitto, onde risolverlo attraverso una votazione a maggioranza. La cooperazione "a tutti i costi", lungi dal produrre risultati efficienti, rischia infatti di posticipare il conflitto alla fase di applicazione delle regole, generando ancor più incertezza.

III. Il livello nazionale

III.1. Competizione nel *rulemaking*

Come noto, l'indipendenza, dal governo e dai soggetti regolati, costituisce il presupposto affinché l'AEEGSI possa adempiere a pieno al proprio mandato istituzionale⁶². L'indipendenza è, infatti, essenziale per operare in settori nei quali le principali imprese regolate si trovano ancora sotto il controllo pubblico, in modo da evitare conflitti d'interessi tra Stato "azionista" e Stato "regolatore"⁶³, nonché per garantire la stabilità delle regole e, quindi, favorire gli investimenti privati⁶⁴.

L'indipendenza di cui gode il Regolatore dell'energia non significa, tuttavia, neutralità, nel senso di «*indifferenza assoluta*»⁶⁵, di non soggezione «*ad alcun potere governativo di indirizzo, direttivo e di controllo*»⁶⁶. Ed infatti, l'AEEGSI è, per sua natura, «*riconducibile alla materia della organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali*»⁶⁷, essendo una amministrazione pubblica «*in senso stretto*» avente «*natura ontologica di pubblica amministrazione*»⁶⁸. Alla luce di ciò, la questione dei rapporti AEEGSI/MSE sembra dover essere impostata in termini di interazione e sinergia, piuttosto che di se-

62 Sul tema dell'indipendenza delle autorità cfr., di recente, M. CLARICH, *Indipendenza e autonomia delle autorità amministrative indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013; nella particolare prospettiva dell'analisi economica, si vedano, invece, G. NAPOLITANO-M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 234 ss., secondo cui le autorità darebbero luogo al "paradosso" di *agenti «istituzionalmente indipendenti dai loro principali»*, giustificabile, in una logica costi/benefici, allorché «*i vantaggi della delega possono superare i costi della deviazione amministrativa*».

63 Cfr., al riguardo, Tar Lombardia, sez. III, 10 aprile 2009, n. 3239, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 1291.

64 Su questi aspetti, cfr. la memoria dell'AEEG 429/2012/II/COM, depositata nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sulla Strategia energetica nazionale, dove si sottolinea l'importanza della regolazione indipendente «*a garanzia di certezza e stabilità delle regole e, quindi, di affidamento per gli ingenti investimenti caratterizzati da lunghi tempi di ritorno*».

65 Per A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, IV, Giuffrè, Milano, 1967, p. 253, è neutrale un'attività proveniente da un organo posto in posizione di indipendenza e che si colloca "in una posizione di estraneità e di indifferenza assoluta rispetto agli interessi al cui regolamento è diretta".

66 Così, invece, si esprime Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 11 gennaio 2012, n. 233.

67 Corte cost., 27 marzo 2009, n. 88, in *Giur. cost.*, 2009, II, p. 796. In tal senso vedasi, in generale, G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Passigli, Firenze, 1996, p. 145 ss.

68 Cons. St., sez. VI, 28 novembre 2012, n. 6014.

paratezza⁶⁹. In questa ottica, il problema che si pone non è tanto, dunque, l'«erosione»⁷⁰ o lo «svuotamento»⁷¹ delle attribuzioni dell'AEEGSI a favore del Ministero dello sviluppo economico o, più in generale, del governo⁷², quanto, piuttosto, quello degli effetti che la scoordinata distribuzione/esercizio del potere regolatorio, sia di *rulemaking* che di *enforcement*, può produrre in danno degli operatori economici. Ciò implica la necessità, nello studio dei rapporti AEEGSI/MSE, di un ampliamento di prospettiva che passa essenzialmente attraverso l'inversione dell'approccio da cui usualmente si parte, per concentrarsi più che sui soggetti e sui loro rispettivi poteri, in ossequio a ormai risalenti concezioni personalistiche dell'autorità, sulla dimensione reale e oggettiva degli effetti del potere di creazione e attuazione delle regole⁷³. Uno

69 Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra l'autorità per l'energia elettrica e il gas e il Governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 435 ss.; *Id.*, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *Riv. reg. mercati*, 2014, p. 81 ss., il quale, a partire dall'analisi del dato normativo, individua un modello dualistico di regolazione in cui Ministero per lo sviluppo economico e AEEGSI sono chiamati a coesistere e operare in sinergia. Indicazioni in tal senso emergono, del resto, dalle direttive del c.d. Terzo Pacchetto Energia, laddove si afferma l'indipendenza dei regolatori nazionali «da qualsiasi altro soggetto pubblico e privato» (così, ad esempio, l'art.35, comma 4, lett. a), direttiva 2009/72/CE) e il divieto di accettare «istruzioni dirette da alcun governo», fermi restando «gli orientamenti di politica generale elaborati dal governo». Sulla *governance*, anch'essa duale (ACER/Commissione), del sistema energetico a livello europeo può leggersi F. DONATI, *La Roadmap 2050 e la governance europea dell'Energia*, in *Riv. reg. mercati*, 2014, p. 80.

70 M. CLARICH-F. SCLAFANI, *La regolazione dei mercati energetici*, in AA.VV., *Il governo dell'energia per lo sviluppo del paese*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 277. Cfr. anche G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 99 ss.

71 F. DONATI, *La regolazione italiana nei nuovi scenari energetici*, in *Studi in onore di A. Loiodice*, 2013, vol. II, Cacucci, Firenze, p. 1442.

72 Peraltro, la previsione di cui all'art. 2, comma 14, della legge 23 agosto 2004, n. 239, che disciplina il potere sostitutivo del Governo nei confronti dell'AEEGSI, definendone condizioni, forme e termini, per quanto astrattamente in grado di offuscare il modello di regolazione indipendente delineato dalla legge 481, caratterizzato da una netta separazione di competenze AEEGSI/Esecutivo (cfr. G. NAPOLITANO, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 34 ss.), non ha trovato concreta attuazione, non essendosi mai realizzato il presupposto di detto potere, ossia l'inazione dell'Autorità nell'adottare «atti o provvedimenti di sua competenza». Più concretamente lesive dell'indipendenza del Regolatore possono apparire le previsioni, quali quelle contenute nell'art. 1 del recente d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito in legge 21 febbraio 2014, n. 9, che, con l'obiettivo di ridurre il costo dell'energia, impone, tra l'altro, all'Autorità di aggiornare «i criteri per la determinazione dei prezzi di riferimento per le forniture destinate ai clienti finali non riforniti sul mercato libero, tenendo conto delle mutazioni intervenute nell'effettivo andamento orario dei prezzi dell'energia elettrica sul mercato». Siffatte disposizioni, come rilevato dalla stessa Autorità, sembrano avere «natura prettamente regolatoria», in quanto «attengono alla definizione del quadro di regole operative volto ad attuare l'assetto generale e sistemico definito dalla normativa settoriale», con il rischio di «irrigidire il sistema cristallizzando in atti di normativa primaria soluzioni operative e meccanismi che per loro natura richiedono adattamenti dinamici (tipicamente regolatori, quindi, ndr.) in considerazione del mutevole contesto di settore e di mercato» (cfr. la memoria del 9 gennaio 2014, 1/2014/II/com depositata in occasione dell'audizione tenuta dalle Commissioni VI e X della Camera dei Deputati in merito alla conversione in legge del citato d.l. n. 145/2013, p. 3).

73 In quest'ottica, cfr. G.D. COMPORTE, *Il cittadino viandante tra insidie e trabocchetti: viaggio alla ricerca di una tutela risarcitoria praticabile*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 679 ss., il quale, a livello metodologico, si rifà all'insegnamento di Paolo Grossi, particolarmente attento al «mondo delle cose, non più esaminate come ombra del soggetto e destinazione della sua assoluta dominanza, ma valorizzate nella loro autonomia e nella loro forza incisiva» (P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 62). Per l'approccio oggettivo al potere pubblico, svincolato dalla specialità del soggetto, si vedano i fondamentali studi di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 1 ss.; *Id.*, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss.; *Id.*,

spunto in questa direzione sembra oggi rinvenibile, a livello istituzionale, nella *Strategia energetica nazionale*⁷⁴ recentemente approvata dal governo, laddove in particolare si individua, quale obiettivo prioritario, un più efficace “coordinamento orizzontale” tra Esecutivo e AEEGSI⁷⁵. Tale “coordinamento”, come si cercherà di dimostrare – induttivamente – nel prosieguo dell’indagine, può rivelarsi, in concreto, particolarmente problematico, nonché foriero di possibili minacce per la certezza del diritto. In un ideale – quasi geometrico – riparto, infatti, gli organi politici adottano le decisioni di contenuto generale, attraverso atti di indirizzo, mentre le autorità definiscono, in dettaglio, le regole tecniche più appropriate per il funzionamento dei mercati affidati alle loro cure⁷⁶. Nella pratica, però, la linearità di queste costruzioni viene sovente meno, per cui individuare la linea di demarcazione tra scelte di politica energetica e regolazione indipendente non sempre si rivela agevole, come emerge da numerosi casi di conflitto, taluni rimasti ad uno stato, per così dire, latente, altri sfociati invece in più aperti contrasti o addirittura in un contenzioso giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo. A prescindere dalle specificità di ogni singola fattispecie, alla base del conflitto v’è, in tutti questi casi, la questione dell’estensione del potere d’indirizzo dell’organo politico. In particolare, il potere del Ministero, competente nell’elaborare regole-*input* sotto forma di indirizzi, di definire, in tutto o in parte, anche la regola-*output*, ossia la regola tecnica applicabile in un determinato contesto di mercato. Quando questo accade, pare potersi dire, ricorrendo alla metafora della filiera, che il governo si “integra a valle”, invadendo la fase della filiera regolatoria in cui opera l’Autorità ed entrando, così, con essa in concorrenza. Peraltro, tale eventualità non sembra poter essere eliminata dalla legge, a livello, cioè, di norma attributiva del potere. Ed infatti, i confini del riparto di competenze governo/Autorità si snodano spesso lungo sottili crinali tecnici, per lo più sconosciuti al legislatore che, quindi, sfuggono alla sua astratta disciplina. Di conseguenza, venuta ormai meno, o comunque fortemente attenuatasi, specie nei settori ad elevato contenuto tecnico, la funzione ordinante della legge⁷⁷, un ruolo importante, di equilibratore del sistema, dovrebbe poter svolgere il principio di leale collaborazione, inteso nelle sue varie declinazioni, anche informali⁷⁸. E, tuttavia, stante anche la am-

L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, p. 6 ss. Da ultimo, su questi aspetti, cfr. A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 559 ss.

74 La *Strategia energetica nazionale* (SEN) è stata originariamente prevista dall’art. 7 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133), quale atto di indirizzo generale volto ad individuare obiettivi di breve e lungo periodo in materia energetica.

75 Cfr. il documento contenente la SEN, reperibile in www.sviluppoeconomico.gov.it, p. 121.

76 Siffatto modello di riparto è rinvenibile già nella legge n. 481/1995 la quale stabilisce che «sono fatte salve le funzioni di indirizzo del settore spettanti al governo» (art. 2, comma 14); che la regolazione dei servizi di pubblica utilità deve tenere conto «degli indirizzi di politica generale formulati dal governo» (art. 1, comma 1), il quale «nel documento di programmazione economico-finanziaria, indica all’Autorità il quadro di esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità che corrispondono agli interessi generali del Paese» (art. 2, comma 21).

77 Al riguardo, cfr., da una angolatura storica, B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 26, nonché M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 87 ss.

78 Sull’importanza, nei rapporti tra amministrazioni, del principio di leale collaborazione si sofferma, da ultimo, M. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M. RENNA-F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 123, secondo cui tale principio può essere inteso quale «espressione dinamica relazionale del buon andamento»; in giurispru-

piezza del potere di indirizzo politico governativo, accordi *ex ante*⁷⁹ sulla ripartizione del potere di creare le regole non appaiono facilmente raggiungibili. Resta, allora, quale *extrema ratio* per la risoluzione del conflitto, il ricorso alla giurisdizione che, tuttavia, per sua natura interviene *ex post* e dall'esterno, con una decisione eteronoma in grado di prolungare o addirittura accrescere l'incertezza sulle regole applicabili.

Le coordinate del conflitto AEEGSI/MSE qui delineate fanno da sfondo ad alcuni casi paradigmatici che, in una prospettiva d'analisi induttiva e "fenomenologica"⁸⁰, si esporranno di seguito: varie tipologie di conflitto, ad intensità crescente. Alcuni meramente potenziali, altri che hanno, invece, dato luogo ad una *actio finium regundorum* e all'intervento del giudice amministrativo: tutti quanti però suscettibili di ledere la certezza e l'affidamento dei privati, a loro volta, presupposto del buon funzionamento dei mercati.

a. Infrastrutture coerenti con la strategia energetica nazionale; piano decennale di sviluppo della rete di trasporto

Alcuni conflitti, rimasti per ora ad uno stato latente, potrebbero nascere dall'applicazione di norme contenute nel decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93, di recepimento delle direttive del c.d. "Terzo Pacchetto Energia". Tali disposizioni sembrano infatti delineare un riparto di competenze Esecutivo/Autorità non del tutto funzionale rispetto alle esigenze di corretto funzionamento dei mercati energetici. In tal senso può leggersi, in primo luogo, la disciplina in materia di incentivazione tariffaria delle infrastrutture «coerenti con la strategia energetica nazionale» e, in particolare, l'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 93/2011, il quale prevede che l'AEEGSI «*esercita le proprie competenze in materia tariffaria coerentemente con le finalità*» specificate in indirizzi emanati dal governo. Come rilevato in dottrina, tali indirizzi, nel caso in cui venissero formulati ad un livello di dettaglio tale da vincolare la successiva regolazione, potrebbero comprimere oltremodo il potere tariffario dell'Autorità⁸¹, che è forse il principale strumento di conformazione del mercato a disposizione del Regolatore energetico. Il caso in esame sembra dimostrare, *in vitro*, come l'equilibrio tra esigenze politico-discrezionali di programmazione energetica (infrastrutturale) e regolazione tecnica sia quanto mai delicato e sensibile, al punto che, in assenza di precise indicazioni legislative, esso è di fatto spesso rimesso al modo in cui gli attori istituzionali coinvolti percepiscono il proprio ruolo e il rispettivo spazio di intervento. È, questo, un equilibrio che, ogni volta, viene messo a nuova prova, poiché qualunque scelta di tipo programmatico deve essere, necessariamente, tradotta in concrete misure che possono, sì, anche essere contenute *in nuce* nell'atto di programmazione, ma che certo non possono essere da esso interamente e dettagliatamente sviluppate⁸². Anche per-

denza, cfr. anche Corte cost., 25 febbraio 1988, n. 214.

⁷⁹ Sugli accordi, quale presupposto di equilibri cooperativi, si veda, dalla prospettiva della teoria dei giochi, R. MYERSON, *Game Theory, Analysis of Conflict*, Harvard University Press, Cambridge, 1991, p. 244 ss.

⁸⁰ In quanto mira, secondo l'insegnamento di M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, 9; Id., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Giuffrè, Milano, 1962, 32 ss., alla «*continua aderenza ai fatti, ai dati, agli sviluppi e alle tendenze evolutive della realtà*».

⁸¹ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione delle infrastrutture energetiche tra direzione pubblica e mercato*, in *Dir. econ.*, 2012, p. 41 s.

⁸² Sui vari contenuti degli atti di programmazione energetica, si veda, in generale, N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 87 ss.

ché le autorità indipendenti non si limitano ad accertare/qualificare, rivolte al passato, fatti, atti e comportamenti, nella logica propria del sillogismo giurisdizionale, bensì, al pari delle altre amministrazioni, ponderano interessi e definiscono, quindi, innovativi effetti giuridici sostanziali, facendo dunque uso non soltanto di discrezionalità tecnica ma anche amministrativa⁸³. In questo *continuum*, pertanto, il momento della valutazione tecnico-discrezionale e quello della definizione di linee generali di *policy* sono chiamati, per forza di cose, a coesistere e, pur rimanendo distinti e separati, a coordinarsi in modo sinergico. Nella misura in cui ciò non avviene, la certezza del quadro regolatorio rischia di venire compromessa, insieme alla possibilità per gli operatori economici di pianificare la propria futura attività.

Analoga esigenza di coordinamento istituzionale sembra emergere anche con riferimento all'art. 16 del citato d.lgs. n. 93/2011, che attribuisce al MSE il compito di valutare la coerenza del piano decennale di sviluppo della rete di trasporto del gas con quello elaborato a livello comunitario, attribuendo all'AEEGSI un ruolo meramente consultivo, senza possibilità, pertanto, di richiedere modifiche al piano di sviluppo, con conseguente onere motivazionale a carico del Ministero che volesse discostarsi dalle proposte del Regolatore⁸⁴. E, tuttavia, in questo modo rischia di mancare un effettivo coordinamento tra fase di selezione delle infrastrutture da realizzare, che è scelta di pianificazione strategica di competenza governativa, e fase di definizione delle modalità di remunerazione del servizio erogato, che costituisce, invece, tipico compito del Regolatore. Tale coordinamento è, peraltro, necessario per assicurare che lo sviluppo delle infrastrutture avvenga secondo criteri di efficienza e selettività, in linea con le più evolute metodologie di regolazione tariffaria secondo cui la remunerazione deve essere correlata ad indicatori di *performance* nell'erogazione del servizio, e non solo al *quantum* di investimento effettuato. Anche in questo caso, dunque, la mancanza di coordinamento tra i compiti del Regolatore e quelli del Ministero competente potrebbe finire col pregiudicare il corretto funzionamento del mercato energetico.

b. Agevolazioni tariffarie per le imprese a forte consumo di energia

Nella recente vicenda delle agevolazioni tariffarie per le imprese a forte consumo di energia (c.d. energivori), il conflitto MSE/AEEGSI si è manifestato in maniera ancor più evidente, dando vita ad una defatigante *navette* tra Ministero e Autorità. Il punto critico era qui costituito dalla rideterminazione degli oneri generali di sistema⁸⁵, frutto della nuova definizione normativa di imprese energivore. Infatti, come si ricorderà, l'art. 39, comma 1, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134, aveva demandato ad un de-

⁸³ Cfr., *ex plurimis*, F. MERUSI-M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 178: «molte delle valutazioni delle autorità indipendenti si muovono in un ambito nel quale non è estranea una scelta che implica ponderazione comparativa di interessi, se non giudizi di valore».

⁸⁴ La scelta di attribuire al governo la verifica della coerenza del predetto piano rispetto alla SEN appare, da un lato, coerente con il ruolo, tipico dell'Esecutivo, di pianificatore del sistema infrastrutturale; dall'altro, in linea con la nostra tradizione legislativa, che è solita «*riconduurre ad atti amministrativi generali del governo questa attività*»: cfr. A. POLICE, *Il programma di adempimenti ed il piano decennale di sviluppo della rete*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 95.

⁸⁵ «Si tratta di imposizioni generali che gravano sul settore elettrico e che sono sopportate dai consumatori», così come li definisce A. COLAVECCHIO, voce *Energia elettrica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 2005, p. 283, nota 251.

creto del Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto col MSE, la definizione delle imprese a forte consumo di energia⁸⁶, mentre il successivo comma 3 aveva stabilito che fosse l'AEEGSI a rideterminare, seguendo gli indirizzi del MSE stesso, i corrispettivi a copertura degli oneri generali di sistema elettrico ed i criteri di ripartizione dei medesimi oneri a carico dei consumatori. Il meccanismo delineato dall'art. 39 si è però inceppato fin dall'inizio, dal momento cioè in cui il Ministero ha emanato i propri indirizzi. A seguito del primo atto di indirizzo ministeriale, l'Autorità ha difatti rappresentato «*l'opportunità di rivedere la materia privilegiando criteri di selettività*» nella individuazione dei beneficiari delle agevolazioni tariffarie, che avrebbe dovuto avvenire «*sulla base di altri parametri maggiormente idonei a rappresentare l'impatto dell'energia elettrica sulla competitività delle imprese*»⁸⁷. Il Ministero ha allora emanato un secondo atto di indirizzo⁸⁸, venendo in parte incontro alle osservazioni del Regolatore il quale ha, tuttavia, criticamente rilevato come «*gli indirizzi del Ministero dello sviluppo economico sono formulati con un livello di prescrizione tale da vincolare il contenuto degli atti attuativi dell'Autorità*»⁸⁹.

La descritta vicenda se, da un lato, vale a gettare nuova luce sui delicati equilibri su cui si regge il sistema di governo duale del settore energetico, dall'altro ha fatto emergere, in positivo, l'attenzione degli attori istituzionali per la certezza e l'affidamento degli operatori economici coinvolti. Proprio in quest'ottica, la delibera 340/2013/R/eel, «*al fine di garantire certezza*» sull'«*effettività*» e «*tempestività*» delle agevolazioni tariffarie, ha disposto l'efficacia retroattiva degli effetti economici di tali agevolazioni⁹⁰. Sicché, si è potuto evitare che il conflitto MSE/AEEGSI – che ha portato ad un inevitabile allungamento dei tempi di definizione della nuova disciplina – danneggiasse le imprese destinatarie dei benefici tariffari, salvaguardando le legittime aspettative dei privati, messe a repentaglio dal difettoso coordinamento istituzionale. In assenza di un simile intervento, del resto, in casi come questo, si potrebbe giungere persino ad ipotizzare un danno da difettoso coordinamento, da far valere nel giudizio amministrativo di impugnazione dell'atto di regolazione ovvero in via autonoma. La qui enucleata figura di danno muove, essenzialmente, dalla considerazione degli effetti dello scoordinato e ritardato esercizio del potere normativo sugli operatori economici, in funzione della certezza del quadro regolatorio e dell'affidamento da essi riposto in regole certe e stabili. In questa prospettiva, oggettiva, si può pertanto arrivare ad individuare una pretesa dei privati al coordinamento, ricavabile dal principio costituzionale di buon andamento⁹¹ e, corrispondentemente, un dovere di coordinamento tra le istituzioni chiamate, lungo la filiera regolatoria, a creare norme. Per questa via, lo stato di incertezza in merito, ad esempio, alle agevolazioni conseguibili potrebbe dunque produrre un danno risarcibile, confi-

86 Cfr. il d.m. 5 aprile 2013, recante «*Definizione delle imprese a forte consumo di energia*».

87 Cfr. il punto 1.16 del documento per la consultazione 329/2013/R/eel, nonché la delibera 340/2013/R/eel, *III Considerato*.

88 I richiamati atti di indirizzo sono stati adottati, rispettivamente, in data 24 aprile e 24 luglio 2013.

89 Cfr., ancora, la delibera 340/2013/R/eel, *V Considerato*.

90 Anche il MSE, nel secondo atto di indirizzo adottato, aveva, del resto, segnalato all'Autorità «l'estrema urgenza di avviare il processo di attuazione della riforma, per i noti motivi di supporto alla ripresa economica, e di fornire certezza, al Ministero ma anche agli operatori, sui tempi di avvio del nuovo sistema».

91 Cfr., in generale, G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 339.

gurabile, sia quale danno emergente, in termini di interessi e spese collegati al finanziamento ottenuto da un istituto bancario, che non sarebbe stato contratto o sarebbe stato subito estinto in caso di insussistenza del ritardo nell'ottenimento dei previsti benefici tariffari, che di lucro cessante, sotto forma di perdita di *chance* più favorevoli. L'impresa, infatti, nell'incertezza sul *quando* e sul *quantum* di una agevolazione tariffaria potrebbe anche decidere di rallentare o rinunciare alla realizzazione di determinati piani e progetti, perdendo nel frattempo possibili finanziamenti bancari.

c. Prezzo di vendita dell'energia rinnovabile

Nella continua, fisiologica, dialettica AEEGSI/MSE meritevole di particolare interesse appare un caso in cui l'Autorità per l'energia si è rivolta al giudice amministrativo per salvaguardare la propria sfera di attribuzioni. Nella fattispecie, il Regolatore ha ritenuto che con un atto di indirizzo – d.m. 24 ottobre 2005⁹² – il Ministero, oltre ad indicare un obiettivo di interesse generale costituito dall'incentivazione delle fonti d'energia rinnovabili, si fosse, di fatto, anche sostituito all'AEEGSI, definendo anche misure concrete e specifiche, quali le modalità di ritiro dell'energia, allo scopo di rendere remunerativo per il produttore il corrispettivo d'acquisto⁹³. In primo grado, il Tar del Lazio⁹⁴ ha rigettato il ricorso dell'Autorità, non ritenendo configurabili i dedotti vizi di incompetenza e di violazione del principio di legalità. Di particolare interesse appare la motivazione della decisione che prende le mosse dall'assunto per cui sussisterebbe «una sorta di sovrapposizione di competenze secondo un criterio materiale fra il Ministero e l'Autorità, descrivibile in termini di cerchi concentrici più o meno estesi, tra loro in rapporto di continenza/specialità»; sicché «per garantire un minimum di efficacia della direttiva (il D.M. 24 ottobre 2005, ndr.), questa doveva indicare la concreta condotta che dovrà essere seguita», non potendosi limitare «alla enucleazione di astratte finalità», avendo «pur sempre carattere precettivo, sebbene di varia intensità». Il Tar Lazio, a partire da una nozione piuttosto elastica di direttiva⁹⁵, giunge dunque a disegnare un criterio di riparto assolutamente non lineare, fatto di intrecci e sovrapposizioni di sfere di competenza, che potrebbe condurre, se portato alle sue logiche ed estreme conseguenze, a svuotare il Regolatore di ogni prerogativa, in contrasto con il modello di regolazione indipendente accolto nelle direttive del terzo pacchetto energia⁹⁶. Ma, al di là dei risvolti

⁹² Tale decreto imponeva all'AEEG di modificare un proprio precedente provvedimento (delibera n. 34/05); in particolare, l'art. 11, comma 5, d.m. imponeva all'Autorità di determinare il prezzo per la vendita dell'energia prodotta da fonti rinnovabili in modo tale che questo non fosse inferiore ai valori per fascia oraria individuati nella delibera n. 5/2004.

⁹³ Sul riparto MSE/AEEGSI in tema di fonti rinnovabili, cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Governo e Autorità per l'energia nella regolazione delle fonti rinnovabili*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia, Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Il Mulino, Bologna, 2013, p.53; G.F. CARTEI, *Cambiamento climatico e energia da fonti rinnovabili: una disciplina in cerca di equilibrio*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 65 s.

⁹⁴ Sez. III-ter, 2 maggio 2006, n. 3017.

⁹⁵ Il giudice amministrativo pare, infatti, accogliere una nozione di direttiva che, portata al limite, potrebbe non lasciare il minimo spazio per le valutazioni discrezionali del destinatario, mentre l'esercizio del potere di direttiva, già secondo M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, vol. I, p. 315, presuppone che i soggetti con poteri decisori siano due e che la direttiva possa essere attuata in modi diversi da parte del destinatario.

⁹⁶ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La nuova governance europea dei mercati energetici*, in AA.VV., *La regolazione dei mercati energetici nel "terzo pacchetto" comunitario*, Vita e Pensiero, Milano,

soggettivi, legati all'espansione/compressione delle rispettive sfere di attribuzioni, simili soluzioni costituiscono potenziali minacce per la certezza del diritto, come detto essenziale per ogni razionale programmazione economica⁹⁷. Essa, infatti, oltre alla stabilità delle regole, nel senso di coerenza tra normative succedentesi nel tempo, presuppone un chiaro e, per quanto possibile, definito riparto di competenze fra i soggetti chiamati a vario titolo a partecipare alla creazione normativa.

Ad ogni buon conto, la richiamata sentenza del Tar Lazio è stata riformata dal Consiglio di Stato, il quale ha piuttosto decisamente affermato che il MSE «non può esercitare un potere (di regolazione) riservato dalla legge all'Autorità»⁹⁸, ponendo così, pur nella laconicità della motivazione, un punto fermo rispetto all'incerta flessibilità del criterio di riparto emergente dalla sentenza di primo grado.

Al di là dell'esito del riferito giudizio, appare comunque evidente che, in generale e nel caso di specie in particolare, un contenzioso "interno" alla pubblica amministrazione costituisce, di per sé, una sconfitta per la certezza del diritto e la fiducia degli operatori. Viene infatti così meno l'affidamento che gli operatori devono poter riporre sulla prevedibilità e stabilità della disciplina applicabile, al fine di assumere conseguenti e consapevoli scelte e formulare piani per il futuro. Il processo, difatti, per sua natura pregiudica la possibilità degli agenti economici di adattare le proprie decisioni al flusso di conoscenze ed esperienze che scaturiscono dal mercato che, in circostanze normali, consentirebbero invece di modificare scelte e piani d'azione⁹⁹. Per le imprese il tempo processuale è inevitabilmente condizionato dall'esito del giudizio, in quanto, una volta immessi nel prisma del processo, gli interessi economici sono destinati a cristallizzarsi o, comunque, a risentire di una decisione giurisdizionale estranea alla dinamica e alla complessità dei fatti propri del mondo degli affari.

III.2. Competizione nell'enforcement

Anche la distribuzione disorganica del potere di *enforcement*, e non soltanto, come visto, di quello normativo, può creare incertezza nei mercati, come sembra emergere da alcuni recenti casi.

a) Violazione dell'obbligo di acquisto dei certificati bianchi

Il D.M. 28 dicembre 2012, all'art. 13, comma 1, affida al Gestore dei Servizi Energetici (GSE)¹⁰⁰ la "verifica" del rispetto dell'obbligo di acquisto dei c.d.

2010, p. 57 ss.; con riferimento al quadro previgente si veda, invece, D. SORACE, *Il modello di regolazione dell'energia: profili generali*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 1 ss.

97 Cfr., da ultimo, Tar Lombardia, sez. III, 14 marzo 2013, n. 681, che, con riferimento alla regolazione tariffaria dell'AEEGSI, pone l'accento sull'esigenza di «salvaguardare l'aspettativa degli operatori di programmare le proprie scelte gestionali sulla base di elementi conoscibili già nella fase iniziale dell'esercizio di riferimento».

98 Cons. St., sez. VI, 28 marzo 2008, n. 1274.

99 Cfr. G. O'DRISCOLL-M. RIZZO, *L'economia del tempo e dell'ignoranza*, trad. it. di E. Galli, Soveria Mannelli, 2002, p. 151. In simile prospettiva si veda, altresì, B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Riv. reg. mercati*, 2014, p. 27, secondo cui il mercato nel suo complesso «si adatta costantemente, possiede una memoria e impara, riflettendo costantemente le interazioni degli esseri umani che vi partecipano».

100 Il GSE è riconducibile al *genus* delle società pubbliche (in tal senso, in particolare, cfr.

certificati bianchi¹⁰¹, prevedendo che il Gestore trasmetta all'Autorità per l'energia l'esito degli accertamenti effettuati, in vista della applicazione di sanzioni¹⁰², in caso di «*conseguimento degli obblighi inferiore alle percentuali minime*»¹⁰³.

Rispetto alla precedente disciplina, in cui all'Autorità spettava il compito, sia di verificare il rispetto dell'obbligo di acquisto dei certificati, sia di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie per il mancato raggiungimento degli obiettivi di risparmio energetico¹⁰⁴, nell'attuale previsione il soggetto "verificatore" non coincide più con il soggetto chiamato ad irrogare la sanzione amministrativa. Ciò crea un evidente problema di coordinamento tra il potere di accertamento del GSE, sul mancato rispetto delle condizioni di cogenerazione, e quello sanzionatorio spettante, invece, all'Autorità. Si allunga, infatti, oltremodo la filiera dell'*enforcement* pubblico, per cui attività precedentemente ricomprese in un'unica fase (concentrata in capo all'Autorità) vengono ad essere oggi, in una sorta di *unbundling*, scorporate, con tutte le problematiche che ogni coordinamento verticale porta con sé; tanto più che qui un soggetto regolato, quale il GSE, sta "a monte" della filiera dell'*enforcement*, mentre l'Autorità di regolazione si trova relegata nella fase "a valle", in una singolare, e mai sperimentata prima, "inversione dei ruoli".

Per quanto la descritta separazione organica tra funzioni istruttorie e decisorie sembri rispondere ai principi elaborati da Corte di Giustizia europea in materia sanzionatoria¹⁰⁵, essa rischia, nondimeno, di produrre incertezza per gli attori economici sottoposti a controllo. Ed infatti, o l'Autorità rinuncia a svolgere le proprie valutazioni tecniche su quanto accertato dal GSE, limitandosi ad irrogare, sulla base di tali accertamenti, le sanzioni di cui all'art. 2, comma 20, lett. c), legge n. 481/1995; ovvero, nel caso in cui il Regolatore decidesse, invece, di porre in essere propri ulteriori accertamenti, in forza dei poteri ispettivi riconosciutigli dalla legge n. 481, e ove tali accertamenti dovessero condurre ad esiti anche solo parzialmente difformi da quelli del GSE, il provvedimento sanzionatorio potrebbe essere impugnato per contraddittorietà endo-procedimentale. Simili sanzioni, vista l'elevata probabilità di essere sottoposte

G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 161), aventi forma giuridica societaria, ma svolgenti funzioni di rilevante interesse pubblico; in generale, su queste società si veda il classico studio di C. IBBA, *Le società "legali"*, Giappichelli, Torino, 1992, nonché *recentius* G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Giappichelli, Torino, 2009; F. GOISIS, *Il regime delle società in mano pubblica verso una più sicura riconduzione al diritto privato-commerciale e alle sue logiche: l'art. 4, comma 13, d.l. n. 95/2013*, in *Riv. reg. mercati*, 2014, p. 139 ss.

101 Trattasi di titoli di efficienza energetica attestanti il conseguimento di determinati obiettivi di risparmio energetico da parte delle imprese esercenti attività di distribuzione: al riguardo, cfr. M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA), *Annuario 2006, Analisi economica e diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 103 ss.

102 Ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. c), legge n. 481/1995.

103 In particolare, l'AEEGSI "applica sanzioni per ciascun titolo mancante, ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481".

104 Cfr. art. 5, comma 2, d.m. 21 dicembre 2007; art. 7, comma 4, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 115/2008.

105 Su questa giurisprudenza, cfr. l'ampia analisi di F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 699 ss.; sul punto cfr. anche M. CLARICH-L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 367 ss.

al sindacato giurisdizionale, rischierebbero, almeno in quest'ambito, di depri-
mere la funzione dissuasiva tipica del potere sanzionatorio, volta ad «*anticipa-
re e contenere gli effetti negativi connessi alla violazione della norma prima-
ria*»¹⁰⁶. Effetti, questi, particolarmente rilevanti nei mercati regolati, dove le
sanzioni irrogate dal Regolatore di settore servono anche a trasmettere se-
gnali al mercato o ad affermare orientamenti in grado di conformare la condot-
ta degli agenti economici, con funzione di prevenzione generale e di certezza
in ordine alla liceità/illiceità di determinati comportamenti¹⁰⁷.

b) REMIT

Altra peculiare ipotesi di conflitto – e di potenziale incertezza per i mercati –
pare emergere dall'attuazione del c.d. regolamento REMIT, che contiene una
normativa organica, adattata al settore dell'energia, volta a prevenire gli abusi
di mercato e a salvaguardarne quindi l'integrità¹⁰⁸.

Le violazioni previste da tale regolamento hanno natura schiettamente
amministrativa, come sembra potersi evincere dal fatto che le contravvenzioni
ai divieti (artt. 3 e 5) o la violazione degli obblighi (art. 4) ivi previsti debbono
essere accertati e puniti esclusivamente dalle Autorità nazionali di regolazione
e dall'ACER¹⁰⁹, e non da organi giurisdizionali. La norma attualmente presen-
te nello schema di legge comunitaria contiene, tuttavia, una clausola di riserva
– «*Salvo che il fatto costituisca reato*»¹¹⁰ – che sembra tenere conto della
possibilità che il legislatore, nel dare attuazione al regolamento n. 1227/2011,
introduca nell'ordinamento nazionale anche norme di tipo penale tipizzanti gli
illeciti previsti dal REMIT¹¹¹.

In tal caso, bisognerebbe però considerare quanto previsto dall'art. 2,
comma 20, legge n. 481/1995¹¹², la quale, in linea con l'art. 24, legge n.

¹⁰⁶ E. CHELI, *Osservazioni introduttive in ordine al potere sanzionatorio delle Autorità am-
ministrative indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 330.

¹⁰⁷ Sulla valenza regolatoria delle sanzioni irrogate dalle autorità indipendenti, cfr. W. TROI-
SE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentali rispetto
alla funzione regolatoria*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 21 ss.; R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazio-
ne e potestà sanzionatoria*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 481 ss.; in particolare, sul distacco dal mo-
dello punitivo-affittivo tradizionale, in cui la scelta di sanzionare è tendenzialmente scevra da
profili di discrezionalità, può leggersi F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni
amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di dirit-
to europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2013, p. 79 ss.

¹⁰⁸ Regolamento (UE) n. 1227/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre
2011, concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso. Tale re-
golamento mira, in particolare, ad assicurare che i prezzi dell'energia all'ingrosso riflettano
un'interazione equa e concorrenziale tra domanda e offerta, vietando esplicitamente tutti quei
comportamenti dai quali possa scaturire un vantaggio individuale ai danni del mercato. A questo
scopo il REMIT tipizza tre fattispecie: il divieto d'abuso di informazioni privilegiate, o *insider tra-
ding* (art. 3); il divieto di manipolazione del mercato (art. 5); l'obbligo di pubblicità delle informa-
zioni privilegiate (art. 13).

¹⁰⁹ Del resto, l'autorità giudiziaria viene chiamata in causa dal regolamento REMIT, all'art.
13, esclusivamente per l'eventuale attuazione dei poteri di accertamento attribuiti, però, in prima
battuta, alle autorità nazionali di regolamentazione («*tramite il ricorso alle autorità giudiziarie
competenti ...*»).

¹¹⁰ Cfr. i commi 4 e 5 dell'art. 19 del disegno di legge recante disposizioni per
l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – c.d.
Legge europea 2013-bis (AC.1864).

¹¹¹ Sul rapporto tra norme penali e norme sanzionatorie amministrative, si vedano, in gene-
rale, C.E. PALIERO-A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Giuffrè, Milano,
1989, p. 409 ss.

¹¹² «*Per lo svolgimento delle proprie funzioni ciascuna Autorità ... b. irroga, salvo che il fat-*

689/1981, devolve al giudice penale la cognizione e l'eventuale sanzione delle infrazioni amministrative dal cui accertamento dipenda l'esistenza del reato. Tale previsione, escludendo in radice che AEEGSI possa procedere, in via amministrativa, per la medesima fattispecie su cui interviene il giudice rischia, dunque, di paralizzare l'azione dell'Autorità, in contrasto, peraltro, con lo spirito e la lettera della norma comunitaria che, invece, attribuisce alle autorità di regolamentazione nazionali una serie di incisivi poteri di *enforcement*.

De iure condendo, per evitare sovrapposizioni, parrebbe pertanto opportuno prevedere, in analogia con la disciplina finanziaria¹¹³, un sistema punitivo "a doppio binario" che, basato sul principio di autonomia tra accertamento penale e accertamento amministrativo, assicurerebbe la corretta attuazione della normativa comunitaria e l'efficacia dell'azione di *enforcement* amministrativo. Siffatta autonomia sul piano dell'effetto sanzionatorio, tuttavia, andrebbe temperata sulla scorta, anche qui, di quanto previsto dal testo unico finanza, con una previsione volta ad evitare una duplicazione degli effetti sanzionatori, penali e amministrativi¹¹⁴.

In conclusione, nell'ottica prescelta della certezza dei mercati, pare potersi affermare che il potenziale conflitto giudice/Autorità dovrebbe essere auspicabilmente risolto a livello normativo (mediante puntuali meta-regole), al fine di scongiurare il rischio che i poteri di *enforcement* attribuiti all'Autorità non vengano esercitati, magari per il timore di sovrapposizioni col giudice penale; ovvero che, una volta esercitati, si apra un contenzioso giurisdizionale, con il giudice amministrativo chiamato a scrutinare l'esistenza del potere in concreto, con riguardo quindi ai presupposti che ne legittimano l'esercizio.

III.3. Competizione tra poteri neutrali: AEEGSI/AGCM

Il settore dell'energia si rivela non soltanto "un banco di prova ideale per studiare i rapporti fra regolazione e concorrenza"¹¹⁵, ma anche per gettare lu-

to costituisca reato ... sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo a lire 50 milioni e non superiori nel massimo a lire 300 miliardi».

¹¹³ L'art. 187-*duodecies* della legge 18 aprile 2005, n. 62 (testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria – TUF) stabilisce, infatti, che il procedimento amministrativo di accertamento – come pure il procedimento civile di opposizione avverso il provvedimento di applicazione della sanzione amministrativa – non può essere sospeso per la pendenza del processo penale avente ad oggetto i medesimi fatti, o fatti dal cui accertamento ne dipenda la definizione.

¹¹⁴ Cfr. art. 187-*terdecies* TUF, il quale prevede che, allorquando per lo stesso fatto sia stata applicata (a carico del reo o dell'ente da cui egli dipende) una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187-*septies* TUF, l'esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato sia limitata alla parte eccedente quella già riscossa dall'autorità amministrativa. In materia è di recente intervenuta la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. II, 4 marzo 2014 – ric. 18640/10 (*Grande Stevens e altri c. Italia*), con nota di M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 1053 ss., che, muovendo dalla natura "penale" delle sanzioni inflitte della Consob, ha ritenuto il sistema punitivo italiano a "doppio binario" (penale/amministrativo), in contrasto con il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4, prot. n. 7, CEDU. L'impostazione seguita dalla Corte suggerisce che, a fronte di condotte identiche e di fattispecie volte a proteggere il medesimo bene della vita, sia il legislatore ad operare una scelta a favore del plesso punitivo penale o di quello amministrativo.

¹¹⁵ Così F. MERUSI, *Nuove problematiche nei rapporti tra regolazione e concorrenza*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 261. In tema, per più recenti svolgimenti, si vedano G. MORBIDELLI, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, vol. IV, Jovene, Napoli, 2013, p. 2210 ss.; L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice ammini-*

ce sui conflitti, sulle sovrapposizioni, o sulle problematiche di coordinamento tra autorità di regolazione settoriali, quale l'AEEGSI, e l'Autorità *antitrust*. In quest'ottica, tre appaiono le fattispecie meritevoli d'attenzione:

a. Impegni

L'istituto degli impegni *antitrust*¹¹⁶ ha, fin dalle sue prime applicazioni, evidenziato una attitudine regolatoria, che può condurre l'AGCM a svolgere, surrettiziamente, funzioni di regolazione dei mercati, anche di quelli energetici. Ciò accade soprattutto allorché venga a mancare un diretto collegamento tra la prestazione assunta con gli impegni e la condotta anticoncorrenziale contestata. In questi casi può accadere che gli impegni vengano utilizzati per risolvere preesistenti situazioni critiche, in funzione di disciplina del mercato, più che del ripristino dell'ordine violato. Prendendo spunto da un presunto illecito *antitrust*, l'AGCM potrebbe quindi affermare un potere implicito di regolazione, potenzialmente anche disarmonico rispetto alla regolazione settoriale e, dunque, produttivo di incertezza¹¹⁷. Paradigmatico, in tal senso, appare il caso di abuso A371 – *Gestione ed utilizzo della capacità di rigassificazione* – in cui, a seguito della contestazione mossa ad Eni di aver attuato una strategia escludente l'accesso all'infrastruttura di rigassificazione, finalizzata ad impedire ad altri operatori di competere nel mercato a valle dell'approvvigionamento all'ingrosso, l'AGCM, sentita l'AEEGSI, ha accolto gli impegni proposti dall'*ex incumbent* – consistenti in una procedura di cessione di gas (*gas release*) –, pur essendo *ictu oculi* evidente l'assenza di ogni legame con la contestazione configurata nell'atto di avvio del procedimento sanzionatorio.

Per quanto il paventato rischio di sovrapposizioni con la regolazione settoriale si attenui allorché l'AGCM richieda, nel corso dell'istruttoria, informazioni al regolatore di settore, utili per valutare gli impegni proposti, nondimeno, una eccessiva distanza tra condotta contestata e impegno assunto, in violazione del criterio della pertinenza, può essere foriera di incertezza per le imprese, che si trovano a subire una regolazione imprevedibile che emerge *ex abrupto* da un procedimento di tipo sanzionatorio, senza previa consultazione (*notice and comment*), a seguito di un contraddittorio ristretto. Di talché, gli altri soggetti regolati, non direttamente coinvolti nel procedimento, non dispongono, di fatto, del tempo necessario per programmare la propria attività, adeguandosi alle nuove regole.

b. Legittimazione a ricorrere antitrust

Una ulteriore ipotesi di conflitto potrebbe emergere nell'esercizio del nuovo

strativo, in G. PELLEGRINO-A. STERPA (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica*, Carocci editore, Roma, 2014, p.130 ss.

¹¹⁶ Ai sensi dell'art. 14-ter, legge n. 287/1990, le imprese che hanno commesso illeciti *antitrust* possono impegnarsi a tenere comportamenti virtuosi che, ove ritenuti idonei, consentono all'Autorità garante della concorrenza di chiudere l'istruttoria avviata nei loro confronti senza accertare l'infrazione; in proposito, cfr., *ex plurimis*, M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, in C. RABITTI BEDOGNI-P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 385 ss.; F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in F. CINTIOLI-F. DONATI (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 7 ss.

¹¹⁷ In argomento, cfr. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità ed i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 768. Un argine ai possibili eccessi della funzione regolatoria degli impegni AGCM è stato individuato, in giurisprudenza, nel criterio della pertinenza: cfr., ad esempio, da Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902, secondo cui le misure correttive proposte dalle imprese debbono essere "pertinenti" rispetto all'oggetto del procedimento e, quindi, strettamente funzionali alla soluzione del problema concorrenziale evidenziato.

potere di cui all'art. 35, comma 1, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214), che ha riconosciuto al Garante della concorrenza la legittimazione processuale straordinaria ad «*agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*»¹¹⁸, ivi comprese le autorità amministrative indipendenti e, quindi, in ipotesi, anche l'AEEGSI.

La legittimazione straordinaria dell'AGCM ha dato vita ad un ampio e raffinato dibattito sulle condizioni dell'azione e sulla natura stessa del processo amministrativo¹¹⁹. Ciò che però maggiormente interessa nella prospettiva del presente studio sono le possibili ripercussioni del potere processuale AGCM sull'attività delle altre autorità indipendenti e, in particolare, dell'Autorità per l'energia. Non si può, infatti, escludere *a priori* che l'AGCM, nell'esercizio della sua nuova funzione di controllo (processuale) dei mercati, impugni gli atti o i provvedimenti dei regolatori di settore, dagli atti generali di regolazione, ai provvedimenti di tipo individuale, sanzionatori o giustiziali¹²⁰. Atti, questi, in vario modo funzionali a dare certezza ed infondere fiducia nei mercati. Si pensi, in primo luogo, agli atti generali di natura regolamentare, volti a predeterminare regole di comportamento vincolanti e tendenzialmente stabili, a tutela dell'affidamento degli operatori¹²¹. Ovvero alle sanzioni che, come detto, non

118 La norma – rubricata “Potenziamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato” – ha introdotto nella legge 10 ottobre 1990, n. 287 un nuovo art. 21-bis, a sua volta rubricato “Poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza”.

119 Da un lato, si è sostenuto che la legittimazione a ricorrere riconosciuta all'AGCM sarebbe idonea a sollecitare interventi del giudice amministrativo finalizzati esclusivamente a garantire il superiore interesse dell'ordinamento, nella logica della pura giurisdizione oggettiva e in potenziale contrasto con l'art. 103 della Costituzione, che concepisce la giurisdizione amministrativa come strumento di tutela di “concreti e individuali interessi legittimi o diritti soggettivi” (F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in www.federalismi.it, n. 12/2012, p. 4); dall'altro, si è invece considerata la concorrenza alla stregua di un interesse diffuso di cui l'AGCM sarebbe diventata *ex lege* ente esponentiale (cfr. R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in www.giustamm.it, 2012; M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013). Invero, avendo riguardo alle numerose ipotesi di legittimazione *ex lege* previste nell'ordinamento processuale civile o negli ordinamenti sezionali, il dibattito sul nuovo art.21-bis, e sulla caratterizzazione in senso soggettivo/oggettivo del processo amministrativo, dovrebbe, però, ragionevolmente potersi stemperare, sul presupposto che «*riconoscere una impostazione squisitamente soggettiva del processo amministrativo, non significa ritenere indispensabile sempre e necessariamente la presenza di una situazione giuridica soggettiva di tipo sostanziale correlata al processo instaurato*” (così M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21-bis legge n. 287/1990*, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 3; in senso analogo, V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 370 ss.).

120 Per quanto consta, finora, l'AGCM ha proposto ricorso ai sensi dell'art. 35, d.l. n. 201/11, prevalentemente nel settore delle gare pubbliche, ove il rimedio pare destinato a trovare più estesa applicazione, come emerge anche dalla *Presentazione* del Presidente Pitruzzella alla *Relazione annuale* AGCM, 2011, p. 11.

121 La tutela dell'affidamento riposto dagli operatori economici nella certezza delle regole costituisce, tema centrale nella regolazione dei mercati, come evidenziato da E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006, p. 140: «*se il quadro regolatorio non è chiaro né prevedibile nella sua evoluzione, il livello dei rischi connessi alla realizzazione di opere infrastrutturali o all'assunzione di rilevanti impegni contrattuali può risultare eccessivo per gli operatori e (ancor più) per i loro finanziatori*». In giurisprudenza, sulla tutela dell'affidamento nei mercati energetici,

servono soltanto a garantire l'effettività della regolazione, ma anche a conformare la condotta degli operatori economici, con funzione deterrente. Infine, alle decisioni con cui le autorità, risolvendo le controversie insorte tra imprese regolate, proseguono la propria attività di regolazione¹²², anche fornendo l'interpretazione "autentica" della normativa rilevante, valida nelle future interazioni tra i regolati e, dunque, produttiva di affidamento.

Tanto premesso, la scelta del Garante della concorrenza di rimettere, in ipotesi, alla sede processuale la definizione di complesse vicende "energetiche" potrebbe porsi d'ostacolo al corretto funzionamento del mercato¹²³ e alla certezza del diritto, inficiando l'affidamento che gli operatori devono poter fare sulla prevedibilità e stabilità degli atti adottati dal Regolatore dell'energia, al fine di assumere conseguenti e consapevoli scelte e formulare piani per il futuro. Quand'anche, comunque, il Garante, magari per *self restraint* nei riguardi delle altre autorità, non dovesse mai esercitare il proprio potere di impugnativa, il mero riconoscimento della legittimazione ad agire pare, di per sé, in grado di alterare il delicato rapporto tra disciplina della concorrenza e disciplina della regolazione e tra le autorità chiamate a presidiare questi plessi normativi¹²⁴, ponendo la prima – e l'interesse pubblico alla concorrenza in capo ad essa soggettivizzato – in posizione *potiore* rispetto alle altre autorità "consorelle" cui, pure, sono intestati rilevanti poteri di regolazione pro-concorrenziale¹²⁵.

c. Pratiche commerciali scorrette

L'ipotesi di conflitto AEEGSI/AGCM forse più preoccupante, anche in ragione del rilievo dei valori coinvolti, attiene all'ambito della tutela dei consumatori nei confronti delle pratiche commerciali scorrette, laddove si pone un problema di coordinamento tra normativa generale – contenuta nel Codice del consumo¹²⁶ – e normative speciali di settore. Scopo delle presenti riflessioni non è stabilire la prevalenza di un plesso sull'altro, quanto piuttosto mettere in risalto il bisogno di certezza degli operatori economici in ordine alle condotte da ritenersi illecite e al soggetto competente a sanzionarle.

Punto di partenza per ogni ragionamento al riguardo sono le pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 11, 12, 13, 14, 15, 16 dell'11

si veda Cons. Stato, sez. II, 21 marzo 2012, n. 1683, che si sofferma, in particolare, sul rapporto tra affidamento e flessibilità normativa. Getta luce sulla contraddizione certezza/mutamento, quali "formanti di uno Stato dei nostri tempi", A. PREDIERI, *Certezza ed innovazione: la tutela dell'affidamento*, in AA.VV., *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 32.

¹²² Sul punto sia consentito rinviare a S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, p. 201 ss.

¹²³ In generale, sulla correlazione tra processo giurisdizionale e funzionamento dei mercati, cfr. E. FERRARI, *Garanzia e regolazione dei mercati di fronte al sindacato dei giudici*, in E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 345; G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 681 s.

¹²⁴ In argomento, si vedano, a fini anche stipulativi, le riflessioni di S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 11 ss.

¹²⁵ Con riferimento all'AEEGSI, cfr. art. 43, comma 5, d.lgs. n. 93/2011, ai sensi del quale l'Autorità per l'energia può «*adottare e imporre i provvedimenti opportuni, necessari e proporzionati per promuovere una concorrenza effettiva e garantire il buon funzionamento dei mercati*»; inoltre, «*[I]n funzione della promozione della concorrenza, l'Autorità può in particolare adottare misure temporanee di regolazione asimmetrica*».

¹²⁶ D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

maggio 2012 ove, in applicazione del principio di specialità, si è stabilito che, in caso di conflitto sulla competenza, l'Autorità chiamata ad intervenire è quella di settore. In seguito, l'art. 23, comma 12-*quinqüesdecies*, del d.l. n. 95/2012, ha cristallizzato in norma l'orientamento dell'Adunanza Plenaria, senza tuttavia riuscire a risolvere in modo certo e stabile le sovrapposizioni e le interferenze tra autorità in concorrenza¹²⁷. Ed infatti, la procedura d'infrazione (2013/2169) avviata nei confronti dello Stato italiano per violazione della direttiva 2005/59/CE, in materia di pratiche commerciali scorrette, ha nuovamente messo in discussione il pur insoddisfacente assetto raggiunto, sulla base dell'assunto per cui, per effetto della giurisprudenza del Consiglio di Stato, in Italia si sarebbe venuta a creare «una grave lacuna nell'applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali»¹²⁸. Per superare i rilievi mossi in sede comunitaria, l'art. 1, comma 6, d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21¹²⁹, ha quindi attribuito, «in via esclusiva», e «fermo restando il rispetto della regolazione vigente», all'AGCM la competenza ad intervenire in materia di pratiche commerciali scorrette, una volta «acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente».

Venuta dunque meno, almeno in teoria¹³⁰, la possibilità – deprecabile per

127 Tale disposizione, fissando l'importo massimo delle sanzioni irrogabili dall'AGCM per pratiche commerciali scorrette, afferma la competenza del Garante della concorrenza, «*escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati*». A parte il riferimento alla matrice comunitaria, non certo dirimente giacché, pressoché in ogni settore, la regolazione nazionale è ormai frutto del recepimento di norme comunitarie, il limite degli «aspetti regolati» non sembra poter costituire un sicuro criterio di riparto, aprendo di fatto il varco a complesse valutazioni caso per caso, sia sul versante interpretativo, che in termini di sussunzione delle fattispecie concrete di volta in volta emergenti all'interno delle norme, o dei sistemi di norme, create dai regolatori.

128 Secondo la Commissione, tale lacuna, stante anche l'applicazione analogica di quanto statuito dall'Adunanza Plenaria, ad «altri settori economici» – diversi cioè da quelli direttamente interessati dalle decisioni del giudice amministrativo (bancario e delle comunicazioni) –, riguarderebbe anche la tutela dei consumatori nei mercati energetici.

129 D'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE. Per un primo commento, cfr. S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. n. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *I Contratti*, 2014, p. 796 ss.

130 Problematico appare infatti il riferimento che l'art. 1, comma 6, d.lgs. n. 21/2014 fa all'articolo 19, comma 3, del codice del consumo («*Anche nei settori regolati ai sensi dell'articolo 19, comma 3 ...*»), il quale, analogamente all'art. 3, par. 4, della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, prevede che «*[I]n caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici*». Una simile «specificità», rispetto alla disciplina orizzontale della concorrenza, pare ad esempio rinvenibile nell'Allegato I delle direttive del c.d. Terzo pacchetto energia. Si pensi, in tal senso, alle tutele previste dalle lettere h), i) e j) che paiono costituire delle specificità, esclusive, del settore energetico (in materia di disponibilità, per il consumatore, dei dati di consumo; informazioni in merito al consumo effettivo e ai relativi costi; diritto al conguaglio dopo lo *switching* da un fornitore all'altro). Alla luce della segnata specialità della disciplina verticale energetica in materia di tutela dei consumatori, in caso di violazione delle sopracitate disposizioni, si potrebbe pertanto affermare la prevalenza della regolazione di settore sulla disciplina orizzontale della concorrenza, tale da attrarre la competenza del Regolatore energetico, cui spetta peraltro, sempre ai sensi delle direttive del Terzo pacchetto, il compito di «garantire, in collaborazione con altre autorità competenti, che le misure di tutela dei consumatori, incluse quelle indicate all'allegato I, siano effettive e applicate» (cfr. art. 37, par. 1, lett. n) e art. 41, par. 1, lett. o), rispettivamente, delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE).

la protezione dei consumatori e la certezza del diritto – di “duplici procedimenti per gli stessi fatti”¹³¹, nondimeno appare evidente che l’obbligatoria richiesta del parere rischia di paralizzare l’autorità procedente o, comunque, di indebolire la tenuta in giudizio del provvedimento sanzionatorio, nel caso in cui esso venga adottato in contrasto con il parere dell’autorità di regolazione preventivamente consultata, ove questa esprima valutazioni difformi, o anche soltanto diverse, da quelle del Garante della concorrenza o, addirittura, rivendichi a sé la competenza ad agire. In tale complicato contesto, particolarmente auspicabili appaiono, pertanto, accordi sulla competenza tra i regolatori e l’AGCM, in linea con quanto previsto dallo stesso art. 1, comma 6, d.lgs. n. 21/2014, secondo cui l’Autorità *antitrust* e le autorità di regolazione “possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze”. È questa, del resto, la via indicata dall’Adunanza Plenaria¹³² e correttamente imboccata dall’AEEGSI e dall’AGCM che, già nel 2012, hanno stipulato un protocollo-quadro¹³³ prefigurante diverse forme di cooperazione¹³⁴ da definirsi, poi, mediante più specifici, successivi, atti negoziali¹³⁵. Lo strumento più funzionale per garantire un’efficace e coordinata azione di *enforcement* appare, infatti, quello dell’accordo flessibile che non miri a individuare generali, perfetti, criteri di riparto, destinati comunque, con la loro tendenziale rigidità, a non comprendere l’incessante varietà delle pratiche scorrette. In questa logica “realistica”, pare piuttosto utile dare vita a fasi o organismi (stanze di composizione) deputati a favorire la risoluzione dei conflitti di competenza, come avvenuto nel recente protocollo tra AEEGSI ed AGCM dove a tal fine si prevede, ad esempio, la costituzione di un gruppo di lavoro congiunto¹³⁶.

Riannodando le fila dell’indagine, si osserva come il tema del mancato o difettoso coordinamento tra autorità nell’attività di repressione delle pratiche commerciali scorrette, al pari delle altre problematiche fin qui analizzate, possa essere più proficuamente affrontato, non nell’ottica soggettiva delle sfere di attribuzioni o delle relazioni istituzionali, bensì in quella degli effetti sugli ope-

131 Così le richiamate sentenze dell’Adunanza Plenaria.

132 Cfr., in tal senso, il recente disegno di legge AS n. 997 recante “Norme in materia di Autorità indipendenti”: “[L]e Autorità collaborano tra loro nelle materie di competenza concorrente, anche mediante la stipula di apposite convenzioni” (art. 10, comma 3).

133 Reperibile in www.autorita.energia.it. Sull’utilità di simili forme di collaborazione negoziale, si vedano N. MARZONA, *Collaborazione e accordo nell’amministrazione indipendente (in particolare il caso della Consob e del mercato mobiliare)*, in *Jus*, 1986, p.343; G.D. COMPORTI, *op. ult. cit.*, p. 429; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 41 ss.

134 Secondo tale protocollo d’intesa, l’AEEGSI, nell’ambito di procedimenti di propria competenza, è tenuta a segnalare all’AGCM le violazioni delle norme, nazionali e comunitarie, in materia di concorrenza e, viceversa, l’Autorità per la concorrenza dovrà segnalare al Regolatore le violazioni della normativa in materia di energia (art. 1); è, inoltre, previsto uno scambio di informazioni su questioni di comune interesse (art. 2), la possibilità di effettuare ispezioni congiunte (art. 3), nonché «ogni altra attività di collaborazione, anche informale, utile al raggiungimento delle finalità del presente accordo» (art. 1, comma 1).

135 Cfr. l’art. 6 del protocollo-quadro che rinvia ad ulteriori accordi l’individuazione di «modalità per la reciproca collaborazione nello svolgimento di specifiche funzioni e attività, eventualmente anche con riferimento a singole tipologie procedurali».

136 Cfr. l’art. 1, comma 2, lett. a) del protocollo d’intesa integrativo approvato con delibera AEEGSI 505/2014/A. Sui possibili contenuti dei protocolli d’intesa in materia di pratiche commerciali scorrette, cfr. V. CARFI, *Pratiche commerciali: il comma 1-bis dell’art. 27 del Codice del consumo*, in *Riv. reg. mercati*, 2014, p. 216.

ratori economici. Sicché il coordinamento va valutato anche in funzione della sua utilità per le imprese, nonché per la certezza e la fiducia dei mercati. Per questa via si può pertanto arrivare ad individuare, anche con riferimento all'attività di *enforcement*, una pretesa dei privati al coordinamento e, quindi, un dovere di coordinamento tra autorità indipendenti operanti in settori sovrapponibili quali, ad esempio, AEEGSI ed AGCM. In tale prospettiva, pare altresì potersi configurare una figura autonoma di danno da mancato/difettoso coordinamento, affermando la separata rilevanza, a fini risarcitori, dell'interesse procedimentale al coordinamento infrastrutturale¹³⁷. Nella specie, il danno risarcibile sarebbe quello generato dallo stato d'incertezza derivante dall'essere l'operatore economico sottoposto ad un duplice procedimento, senza conoscere l'autorità competente, almeno finché non sia stato raggiunto un accordo sulla competenza. In particolare, il danno emergente consiste qui nelle spese sopportate per le complesse attività istruttorie e difensive¹³⁸ svolte dinanzi all'autorità indipendente poi ritenuta incompetente; oppure nelle spese sostenute per interloquire con quell'autorità che, a seguito di accordo con l'autorità concorrente, ha archiviato il proprio procedimento. Tale stato di incertezza può, inoltre, configurare un lucro cessante, sotto forma di perdita di occasioni più favorevoli o di rinuncia a certi piani e attività. L'impresa potrebbe, infatti, decidere di accantonare prudenzialmente fondi, per far fronte all'esborso economico della sanzione, sottraendoli così ad altre destinazioni e investimenti, ovvero rallentare la realizzazione di determinati progetti, perdendo nel frattempo possibili finanziamenti bancari.

IV. Conclusioni

L'analisi svolta ha fatto emergere come, a differenza di quanto solitamente avviene nel mondo delle imprese, la concorrenza tra istituzioni possa produrre risultati non efficienti, ledendo la certezza e l'affidamento degli operatori economici e pregiudicando il corretto funzionamento del mercato complessivamente inteso. D'altra parte, come si è visto, la cooperazione non sempre scaturisce spontaneamente, richiedendo piuttosto una struttura di governo che in qualche modo la favorisca, nonché laboriose mediazioni, anche informali, tra i vari attori istituzionali. In questo contesto pare potersi apprezzare a pieno il valore euristico dell'AEEGSI, quale istituzione posta al centro di una fitta trama di relazioni – nazionali e sovranazionali –, ad un tempo, cooperative e competitive.

Sul piano nazionale, il *continuum* MSE/AEEGSI nella filiera regolatoria

¹³⁷ Nella specie, una pretesa al coordinamento pare potersi ricavare dal principio costituzionale di buon andamento e da una serie di disposizioni di livello primario rinvenibili nell'ordinamento settoriale dell'energia, affermantì un principio generale di collaborazione tra autorità indipendenti: cfr., ad esempio, l'art. 46 del d.lgs. n. 93/2011, il quale prevede che «l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato collaborano tra loro e si prestano reciproca assistenza» (comma 1) e che i loro rapporti «sono informati al principio della leale cooperazione e si svolgono, in particolare, mediante istruttorie congiunte, segnalazioni e scambi di informazioni» (comma 2), prevedendo anche la stipula di «appositi protocolli d'intesa» (comma 3).

¹³⁸ Si tratta, in sostanza, delle spese sostenute per assicurarsi competenze legali o altre professionalità esterne all'impresa, nonché dei costi operativi e di organizzazione aziendale necessari per sostenere i pesanti oneri di collaborazione richiesti ad esempio dai procedimenti *antitrust* o per difendersi dalle contestazioni mosse nell'avvio istruttorio.

appare (anche) costituzionalmente necessitato, per cui è prevedibile che relazioni cooperativo-competitive simili a quelle qui analizzate continueranno, fisiologicamente, a caratterizzare l'assetto istituzionale del settore energetico. Ciò non toglie che l'introduzione di un'apposita previsione costituzionale che legittimasse, al livello normativo più elevato, il ruolo delle Autorità di regolazione dei servizi pubblici, definendo in particolare i connotati essenziali dell'indipendenza dal governo¹³⁹, sarebbe comunque opportuna per ricondurre a coerenza o evitare il riprodursi di una legislazione primaria¹⁴⁰ tendente ad erodere o comprimere la funzione di regolazione indipendente generalmente riconosciuta dalle normative comunitarie in materia di servizi d'interesse economico generale¹⁴¹. A livello di legislazione ordinaria, peraltro, va segnalato come nella direzione di evitare sovrapposizioni tra indirizzo politico e regolazione tecnica si muova il recente art. 7, comma 1, lett. b), del disegno di legge AS n. 1577 che, tra i principi e criteri direttivi della delega al governo per la riorganizzazione dell'amministrazione statale, prevede la soppressione di uffici ministeriali laddove funzioni analoghe siano esercitate da autorità indipendenti¹⁴². Tale disposizione, al di là della più evidente *ratio* di efficienza organizzativa, pare in linea con le direttive di ultima generazione secondo cui «ciascun Stato membro designa un'unica autorità nazionale di regolamentazione a livello nazionale»¹⁴³ che sia «in grado di prendere decisioni su tutti gli aspetti della regolamentazione»¹⁴⁴. *De iure condendo*, una simile norma sembra poter incidere sul sistema di *governance* "strutturalmente dualistico" in cui il Ministero sembra talvolta aver assunto il ruolo di "secondo regolatore"¹⁴⁵. Per questa via, ripristinando un più corretto – e comunitariamente orientato – rapporto regola (regolazione indipendente)/eccezione (competenza ministeriale), molti dei conflitti AEEGSI/MSE potrebbero essere eliminati in radice, scongiurando il rischio di rinviare la definizione delle regole al giudice amministrativo.

Sul versante internazionale, il complesso intreccio AEEGSI – (altri) regolatori nazionali – ACER, può, invece, dare vita ad esiti non ancora del tutto prevedibili. Il ruolo spettante all'Agenzia potrebbe infatti svilupparsi secondo due linee evolutive. Sicché, ACER potrebbe assorbire, sempre più, i poteri normativi dei regolatori nazionali, lasciando a questi ultimi soprattutto la funzione di

139 Come osserva E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, in www.astrid-online.it, 2006, p. 8, nei vari tentativi di costituzionalizzazione delle autorità indipendenti è sempre mancata una adeguata definizione dell'indipendenza che, invece, richiede di essere definita sul piano costituzionale al fine di caratterizzare la «diversità di questi organismi rispetto alle amministrazioni tradizionali».

140 Si pensi soprattutto alla decretazione governativa e, in particolare, ai decreti legislative di recepimento delle direttive comunitarie.

141 Analoghe "devianze" si sono registrate in altri Stati membri, e non soltanto nel settore energetico: cfr. Corte Giustizia, sez. IV, 3 dicembre 2009, n. 424, che ha giudicato illegittima la normativa tedesca volta a sottrarre al regolatore nazionale delle telecomunicazioni il potere discrezionale di «valutare caso per caso la necessità di regolamentare un mercato in funzione della singola situazione». In tema, per più ampi svolgimenti, si veda E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, cit., p. 91 s.

142 Tale disegno di legge, di iniziativa governativa, presentato nel corso della XVII Legislatura è attualmente all'esame, in sede referente, della I Commissione permanente (Affari costituzionali) del Senato.

143 Cfr. art. 35, par. 1, direttiva 2009/72/CE e art. 39, par. 1, direttiva 2009/73/CE.

144 Si vedano i *Considerando* 34 della direttiva 2009/72/CE e 30 della direttiva 2009/73/CE.

145 Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *op. ult. cit.*, p. 90.

enforcement, ossia di applicazione/esecuzione delle regole formatesi a livello comunitario (quasi uno *ius commune* regolatorio); ovvero, potrebbe essere chiamata essenzialmente a fissare meta-regole cui le autorità nazionali dovranno conformarsi nella produzione di regole locali¹⁴⁶.

In ogni caso, tanto a livello nazionale quanto sovranazionale, il punto è come risolvere i sempre emergenti conflitti interistituzionali, considerato che, anche nell'ambito di processi che l'astratto disegno normativo prefigura come cooperativi, sono destinati a insorgere dialettiche competitive e che anche le più raffinate forme cooperative non sempre riescono a prevenire, o porre fine, al conflitto. Pertanto, piuttosto che confinare la competizione tra istituzioni nell'ambito dei comportamenti patologici e degenerativi, pare opportuno guardare alla competizione senza infingimenti, quale possibile – naturale – esito delle dinamiche istituzionali. In questa prospettiva, è comunque pur sempre essenziale individuare un metodo o un soggetto in grado di porre fine ad una dialettica altrimenti incessante, a chiusura del sistema. A tal fine, preferibili appaiono senz'altro soluzioni *endogene* (o autonome), rinvenibili, cioè, all'interno di un determinato ambito, dai soggetti direttamente coinvolti, che non sfociano dunque all'esterno, magari in una controversia giurisdizionale e in una decisione *esogena* (o eteronoma). Tra quelli presi qui in considerazione, un valido modello di risoluzione *endogena* può essere, ad esempio, costituito dal voto a maggioranza¹⁴⁷ che, per quanto idoneo ad evidenziare plasticamente, ed in modo talora lacerante, il conflitto, è però in grado di porvi fine una volta per tutte. Tra i sistemi endogeni, in quanto la decisione proviene comunque dall'autorità «*di secondo grado*», rientra anche l'«*arbitrato*»¹⁴⁸ dell'ACER, previsto dall'art. 8 del regolamento 713/2009 allorché le autorità nazionali, non riuscendo a «*raggiungere un accordo*», si rivolgano congiuntamente («*su richiesta congiunta*») all'Agenzia per dirimere questioni relative all'accesso alle infrastrutture transfrontaliere o di sicurezza operativa delle stesse¹⁴⁹.

146 Secondo S. CASSESE, *Governare gli italiani*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 159, le autorità nazionali, quali «*elemento costitutivo*» di «*autorità di secondo grado*», tendono sempre più a divenire «*esecutori rispetto al vertice che esse contribuiscono a legittimare*».

147 Nel caso, ad esempio, del Comitato dei regolatori dell'ACER, laddove, come sottolinea G. NAPOLITANO, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, in P. BILANCIA (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 196, il voto a maggioranza di due terzi per l'approvazione delle deliberazioni (cfr. art. 14, comma 3, regolamento 713/2009) può costituire un ostacolo alla effettiva «capacità decisionale» dell'Agenzia.

148 La similitudine con l'arbitrato pare accentuata dal fatto che i Regolatori «in lite» deferiscono, con una istanza congiunta, la controversia tra loro insorta ad un soggetto terzo (ACER). Si rammenta, infatti, che l'arbitrato, dal punto di vista strutturale, consiste nell'affidare la soluzione di una controversia ad un terzo nominato di comune accordo dalle parti; il giudizio dell'arbitro ha, quindi, la propria fonte in un atto di autonomia negoziale e in forza di questo si impone (sul fondamento negoziale dell'arbitrato si veda, *ex plurimis*, icasticamente, S. SATTA, *Chiose. Il ruolo della volontà nella determinazione del concreto*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, 1970, III, p. 27: «[L]e parti hanno voluto e vogliono col compromesso la composizione della lite, cioè hanno voluto e vogliono il giudizio di un terzo che non è il giudice. In questa antitesi è lo statuto dell'arbitrato»). Nondimeno, la pronuncia dell'ACER ha natura di decisione amministrativa (cfr. M. NIGRO, voce *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 812), scaturendo all'esito di un procedimento in contraddittorio che può essere definito arbitrato solo in un significato descrittivo. Per la distinzione tra «modelli arbitrali in senso proprio» e «in senso descrittivo», si veda E. CAPACCIOLI, *L'arbitrato nel diritto amministrativo. Le fonti, I*, Cedam, Padova, 1957, pp. 15, 77 s., 86 s. e, sulla sua scia, G. CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 16.

149 Ancor più incisivo è poi il metodo di cui all'art. 17, comma 5, del regolamento 714/2009

Tipico esempio di soluzione *esogena* è, invece, quella rimessa al giudice amministrativo. In questo caso, la regolazione dei mercati, anche soltanto a livello di mera *actio finium regundorum*, sfugge del tutto ai soggetti istituzionali a ciò preposti, essendo rimessa ad un terzo *sopra* di loro, diverso dai litiganti. Il principale inconveniente di simili soluzioni *ab estrinseco* pare rinvenibile nel fatto che la parentesi giudiziaria risponde, inevitabilmente, a logiche esogene, talora perturbatrici del mercato. La giurisdizione, in sé, può, quindi, risultare inadeguata al rapido evolversi dei traffici economici e degli assetti di mercato. Anche a prescindere dal problema dell'eccessiva durata del processo rispetto al ritmo veloce dell'economia¹⁵⁰, lo strumento processuale – anche il più raffinato o tecnicamente perfetto –¹⁵¹ può, infatti, non riuscire a soddisfare il bisogno di certezza degli operatori economici. Durante il tempo del processo, le azioni imprenditoriali saranno, difatti, sempre condizionate dall'esito del giudizio, dovendosi tener conto, almeno in previsione, di una decisione giurisdizionale estranea alle dinamiche economiche. Nondimeno, l'incertezza sugli effetti del giudicato può pregiudicare la possibilità delle imprese di modificare programmi e piani d'azione alla luce del flusso di conoscenze ed esperienze che scaturiscono dal mercato¹⁵², danneggiando così il proficuo svolgimento della funzione imprenditoriale e il corretto funzionamento del mercato concorrenziale.

Per evitare simili esiti, si potrebbe ipotizzare, portando all'estremo la logica della collaborazione fra istituzioni, che tutti i *rulemakers* coinvolti nella filiera regolatoria sottopongano congiuntamente ai diversi portatori di interesse un progetto di regolazione condiviso¹⁵³. In questo modo, la competizione rimarrebbe confinata nella fase *ex ante* di definizione del progetto regolatorio, senza sfociare all'esterno in destabilizzanti conflitti *ex post* produttivi di costi economici¹⁵⁴.

che, a prescindere dalla richiesta delle parti, attribuisce all'ACER il potere di decidere sull'esenzione dall'obbligo di accesso di terzi, qualora, entro sei mesi dalla domanda di esenzione, i regolatori nazionali non siano addivenuti ad un accordo.

150 Peraltro, il rito accelerato di cui all'art. 119 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo) consente oggi di contenere la durata complessiva dei due gradi di giudizio entro un arco temporale anche inferiore all'anno (cfr. G. GIOVANNINI, *Discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario 2013 del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it, 2013).

151 Quale è ormai il processo amministrativo con l'avvento del nuovo codice processuale e a seguito degli ulteriori affinamenti operati con i decreti correttivi (decreto legislativo 15 novembre 2011, n.195; decreto legislativo 14 settembre 2012, n.160) e mediante gli interventi nomofilattici dell'Adunanza Plenaria (23 marzo 2011, n.3, in *Corr. giur.*, 2011, p. 979, con nota di F.G. SCOCA, e 29 luglio 2011, n.15, in *Foro it.*, 2011, III, c. 501, con nota di A. TRAVI). Sul ruolo del giudice amministrativo, come giudice dell'interesse pubblico nell'economia, si vedano G. MORIBELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di unità d'Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 797 s.; G.NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 677 ss. Sul sempre problematico rapporto economia/giustizia amministrativa cfr. A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in G.PELLEGRINO-A.STERPA (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 45 ss., il quale sottolinea come la giurisdizione sia percepita nel mondo dell'economia come "intrinsecamente a-economica".

152 Cfr. G. O'DRISCOLL-M. RIZZO, *op. loc. ult. cit.*

153 Lo schema qui prefigurato sarebbe simile a quello introdotto negli Stati Uniti con il *Negotiated Rulemaking Act* del 1990, che, come noto, prevede la creazione di un comitato composto dai portatori degli interessi rilevanti e dai rappresentanti delle varie *Agencies* coinvolte, con la differenza che lo schema che s'immagina prevede che a far parte dell'ipotetico "comitato" siano i diversi soggetti pubblici chiamati, a vario titolo, a produrre le regole.

154 Sull'incertezza come "pesante fattore di costo economico", cfr. C. MIRABELLI, *Il rischio da*

Siamo qui alle frontiere estreme dell'indagine intrapresa, in cui la competizione si scioglie nella negoziazione. Flessibili e laboriose mediazioni necessarie quando da un modello piramidale-gerarchico-centralizzato di Stato si passa ad un "arcipelago" di poteri, oltre lo Stato nazionale¹⁵⁵. Simili negoziazioni appaiono, però, sperimentabili, già oggi, nell'arena comunitaria¹⁵⁶, dove i regolatori sono orizzontalmente equiordinati in seno al regolatore di secondo livello. All'interno degli Stati nazionali, una qualche "verticalità"¹⁵⁷, tra indirizzo politico e regolazione tecnica, pare invece destinata a rimanere, per cui appare difficilmente ipotizzabile un progetto di regolazione condiviso che logicamente dovrebbe poi dare vita ad un atto complesso in cui le volontà di MSE e AEEGSI si fonderebbero in un tutt'uno¹⁵⁸. Eppure qualche segnale nel senso della "orizzontalità" pare intravedersi nella rammentata apertura del procedimento per l'adozione della *Strategia energetica nazionale* – atto programmatico per eccellenza – agli altri attori istituzionali coinvolti, tra cui *in primis* l'Autorità per l'energia¹⁵⁹.

"diritto": il costo della incertezza ed alcune possibili economie, in AA.VV., *La certezza del diritto*, cit., p.44.

155 L'immagine, quanto mai evocativa, è mutuata da A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997, p.41. Per uno sguardo "oltre" lo Stato nazionale, vedasi invece S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Bari-Roma, 2006.

156 Cfr. S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 607 ss.

157 Sulla "metaforica della verticalità" nella rappresentazione del potere sovrano e sulla sua crisi, leggesi P. COSTA, *"In alto e al centro": immagini dell'ordine e della sovranità fra medioevo ed età moderna*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 815 ss.

158 Cfr. U. BORSI, *L'atto amministrativo complesso*, in *Studi senesi*, 1903, nonché, per una più aggiornata analisi, G.D. COMPORTI, *L'atto complesso di Umberto Borsi ed il coordinamento procedimentale: ovvero il nome e la cosa*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 275 ss.

159 Auspica, con riferimento agli *stakeholders*, l'estensione delle garanzie procedurali tipiche delle autorità indipendenti (*notice and comment*, anzitutto) ai "ministeri che operino come regolatori", E. BRUTI LIBERATI, *Governo e Autorità per l'energia nella regolazione delle fonti rinnovabili*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 54 ss.

La regolazione dei prezzi dei farmaci

di Monica Delsignore

ABSTRACT

This paper aims to propose some reflections on medicine prices, trying to consider the many factors affecting its determination. Legislation will be analyzed in order to provide an essential and simplified framework to the reader in the jungle law that characterizes, unfortunately, even this sector. The emerging system will be the object of some final considerations.

In particular, four factors must be taken into consideration as each one in a different way contributes to the formation of the final sale price of the drug. These factors are: The law governing the bargaining model of the price, with attention to activities pertaining to AIFA and its role in relations with operators in the industry and other institutional stakeholders, the reflections on the price of constraints in terms of programming of health spending, the regulations concerning drug's patent and, finally, binding rules for contracts of purchase and supply reimbursable drugs.

SOMMARIO: Premessa. – 1. La disciplina dei prezzi dei farmaci tra prezzo amministrato, sorvegliato e contrattato. – 2. Le funzioni di AIFA e il procedimento per la definizione del prezzo dei farmaci rimborsabili nel rispetto dei vincoli di spesa sanitaria. – 3. Il brevetto e i suoi riflessi sul prezzo e sulla circolazione dei farmaci nel mercato. – 4. I contratti per l'approvvigionamento nella fornitura del farmaco. – 5. Osservazioni conclusive: un mercato senza stabilità.

Premessa

Il presente lavoro mira a proporre alcune riflessioni in materia di prezzo dei farmaci, tentando di considerare i molteplici fattori che incidono ai fini della sua determinazione. La disciplina sarà analizzata sommariamente con l'obiettivo di fornire un quadro essenziale e semplificato al lettore nella giungla normativa che caratterizza, purtroppo, anche questa materia, per poi ragionare sul sistema che ne emerge.

In particolare, si ritiene che quattro siano i fattori da prendere in esame poiché, ciascuno in modo diverso, concorrono alla formazione del prezzo finale di vendita del farmaco: la disciplina di legge che regola il modello di contrattazione del prezzo, con attenzione anche all'attività di competenza di AIFA e al suo ruolo nelle relazioni con gli operatori della filiera e gli altri soggetti istituzionali interessati, i riflessi sul prezzo dei vincoli in tema di programmazione della spesa sanitaria, la disciplina in tema di brevetto del farmaco e, infine, le regole che vincolano lo Stato nella stipula dei contratti di acquisto e fornitura dei farmaci rimborsabili.

1. La disciplina dei prezzi dei farmaci tra prezzo amministrato, sorvegliato e contrattato

Il prezzo della maggior parte dei medicinali è, in sostanza, il prezzo che lo Stato paga perché il cittadino possa assumere il farmaco prescritto dal medico 1. Il consumatore, infatti, non è, di norma, in grado di effettuare scelte come avviene in altri settori, ma la sua valutazione è necessariamente mediata dall'intervento del medico 2 o del farmacista. La ricomprensione del medicinale nel prontuario farmaceutico – o, come si avrà modo di precisare, la sua classificazione quale farmaco di classe A) – esprime e dà conto dell'intervenuta valutazione quanto alla sua possibile prescrizione a carico del Servizio sanitario e alla rimborsabilità. La disciplina in materia di prestazioni farmaceutiche sin dalle sue origini non attribuisce, infatti, all'assistito la pretesa a qualunque trattamento, ma solo a quello individuato dal SSN secondo le previsioni di legge, come è stato attentamente precisato dalla dottrina 3. L'autonoma determinazione dell'individuo in ordine alla scelta del modo in cui curarsi – ovvero la piena autonomia del medico nella scelta dei protocolli terapeutici – può essere garantita soltanto in un sistema di assicurazione privata ovvero in funzione delle capacità economiche del malato, non, invece, laddove le prestazioni siano erogate a carico dello Stato, incidendo dunque sulle scelte di utilizzo e destinazione delle risorse pubbliche.

Al contempo la rimborsabilità del farmaco mette immediatamente in luce come la spesa per l'acquisto dei medicinali gravi sulle finanze pubbliche, sicché lo Stato non sia affatto indifferente al prezzo pattuito per l'acquisto ed, anzi, metta in atto ogni mezzo per ridurre i propri oneri, spingendosi talora ai limiti della legittimità.

Proprio nell'intento di razionalizzare la spesa farmaceutica già nel 1994 si abrogava l'allora vigente prontuario con la legge n. 537/94, attribuendosi alla Commissione Unica del Farmaco (CUF) il compito di collocare le specialità medicinali in un nuovo prontuario organizzato in tre classi: classe A) farmaci essenziali e per malattie croniche, completamente a carico del SSN; classe B) farmaci per patologie meno gravi con partecipazione alla spesa da parte dell'assistito 5; classe C) altri farmaci a totale carico dell'assistito. Con la stes-

1 In merito S. CASSESE-R. PARDOLESI-B. CARAVITA DI TORITTO, *La disciplina dei prezzi dei farmaci*, in *Foro amm.*, 2003, p. 3112, mettono da subito in evidenza come i poteri pubblici svolgano tre diversi ruoli in ordine ai farmaci: «a) il ruolo di regolatori, in quanto determinano, con procedure diverse, in via autoritativa o semi-autoritativa, i prezzi; b) il ruolo di acquirenti, in quanto gli organismi che fanno parte del Servizio sanitario nazionale – SSN rimborsano o acquistano farmaci; c) il ruolo di finanziatori, in quanto il Ministero dell'economia e delle finanze e le regioni provvedono al pagamento dei farmaci rimborsati o acquistati e al contenimento della relativa spesa.»

2 F. MASSIMINO, *La regolamentazione dei prezzi, la rimborsabilità e gli sconti delle specialità medicinali*, in *Sanità pubblica*, 2002, p. 751.

3 W. GASPARRI, *Somministrazione di farmaci e diritto alla tutela della salute*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1544, qui p. 1547 a commento della sentenza della Corte cost. n. 185/1998 nel noto caso Di Bella, quanto mai attuale visto il recente, e similare per molti aspetti, caso Stamina.

4 Art. 8, comma 9.

5 La classe B) è stata soppressa, a decorrere dal 1° luglio 2001, dall'art. 85 comma 1 della L. 23 dicembre 2000, n. 388, mentre è stata successivamente inserita una nuova classe C-bis) cui appartengono i farmaci non soggetti a ricetta medica con accesso alla pubblicità al pubblico (c.d. OTC acronimo di *over the counter*, sopra il banco), disponibili anche nelle parafarmacie a seguito della liberalizzazione di cui al noto decreto Bersani 4 luglio 2006, n. 223 (legge 4 agosto

sa legge 6 si introduceva altresì per i medicinali di classe A) il “regime di sorveglianza” dei prezzi, secondo le modalità e i criteri indicati dal CIPE 7 e alla stregua della verifica del non superamento del prezzo medio europeo.

In particolare, il prezzo dei farmaci di classe A era determinato con un meccanismo di c.d. *cutoff*, criterio atto a operare una selezione tra i farmaci, sulla base di un prezzo soglia all'interno di categorie di farmaci considerate sovrapponibili. Le specialità medicinali si ripartivano in categorie terapeutiche, fissandosi un prezzo soglia per ciascuna categoria 8, così eliminando le situazioni di picco con il riallineamento dei prezzi più alti.

Il modello del prezzo sorvegliato venne poi abbandonato. In base a nuovi successivi interventi del legislatore, i prezzi dei medicinali da sorvegliati sono divenuti, infatti, prezzi “contrattati” sulla base delle indicazioni dagli stessi produttori, secondo una formula, che, pur con taluni aggiustamenti, è quella attualmente esistente.

In particolare l'art. 48, comma 33, d.l. n. 269 /2003 (legge n. 326/2003) prevedeva che «... dal 1° gennaio 2004 i prezzi dei prodotti rimborsati al Servizio Sanitario Nazionale sono determinati mediante contrattazione tra Agenzia e Produttori secondo le modalità e i criteri indicati nella delibera CIPE n. 3/2001 ...». Attraverso un “processo negoziale” l'azienda farmaceutica e l'amministrazione, nella veste di un gruppo di lavoro, di nomina ministeriale, a supporto della CUF, definivano, quindi, il prezzo del farmaco, sulla base di criteri stabiliti dal CIPE e in quanto compatibili, secondo la CUF, con i vincoli di spesa farmaceutica previsti dalla già ricordata legge n. 537/1993.

Sulla necessaria oggettività e trasparenza dei criteri utilizzati nelle procedure amministrative di fissazione e modifica dei prezzi dei farmaci è intervenuta anche la disciplina comunitaria, con la direttiva 89/105/CE, cosiddetta trasparenza 9. Al fine di permettere agli operatori di verificare l'adeguatezza delle misure adottate nei diversi Stati membri nella politica della fissazione dei prezzi dei farmaci, la direttiva, ancor oggi vigente, prevede criteri oggettivi e verificabili, indipendenti dall'origine del prodotto, di modo tale che le pur diverse scelte nazionali non costituiscano restrizioni quantitative all'importazione o all'esportazione né misure di effetto equivalente sulla circolazione.

Nel caso di mancato accordo sul prezzo ad esito della contrattazione, il prodotto doveva classificarsi nella fascia C 10, ovvero di farmaco il cui prezzo è a totale carico dell'assistito. Ne risultava una negoziazione sul prezzo proclamata nel testo normativo, ma, in concreto, fortemente condizionata dalla

2006, n. 248). In tema di farmacie e distribuzione dei farmaci si permetta di rinviare agli scritti *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011, e *La proclamata liberalizzazione e le nuove questioni in tema di farmacie*, in *Il diritto nell'economia*, 2012.

6 All'art. 8 comma 12.

7 Il CIPE adottava la deliberazione 30 gennaio 1997, n. 5, poi sostituita dalla deliberazione 1° febbraio 2001, n. 3/2001.

8 Il Consiglio di Stato nella decisione, sez. III, 30 maggio 2013, n. 2942 ha ritenuto non irragionevole il criterio per la formulazione delle CTO.

9 Per alcune osservazioni sul valore della direttiva e sui suoi riflessi negli Stati membri cfr. G. GRECO, *Disciplina comunitaria dei prezzi dei farmaci*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 605. La direttiva è attualmente oggetto di un processo di revisione come si legge nella proposta Com(2012) 84 final. In particolare si evidenzia che nel considerando (9) si prevede non solo che i criteri debbano presentarsi come oggettivi e verificabili, ma che gli Stati debbano altresì offrire alle aziende interessate rimedi giuridici, anche di tipo giurisdizionale, adeguati.

10 Art. 6 delib. CIPE 1 febbraio 2001, n. 3/2001.

posizione squilibrata delle parti: l'azienda farmaceutica non poteva che proporre il prezzo derivante dall'applicazione dei criteri individuati dalla stessa amministrazione acquirente. Il mancato accordo comportava, di fatto, un diverso mercato nel quale distribuire il farmaco, posto che l'acquirente non era più il Servizio sanitario, ma il malato.

Se al modello della contrattazione del prezzo ancor oggi ci si riferisce, mutano, però, le parti della contrattazione a seguito dell'istituzione dell'Agenzia italiana del farmaco, di seguito AIFA 11. Nel 2003 – con l'art. 48, comma 33, d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326) – il legislatore riforma l'assetto dei soggetti coinvolti, con l'intento di provvedere al governo della spesa farmaceutica in un contesto di sostenibilità economica-finanziaria e competitività delle industrie produttrici. In particolare, si istituisce AIFA, agenzia ministeriale appunto, con personalità giuridica e autonomia organizzativa, patrimoniale, finanziaria e gestionale.

AIFA non solo svolge attività di consulenza tecnica al Governo, ma sostituisce sia la Direzione generale dei farmaci e dispositivi medici del Ministero della salute, nell'esercizio dei compiti e delle funzioni in tema di farmaci e loro immissione in commercio, sia la CUF e il gruppo di lavoro nella definizione del prezzo del farmaco rimborsabile.

In particolare, tra le competenze di AIFA figura, appunto, quella di contrattare i prezzi dei farmaci rimborsabili con le case produttrici, secondo le modalità indicate dal CIPE. La già ricordata deliberazione del CIPE 1 febbraio 2001, n. 3 individua criteri oggettivi per la contrattazione del prezzo, legati ai costi sostenuti, al rapporto costi efficacia, ai prezzi esteri, al fatturato dell'impresa e agli investimenti. Nella valutazione dell'efficacia e del prezzo di un farmaco AIFA si avvale, inoltre, di Commissioni interne all'Agenzia, ovvero della Commissione Tecnico Scientifica, che di fatto ha sostituito la CUF 12, e del Comitato Prezzi e Rimborsi (CPR), nonché dei dati raccolti dall'Osservatorio Nazionale sull'impiego dei medicinali (Osmed). In particolare al CPR è demandata *«l'istruzione della pratica negoziale dei prezzi dei farmaci»* sulla base delle indicazioni del CTS in tema di *«place in therapy, innovatività e regime di fornitura»* ed è il Comitato che *«approva la proposta di contratto, esito della negoziazione con il fabbricante, che definisce il prezzo, il regime di fornitura e la classe di appartenenza ai fini del rimborso»* 13.

L'attuale meccanismo di determinazione dei prezzi non muta, di fatto, da quello esistente con la CUF, posto che pur sempre si basa su di una scelta obbligata per l'impresa, che ha interesse a che il suo farmaco sia inserito nel prontuario tra i medicinali rimborsabili. Se, infatti, l'azienda ritenga il prezzo individuato da AIFA non sufficientemente remunerativo, come già in base alla contrattazione precedente con il Ministero e la CUF, l'unica alternativa resta l'inserimento del farmaco tra quelli interamente a carico dell'assistito.

Ne risulta che oggi in Italia il prezzo dei farmaci in classe A) è un prezzo concordato dall'impresa con AIFA, sulla base di criteri precisamente individuati, ma con margini di contrattazione squilibrati in favore dell'amministrazione: il

11 Un primo commento sul ruolo e sulle funzioni dell'Agenzia si legge in V. MOLASCHI, *Osservazioni sul ruolo dell'Agenzia italiana del farmaco (AIFA) nel governo della spesa farmaceutica*, in *Foro amm.*, 2006, p. 233.

12 Come prevede il regolamento istitutivo di cui alla delibera AIFA del 18 dicembre 2009, n. 27, disponibile on line sul sito www.agenziafarmaco.gov.it, che all'art. 1 nell'indicare la competenza della Commissione si riferisce alle *«funzioni già assegnate alla Commissione unica del farmaco»*.

13 In base all'art. 7 del regolamento di cui alla nota precedente.

prezzo, ancorché proposto dall'azienda è regolato dallo Stato, che non solo stabilisce i criteri rilevanti, ma, nel caso non concordi sul prezzo proposto, dispone del forte incentivo alla riduzione del prezzo derivante dalla possibile declassazione del farmaco a non rimborsabile, con una conseguente netta riduzione nel volume delle vendite per l'impresa.

Il prezzo così stabilito è, in ogni caso, un prezzo massimo per l'acquisto del farmaco, posto che al regolatore pubblico sono riconosciute ulteriori poteri per imporvi riduzioni.

Si è, infatti, ammessa nel tempo (e, invero, si pratica sino ai nostri giorni) l'imposizione di sconti obbligatori introdotti con legge dal legislatore, con interventi – come si osserverà nel prossimo paragrafo – ritenuti legittimi dalla Corte costituzionale ancora di recente 14.

Il prezzo del medicinale di fascia A) contrattato dall'impresa produttrice si ripartisce, poi, tra tutti gli altri operatori privati parte della filiera.

In particolare, fin dal 1997 15 è stato fissato con legge il margine di ricavo di ciascuno dei soggetti, stabilendosi «quote di spettanza» sul prezzo contrattato, certamente diverse, rispettivamente per le imprese farmaceutiche, per i grossisti e per i farmacisti. L'eventuale modifica delle quote dovrebbe essere rimessa, come si legge in una recente decisione della Corte costituzionale 16, «all'autonomia contrattuale dei soggetti del ciclo produttivo e distributivo attraverso convergenti manifestazioni di volontà». In realtà, il legislatore è, invece, anche di recente, intervenuto operando una redistribuzione delle quote di spettanza per i medicinali equivalenti in classe A) con il d.l. n. 39/2009 (c.d. decreto Abruzzo), convertito nella legge n. 77/2009, riducendo i guadagni delle imprese genericiste, in favore di un lieve aumento della quota dei farmacisti. Con un successivo intervento nel 2010 ancora si è inciso sulle percentuali, rideterminando le quote per i grossisti e per i farmacisti 17. Da ultimo l'art. 15 d.l. 6 luglio 2012, n. 95 18 indica un nuovo «metodo» per la remunerazione della filiera definito, con decreto del Ministero della salute di concerto con il Ministero dell'economia e finanza e di intesa con la Conferenza permanente, sulla base di «un accordo tra le associazioni di categoria maggiormente rappresentative e AIFA». In caso di mancato accordo si procede con decreto, previa intesa, sentite le Commissioni parlamentari competenti. Ad oggi, però, ancora non si è giunti all'accordo.

2. Le funzioni di AIFA e il procedimento per la definizione del prezzo dei farmaci rimborsabili nel rispetto dei vincoli di spesa sanitaria

Sul sistema appena delineato incidono fortemente i vincoli derivanti dalla

14 Nella decisione 16 dicembre 2011, n. 330.

15 All'art. 1, comma 40, legge n. 662/1996.

16 Corte cost. 16 dicembre 2011, n. 330.

17 Art. 1 comma 6, d.l. n. 78/2010 convertito con modifiche, significative anche nella determinazione finale delle quote, nella legge 20 luglio 2010, n. 122. Sulla legittimità dell'intervento del legislatore si è da ultimo pronunciato il giudice amministrativo nelle recenti sentenze del TAR Lazio Roma, sez. III *quater*, 11 agosto 2014, n. 8891 e n. 8896, che hanno respinto i ricorsi con cui due note aziende farmaceutiche impugnavano gli atti di quantificazione dello sconto obbligatorio. Le decisioni tracciano al contempo un chiaro quadro dell'evoluzione della disciplina.

18 Convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 135, in vigore dal 1° gennaio 2013.

programmazione dei tetti di spesa sanitaria, tanto che il prezzo contrattato tra impresa e AIFA spesso non rappresenta la reale somma che verrà infine corrisposta all'industria produttrice per ogni farmaco venduto.

La stessa rimborsabilità dei farmaci è, infatti, influenzata dall'attività di monitoraggio sulla quantità del consumo e della spesa farmaceutica territoriale che pure viene affidata ad AIFA attraverso OSMED.

Non solo nuovi medicinali in grado di meglio soddisfare il rapporto costo efficacia debbono essere inseriti nella c.d. lista di trasparenza al fine di ridurre l'onere finanziario in capo allo Stato, ma, in aggiunta, AIFA ha il potere di ridefinire il margine di ricavo sul prezzo dei farmaci riservato alle imprese, qualora verifichi il superamento del tetto di spesa sanitaria programmata.

AIFA contratta il prezzo del farmaco e, al contempo, vigila sul mantenimento dell'equilibrio economico relativo al tetto fissato per la spesa farmaceutica convenzionata e ospedaliera, attraverso la promozione all'impiego di farmaci equivalenti e l'applicazione del c.d. *pay back* in caso di sfioramento.

Più precisamente, l'art. 48, comma 5, lettera f), d.l. n. 269/2003, al fine di assicurare il rispetto del tetto di spesa, riconosce ad AIFA il potere di ridefinire nella misura del 60% del superamento del tetto la quota che spetta al produttore, superamento che per il restante 40% viene ripianato dalle Regioni 19; la successiva lettera f-bis) dello stesso comma riconosce, in aggiunta, ad AIFA il potere di procedere, sempre in caso di superamento del tetto, ad una temporanea riduzione del prezzo dei farmaci comunque dispensati o impiegati dal Servizio sanitario, nella misura del 60% del superamento.

Se il tetto della spesa era in principio determinato a livello nazionale indistintamente 20, il d.l. n. 159/2007 (legge 29 novembre 2007, n. 222) introduce, all'art. 5, un nuovo sistema di regolazione della spesa farmaceutica, basato sull'attribuzione da parte di AIFA a ciascuna casa farmaceutica di un *budget* annuale, calcolato sulla base dei volumi e dei prezzi degli ultimi dodici mesi per i quali sono disponibili i dati, rispettivamente per i farmaci equivalenti e per i farmaci ancora coperti da brevetto.

In caso di superamento del tetto, come si è già precisato, AIFA può procedere alla riduzione del prezzo, come avvenuto con la delibera n. 26 del 27 settembre 2006 con cui si è stabilita la necessità di adottare una misura finalizzata a ridurre del 5% il prezzo al pubblico dei medicinali dispensati o impiegati dal Servizio sanitario.

Con la Finanziaria del 2007 21 si è permesso alle aziende farmaceutiche di chiedere ad AIFA la sospensione della riduzione del 5% dei prezzi di cui alla ricordata delibera del 2006, a fronte della corresponsione da parte delle aziende alle Regioni dello stesso valore (c.d. *pay back*), con un meccanismo in grado di ripianare i maggiori costi derivanti dal raggiungimento degli obiettivi di spesa programmata. Tale meccanismo è stato nel tempo prorogato sino al 31

19 Il giudice amministrativo ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale di tale disposizione (con la decisione Cons. St., sez. III *ter*, 21 settembre 2005, n. 7240, criticata da C. PINELLI, in *Foro amm.*, 2005, p. 3234).

20 Tanto che la disciplina è stata descritta da C. PINELLI, *op. ult. cit.*, come «*palesamente basata su un compromesso politico, che riconduce in via preventiva ad una certa percentuale il concorso delle Regioni allo sfondamento del tetto di spesa programmato, e per il resto impone all'Agenzia di procedere a tentoni, alla ricerca di probabili sintomi giustificativi ("le pressioni promozionali") dell'attribuzione alle imprese produttrici degli oneri connessi allo sfondamento*».

21 Legge 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 796.

dicembre 2013²². La legge di stabilità per il 2014²³, al comma 225, dispone, infine, l'applicazione a partire dal 1 gennaio 2014 del meccanismo del *pay back* in via generale²⁴.

Il recupero dell'eventuale spesa eccedente avviene, quindi, a mezzo di un sistema di *pay back* addossato alle imprese farmaceutiche proporzionalmente allo sfondamento da queste fatto registrare.

Di recente il legislatore è anche intervenuto a ridefinire la proporzione nel ripianamento dello sfondamento della spesa farmaceutica territoriale: se in precedenza il 60% era addossato alle imprese e il restante 40% alle Regioni, attribuendosi quindi un ruolo centrale alle case farmaceutiche, oggi si sceglie, invece, di distribuire l'onere sull'intera filiera del farmaco. Il ripiano dello sfondamento è ripartito, infatti, tra aziende farmaceutiche, grossisti e farmacisti in misura proporzionale alle rispettive quote di spettanza sui prezzi dei medicinali: mentre alle aziende si applica il meccanismo di *pay back*, il ripiano a carico di farmacisti e grossisti avviene attraverso le rideterminazioni provvisorie delle rispettive quote e quindi la pratica di uno sconto sul prezzo del farmaco.

Il giudice amministrativo, da parte sua, ha sempre verificato, ancor prima dell'introduzione del meccanismo di ripianamento, ma anche successivamente nell'attuazione ad opera di AIFA delle disposizioni in tema di sconti obbligatori, la correttezza nell'applicazione dei criteri tecnici indicati dalle disposizioni di legge e dalla stessa Agenzia²⁵. Si ricordi, ad esempio, quanto stabilito nella controversia decisa con la sentenza della sez. V del Consiglio di Stato del 14 dicembre 2006, in cui il giudice afferma l'incoerenza della scelta operata da AIFA (di riduzione del prezzo di talune specialità rimborsabili in sede di aggiornamento del prontuario) rispetto all'obiettivo di riduzione del prezzo dei farmaci «che avevano determinato un aumento eccessivo e non giustificato dei consumi» e al criterio «di computare l'aumento della spesa non facendo riferimento al singolo principio attivo, ma considerandolo all'interno della categoria omogenea di appartenenza». Nel caso di specie i farmaci «scontati» avevano sì conseguito un incremento nella commercializzazione, ma appartenevano a categorie per le quali l'incremento della spesa era rimasto entro limiti ritenuti congrui.

L'operato di AIFA, quanto agli interventi legati agli incrementi nella spesa farmaceutica, è sindacato attraverso il controllo sia della fondatezza e attendibilità dei dati utilizzati, sia della logicità e ragionevolezza delle scelte di riparto degli oneri di ripiano degli aumenti²⁶. Il giudizio finale in termini di classificazione costituisce, però, espressione di puro merito scientifico, come tale riservato alla scelta dell'amministrazione salvo la manifesta contraddittorietà, irrazionalità o illogicità²⁷ e, posto che la classificazione incide sulla rimborsabilità in base a quanto già ricordato in precedenza, il sindacato in termini di ragio-

²² Con il D.P.C.M. 26 giugno 2013.

²³ Legge n. 147/2013.

²⁴ Il comma successivo prevede la compensazione tra le aziende farmaceutiche che costituiscono società partecipate.

²⁵ Cons. St., sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7454.

²⁶ Per un esempio cfr. T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 21 settembre 2005, n. 7242, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, p. 2855 con nota di A. GIUFFRIDA, *Il TAR Lazio ribadisce che gli sconti imposti dall'AIFA sui prezzi di alcuni farmaci della classe A del Prontuario Farmaceutico Nazionale sono improntati al rispetto dei principi di razionalità, di non contraddittorietà e di equità*.

²⁷ Cfr. Cons. St., sez. IV, 15 luglio 1999, n.1249 pur in relazione all'attività svolta dalla CUF, alla quale, peraltro, come già ricordato nel testo, si è sostituita AIFA.

nevolezza della scelta rappresenta una conveniente garanzia sulla fondatezza della scelta finale di AIFA. Il giudice è intervenuto anche nel caso di mancato rispetto delle garanzie procedurali al fine di garantire l'instaurarsi di un pieno contraddittorio con i produttori farmaceutici²⁸.

Il controllo della spesa farmaceutica e il rispetto dei livelli di spesa programmati dai documenti contabili di finanza pubblica mette in rilievo il difficile bilanciamento degli interessi al perseguimento della tutela della salute dei cittadini compatibilmente con il rispetto dei mezzi finanziari disponibili. La stessa Corte costituzionale precisa che il diritto alla salute, attraverso la dispensa di farmaci, è condizionato dai «*limiti oggettivi che il Legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui l'apparato dispone*»²⁹.

La legittimità di sconti obbligatori, imposti ai produttori dalla legge, è stata in passato ripetutamente contestata davanti alla Corte costituzionale in quanto in grado di incidere sulla garanzia della libertà di iniziativa economica privata e sul principio del legittimo affidamento³⁰. La Corte ha, però, ancora da ultimo³¹, confermando una posizione già argomentata in precedenti decisioni³², salvato le disposizioni, qualificando lo sconto come prestazione patrimoniale imposta legittima, in quanto sufficientemente predeterminata dalla legge, a carattere temporaneo e collegata ad esigenze di ripianamento della spesa rispetto alla programmazione precedente.

Il legislatore, sostenuto dalla giurisprudenza costituzionale, ammette quindi l'intervento del regolatore pubblico che riduce il margine di guadagno dell'impresa, così minando fortemente il legittimo affidamento dei fornitori, posto che la disposizione colpisce la singola impresa farmaceutica su un presupposto riscontrabile solo *ex post* (ovvero il superamento del tetto) e addebitato all'utile da essa concretamente percepito. Eppure altri fattori certo contribuiscono all'incremento della spesa sanitaria quali l'invecchiamento della popolazione, l'incremento del numero dei beneficiari del Servizio sanitario a causa della regolarizzazione di cittadini extra-comunitari, i dati epidemiologici, ma soprattutto le politiche sanitarie delle Regioni e la estrema differenziazione tra le stesse.

Se ne ricava, quindi, un potere di imposizione del prezzo in capo ad AIFA che è impropriamente considerato negoziale, ma, al contrario, si esprime attraverso atti generali, come il prontuario farmaceutico, o provvedimenti destinati alle singole imprese: si tratta cioè dell'esercizio di poteri, sottoposti alle

²⁸ TAR Lazio, sez. III-*quater*, 3 agosto 2011, n. 6491 T.A.R. Lazio, sez. III *quater* n. 3966/2011.

²⁹ Tra le altre si ricordi la decisione Corte cost. 28 luglio 1993, n. 355.

³⁰ Toni fortemente critici alla complessiva disciplina e dubbi quanto alla legittimità costituzionale esprimevano già S. CASSESE-R. PARDOLESI-B. CARAVITA DI TORITTO, *La disciplina dei prezzi dei farmaci*, cit.

³¹ Con la nota sentenza 3 luglio 2006, n. 279, in *Giur. cost.*, 2006, 2883, con nota di L. CASSETTI, *Lo sconto imposto ai produttori sul prezzo dei farmaci tra le misure di contenimento della spesa sanitaria: le incongruenze della "copertura" dei disavanzi regionali*. Il Consiglio di Stato (sez. III *ter*, 21 settembre 2005, n. 7240) ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale rispetto all'art. 48 comma 5 lett. f) che, al fine di assicurare il rispetto del tetto di spesa, riconosce ad AIFA il potere di ridefinire nella misura del 60% del superamento del tetto la quota che spetta al produttore, superamento che per il restante 40% viene ripianato dalle Regioni. La decisione è criticata da C. PINELLI, in *Foro amm.*, 2005, p. 3234, posto che la disposizione colpisce la singola impresa farmaceutica su un presupposto riscontrabile solo *ex post* e addebitato all'utile da essa concretamente percepito.

³² Rispettivamente Corte cost. n. 70/1960 e n. 144/1972.

garanzie proprie dell'attività amministrativa anche attraverso il vaglio giurisdizionale. Alla determinazione del prezzo finale, però, non concorre la sola Agenzia con la delibera di classificazione del farmaco: sempre più spesso, anche considerata la grave situazione di dissesto dei conti pubblici, il legislatore interviene per esigenze di contenimento della spesa, modificando il prezzo contrattato e così svalutando l'intero procedimento di contrattazione e la stabilità del suo risultato.

3. Il brevetto e i suoi riflessi sul prezzo e sulla circolazione dei farmaci nel mercato

Il prezzo dei farmaci di classe A) determinato attraverso procedimenti in capo ad AIFA è influenzato, come si accennava, dall'eventuale ingresso nel mercato di nuovi farmaci, appartenenti alla medesima classe terapeutica e contenenti lo stesso principio attivo, che debbono essere progressivamente inseriti nelle liste di trasparenza.

Ecco perché ai fini della determinazione del prezzo dei farmaci assume senz'altro rilievo l'esistenza di brevetti che tutelino il medicinale commercializzato.

A livello europeo, mentre il sistema del prezzo e del rimborso del prezzo è semplicemente coordinato dalla ricordata direttiva trasparenza, l'armonizzazione ha investito la disciplina dei brevetti e delle autorizzazioni all'immissione in commercio.

In particolare, la normativa europea³³ prevede che l'autorizzazione per l'immissione in commercio di medicinali ad uso umano rilasciata in uno Stato membro debba essere riconosciuta negli altri Stati, sulla base di una relazione di valutazione del medicinale fornita dallo stesso Stato autorizzante a richiesta dell'impresa³⁴. L'ingresso del farmaco nel mercato avviene con l'autorizzazione al commercio rilasciata per l'Italia da AIFA³⁵ o EMEA (*European Medicines Agency*), agenzia europea finanziata dalla stessa industria farmaceutica e come tale non sempre ritenuta in grado di condurre un controllo intrinseco sulle relazioni tecniche fornite dai produttori farmaceutici³⁶.

La disciplina dei brevetti persegue lo scopo della tutela del finanziamento alla ricerca, sicché l'autorizzazione all'immissione al commercio – che valuta, invece, i distinti profili della sicurezza e bontà terapeutica del farmaco – è disciplinata in via distinta, né dalla stessa condizionata. I requisiti di brevettabilità non richiedono alcuna valutazione circa il possibile utilizzo anticoncorren-

³³ Direttiva 2001/83/CE recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano.

³⁴ Sui condizionamenti al diritto nazionale che derivano da tale disciplina e sui riflessi sul provvedimento si rinvia alle attente riflessioni di S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013, in particolare p. 124 ss. Sul mutuo riconoscimento e sulle controversie che da tale sistema possono insorgere si rinvia altresì al contributo di N. BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 2008, in particolare p. 29 e L. DE LUCIA, *Autorizzazioni transnazionali e cooperazione amministrativa nell'ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, p. 759.

³⁵ In base al d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219.

³⁶ Per tali critiche si rinvia a *Regulating pharmaceuticals in Europe: striving for efficiency, equity and quality*, a cura di E. MOSSIALOS-M. MRAZEK-T. WALLEY, Berkshire, 2004.

ziale del brevetto, una volta rilasciato. L'esistenza del brevetto condiziona, però, inevitabilmente il prezzo del farmaco, posto che, scaduto il brevetto, l'utilizzo del generico permette certo di ridurre il costo finale, sicché non sono infrequenti le pratiche c.d. di brevettazione strategica³⁷, oggetto anche di una recente analisi della Commissione europea³⁸.

Il brevetto ha una durata di venti anni dalla presentazione dell'istanza. Alla scadenza del ventennio in base alla disciplina nazionale³⁹ era, in un primo tempo, possibile prolungare l'esclusiva fino a ulteriori 18 anni attraverso un certificato complementare di produzione (CCP). La disciplina europea, con il Reg. CEE n. 1768/1992, ha successivamente abrogato le norme nazionali e istituito il Certificato Protettivo Supplementare (*Supplementary Protection Certificate*, SPC), che ha le stesse finalità del CCP e l'obiettivo dell'armonizzazione della disciplina, ma prevede una durata massima dell'estensione di esclusiva notevolmente più breve, ovvero non superiore a 5 anni.

Altro limite alla commercializzazione dei farmaci alla scadenza brevettuale è la c.d. *data exclusivity* in base alla quale nessun concorrente può utilizzare per 8-10 anni i dati originali dei test effettuati dal titolare del brevetto: la preclusione all'utilizzo di tali test rinvia l'ingresso nel mercato del farmaco generico.

La procedura per ottenere l'immissione in commercio dell'equivalente risulta, infatti, abbreviata e assai meno costosa proprio perché non necessita delle prove di sperimentazione richieste per i farmaci originatori; in Italia si prevede pertanto che l'equivalente abbia un costo inferiore di almeno il 20% rispetto a quello dell'originatore.

Con l'inserimento dell'equivalente nelle c.d. liste di trasparenza non solo se ne certifica da un punto di vista scientifico l'equivalenza terapeutica, ma si stabilisce anche che il prezzo che sarà rimborsato dal SSN al cittadino sarà quello del generico, gravando la differenza, per l'acquisto del medicinale originatore sostituibile, sull'acquirente.

Così la recente scadenza coincidente di un numero particolarmente elevato di brevetti (c.d. *Patent cliff*) ha aperto la concorrenza nella fornitura sul mercato di molti generici c.d. equivalenti, ovvero con la stessa composizione qualitativa e quantitativa di sostanze attive e la stessa forma farmaceutica del medicinale di riferimento⁴⁰ e di tale fattore, come meglio si darà conto nel paragrafo successivo, occorre che l'Amministrazione tenga conto nella programmazione dei contratti di approvvigionamento dei farmaci. Proprio sul presupposto dell'equivalenza terapeutica è, inoltre, intervenuto il legislatore, ancora di recente con il decreto c.d. *spending review*⁴¹, con l'intento di valorizzare la sostituibilità tra farmaci originatori e equivalenti e di favorire il consumo dei meno costosi farmaci equivalenti.

La disciplina dei brevetti – e la regolazione estremamente pervasiva e rigida del prezzo che ne deriva – si riflette, dunque, indirettamente sul prezzo, li-

37 E. AREZZO, *Strategic patenting e diritto della concorrenza: riflessioni a margine della vicenda Ratiopharm – Pzifer*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 404.

38 Nel *Final Report – Pharmaceutical Sector Inquiry*, dell'8 luglio 2009, oltre ad individuare una serie di pratiche criticabili, la Commissione precisa il suo intendimento ad intensificare i controlli sul riassetto delle regole della concorrenza da parte delle imprese farmaceutiche.

39 Legge 19 ottobre 1991, n. 349, abrogata dal d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30.

40 Secondo quanto dispone l'art. 10, comma 5, lett. b), d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219.

41 Art. 15, comma 11 *bis*, d.l. n. 95/2012.

mitando le condizioni di accesso al mercato del generico, dando vita a condotte degli operatori potenzialmente anticoncorrenziali proprio attraverso l'impiego strategico dei diritti di proprietà industriale.

La recentissima vicenda che ha coinvolto l'industria Pfizer ne offre un chiaro esempio⁴².

Posto che la società del gruppo Pfizer produttrice del medicinale per la cura del glaucoma commercializzato sotto il marchio Xalatan aveva presentato domanda per un CCP, ovvero per un'estensione della durata del brevetto, in tutti i Paesi europei tranne che in Italia, la concorrente Ratiopharm sviluppava un prodotto generico a base dello stesso principio attivo e ne otteneva l'autorizzazione al commercio da AIFA. Solo successivamente Ratiopharm veniva a conoscenza che, attraverso una diversa e distinta procedura di brevetto divisionale presentata successivamente, Pfizer era riuscita ad ottenere anche in Italia la proroga dell'esclusiva brevettuale. Pur residuando incertezze quanto alla legittimità della condotta, corroborate dall'instaurazione di contenziosi civili e amministrativi, Ratiopharm e gli altri genericisti, stanti le diffide inoltrate da Pfizer anche ad AIFA, decidevano di attendere la scadenza per l'immissione nel mercato, posticipando così l'ingresso del farmaco di minor costo di circa 3 anni.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁴³ sanzionava la condotta di Pfizer quale abuso di posizione dominante, rigettando gli impegni proposti dall'industria farmaceutica e valutando irrilevante che il comportamento abusivo potesse essere disciplinato da altre norme, nella specie quelle appunto brevettuali, con intenti diversi, stante la sicura finalità escludente e la strumentalità della condotta di Pfizer. Il giudice amministrativo in appello⁴⁴ ha confermato il provvedimento sanzionatorio, accertato il chiaro abuso di diritto compiuto da Pfizer nello sfruttamento delle facoltà connesse alla titolarità del brevetto principale.

L'attività svolta dall'Autorità Garante, e il successivo vaglio del giudice amministrativo, hanno assicurato nel caso di specie, e fungono da garanzia per il futuro, a che le regole brevettuali non siano utilizzate in modo distorto così da comportare ingiustificati riflessi sul mercato e sul prezzo finale del farmaco.

4. I contratti per l'approvvigionamento nella fornitura del farmaco

Da ultimo, preme formulare qualche osservazione e notazione in merito alla disciplina per l'approvvigionamento dei farmaci, posto che certamente con il contratto di fornitura si determina il prezzo finale del medicinale.

In proposito è stata di recente compiuta una indagine conoscitiva dall'allora esistente Autorità di vigilanza dei contratti pubblici⁴⁵, a testimoniare il valore e la rilevanza delle forniture in questo settore.

⁴² Per alcuni primi commenti E. AREZZO, *Strategic patenting e diritto della concorrenza: riflessioni a margine della vicenda Ratiopharm – Pfizer*, cit.

⁴³ Con il provvedimento dell'11 gennaio 2012, n. 23194, in cui comminava una sanzione pecuniaria di euro 10.677.706.

⁴⁴ Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693. Diversamente il TAR Lazio, sez. I, 3 settembre 2012, n. 7467.

⁴⁵ Disponibile sul sito dell'Autorità *Indagine conoscitiva sulle gare per la fornitura di farmaci* a cura della Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture.

La fase di profonda revisione organizzativa delle politiche di acquisto di beni e servizi, nel contesto attuale di crisi e di disavanzo pubblico, ha interessato anche la spesa farmaceutica, oggetto di specifici interventi di *spending review*⁴⁶, suscitando di conseguenza un forte interesse per i risparmi ottenibili attraverso il miglioramento delle procedure di evidenza pubblica. In particolare, la previsione di sistemi di acquisizione centralizzata e dinamica attraverso centrali di acquisti pubblici è lo strumento indicato dal legislatore.

La necessità di riduzione della spesa pubblica ha altresì fornito al legislatore l'espedito per introdurre meccanismi relativi all'esecuzione del contratto che incidono profondamente sul sinallagma al di là della volontà delle parti contrattuali, ponendo seri dubbi in tema di legittimità.

In particolare, una serie di disposizioni succedutesi nel tempo⁴⁷ hanno di fatto trasformato un elenco dei prezzi di riferimento, nato per fornire la base d'asta, in un prezzario obbligatorio.

L'elenco dei prezzi sanitari era stato stilato dall'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici al fine di individuare il miglior prezzo di mercato quale possibile prezzo base nelle procedure di evidenza pubblica; il successivo intervento del legislatore ha trasformato, invece, tale indicatore da miglior prezzo a prezzo massimo. Si prevede, infatti, che nel caso di significative differenze di prezzi (almeno 20%) rispetto al prezzo di riferimento, determinato da AIFA in base al percentile dei prezzi rilevati dall'AVCP, i prezzi pattuiti nel contratto debbono essere scontati per allinearli a quelli di riferimento, pena il recesso, senza alcun onere a carico dell'ASL, controparte contrattuale.

Le previsioni hanno dato vita ad un cospicuo contenzioso davanti al giudice amministrativo⁴⁸, che ha però di fatto evitato di risolvere le complesse questioni in tema di costituzionalità della disciplina ritenendo di non avere giurisdizione sulle «*proposte di rinegoziazione*» avanzate dalle Aziende sanitarie, in quanto proprie della fase di esecuzione del contratto.

Ancora una volta il legislatore individua nel contenimento della spesa pubblica la giustificazione per una disciplina in grado di stravolgere il contemperamento degli interessi che è alla base di ogni intervento di regolazione⁴⁹ e dovrebbe quindi caratterizzare anche la scelta compiuta da AIFA nell'individuare il prezzo del medicinale.

Infine, come già si anticipava nel paragrafo precedente, nel settore degli appalti si evidenziano talune criticità legate alla imprecisa formulazione dei lotti, che talora non tengono conto dell'esistenza di brevetti in scadenza e dei relativi riflessi sulla fornitura, mettendo in luce la necessità della rinegoziazione così da ammettere anche i genericisti intervenuta la scadenza dell'esclusiva di vendita; altre volte i lotti richiedono la fornitura sia di farmaci coperti da brevetto sia di generici, così che, di fatto, ancora si escludono dalla contrattazione i produttori di generici, non in grado di fornire il medicinale oggetto di esclusiva.

Un ultimo profilo cui si ritiene, pur sinteticamente, occorra accennare è quello del ritardo nei pagamenti da parte delle Aziende sanitarie, posto che è

46 L. ARNAUDO, *Equivalenti, biosimilari e gare*, in *Merc. conc. reg.*, 2013, p. 397.

47 Si tratta dell'art. 17 del d.l. n. 98/2011 (legge n. 111/2011), dell'art. 15, comma 13, lett. b), d.l. n. 95/2012 (legge n. 135/2012) e del d.l. n. 158/2012 (legge n. 189/2012).

48 Si ricordino in merito le sentenze TAR Lazio, 2 maggio 2013, n. 4399, TAR Lazio, 2 maggio 2013, nn. 4399, 4401 e 4404, 8 maggio 2013, n. 4589, 9 maggio 2013, nn. 4599, 4600, 4602 e 4603.

49 Come precisa B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in questa *Rivista*.

chiaro che il ritardo introduce un elemento di aleatorietà nel recupero del credito da parte dell'impresa farmaceutica, certamente in grado di incidere sul prezzo per la fornitura finale del medicinale. Si ricordi, in proposito, il recente intervento con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che, negli ultimi tre anni, hanno vietato azioni esecutive nei confronti delle Aziende che abbiano predisposto piani di rientro 50.

5. Osservazioni conclusive: un mercato senza stabilità

Un buon sistema di regolazione dei prezzi deve essere trasparente, stabile e differenziato per segmento di mercato, posto che i farmaci sono destinati alla cura di patologie molto diverse tra loro.

Al sistema di regolazione italiano manca la stabilità.

Infatti, quanto alla trasparenza e all'utilizzo di criteri tecnici e scientifici al fine dell'individuazione del prezzo mi pare gli interventi di AIFA e il vaglio compiuto dal giudice amministrativo sull'esercizio del potere alla stessa AIFA attribuito abbiano portato a risultati soddisfacenti, anche se forse ancora occorre riflettere e ragionare sulla incidenza della disciplina dei brevetti e sulle distorsioni sui prezzi che possono derivarne.

Da un lato, i criteri individuati nella deliberazione CIPE e nelle indicazioni di AIFA ai fini della rimodulazione del prezzo (nella redazione del Prontuario) tengono già conto ad esempio della valutazione costo efficacia, sulla cui validità ha recentemente insistito il rapporto dell'*Office of fair trading* inglese 51.

D'altro lato, il giudice amministrativo ha sottolineato la necessità che AIFA nell'esercizio del potere di rimodulazione e sconto sul prezzo debba applicare i criteri individuati e che la mancata applicazione degli stessi sia causa della illegittimità dei provvedimenti adottati. Anche l'esistenza della direttiva europea sulla trasparenza – nonché la proposta di revisione al fine di garantire che alla previsione di criteri oggettivi si affianchi la garanzia di rimedi giurisdizionali – assicura una disciplina chiara e accessibile alle aziende farmaceutiche.

La differenziazione per segmenti di mercato pare realizzata, tra l'altro, attraverso l'introduzione, accanto al più generale contratto disciplinato per l'individuazione del prezzo dei farmaci di classe A) rimborsabili, di contratti atipici con una peculiare ripartizione e condivisione del rischio terapeutico tra AIFA e impresa produttrice per i medicinali più innovativi, con un prezzo elevato e una somministrazione nel solo ambito ospedaliero, quali ad esempio i c.d. farmaci biologici. Si tratta dei contratti di *cost-sharing*, *risk-sharing* e *payment by result or by performance* 52. Nel *cost-sharing* il contratto per la rimborsabilità del prezzo è soggetto ad uno sconto nel primo periodo utile ad identificare i soggetti per i quali il medicinale si riveli efficace e, solo per i soggetti che possano in concreto beneficiare della terapia, il prezzo pieno è corrisposto per intero all'azienda produttrice. Nel contratto di *risk sharing*, invece, nell'individuazione

50 Con la decisione 12 luglio 2013, n. 186.

51 *The pharmaceutical price regulation scheme. An OFT market study*, Office of Fair Trading, London, 2007.

52 Si rinvia a F. MASSIMINO, *I contratti per i prezzi rimborsabili delle specialità medicinali e gli accordi di prezzo e rimborso condizionato*, in *Sanità pubbl. priv.*, 2012, p. 5, in particolare p. 16 ss.

dei pazienti reattivi il prezzo è sopportato per metà dall'azienda e per metà dall'ospedale, mentre, individuati i pazienti, l'azienda riceve il prezzo pieno e restituisce all'ospedale la metà del costo sostenuto per i pazienti poi esclusi dalla terapia. Infine nel *payment by result or performance* il costo del farmaco viene sopportato interamente dal produttore ogni volta che non abbia conseguito il risultato terapeutico atteso nel periodo previsto.

Esistono, quindi, anche forme di accordi utili a favorire l'innovazione terapeutica e tutelare il diritto alla salute, ripartendo i costi di sperimentazione tra produttore e Stato.

La disciplina della regolazione dei prezzi, invece, si rivela incapace di creare stabilità, non tanto di per se stessa, ma in quanto del tutto scoordinata con le politiche di spesa sanitaria, che si ritengono inevitabilmente in grado di incidere sul sistema di regolazione e di sensibilmente modificarne gli assetti.

Per i farmaci di classe A) il prezzo contrattato con AIFA rappresenta, di fatto, il costo più alto che lo Stato è disponibile a sostenere nel limite del tetto di spesa. I vincoli generati dal tetto sulla spesa farmaceutica e la disciplina del ripianamento di tale eccedenza, insieme alle regole per la distribuzione in capo ai soggetti della filiera di tali maggiori costi, certamente incidono sul prezzo finale.

La stessa Corte costituzionale 53 nel ragionare su di una disciplina regionale in tema di erogazione dei farmaci ha ritenuto che si tratti di un settore trasversale che coinvolge sia la materia della tutela della salute, sia il coordinamento della finanza pubblica ed anche l'ordinamento civile, ove la disciplina incida sull'autonomia contrattuale dei soggetti della filiera.

Come già è stato ricordato, nell'intento di sottrarre il mercato dei farmaci agli imprevedibili interventi autoritativi di sconto e riduzione del prezzo, le più recenti riforme hanno introdotto e vanno applicando il sistema del budget⁵⁴, cercando di individuare meccanismi di compensazione della spesa eccedente all'interno della filiera, per evitare azioni coercitive e imprevedibili di taglio prezzi dei farmaci rimborsabili. In merito lo stesso *Office of fair trading* aveva sottolineato l'efficacia di un sistema di budget fisso per la spesa farmaceutica.

Il sistema dei budget, inizialmente, distingueva la spesa per le farmacie aperte al pubblico dalla spesa ospedaliera e prevedeva percentuali di ripiano rispettivamente in capo alle aziende produttrici e alla Regione. Nel 2012 il legislatore è intervenuto apportando modifiche alla ripartizione (in vigore dal 2013) e ponendo a carico delle aziende anche il ripianamento della metà dello sfioramento del tetto della spesa ospedaliera.

Dunque, un sistema, come quello del budget, che nasceva con l'intento di ovviare a sconti autoritativi viene stravolto dagli interventi del legislatore, che, almeno in questo primo periodo di applicazione, cancella di fatto la stabilità at-

53 Corte cost., 16 dicembre 2011, n. 330.

54 Come ricordato, l'art. 5 del d.l. 1 ottobre 2007, n. 159 (legge n. 222/2007) ha così previsto sia l'assegnazione di un budget aziendale per i farmaci distribuiti in farmacia, sia l'obbligo dell'azienda di ripianare l'eventuale eccesso con una percentuale che coinvolge anche farmacisti e grossisti. Per i farmaci ospedalieri interviene la Regione, che ha parimenti un budget proporzionale alla spesa sanitaria complessiva e deve recuperare eventuali sforamenti con azioni di contenimento, intervenendo non solo sul farmaco. L'art. 17 d.l. n. 98/2011 (legge n. 111/2011), in vigore dal 1° gennaio 2013, coinvolge anche le aziende nel ripiano dello sfioramento della spesa ospedaliera per i farmaci per una percentuale non superiore al 35% in proporzione al fatturato in base a regolamento ministeriale. Accanto al nuovo metodo di remunerazione si mantiene il sistema del budget annuale attribuito da AIFA e si pone a carico delle aziende farmaceutiche il 50% dell'eventuale superamento del tetto di spesa a livello nazionale.

traverso la ripetuta modifica delle percentuali di ripiano e dunque dei margini di guadagno delle aziende. In particolare, in attesa del vigore del nuovo meccanismo che prevede un accordo dei soggetti della filiera ai fini della determinazione delle quote di spettanza, il legislatore è intervenuto rideterminando i ricavi di ciascuna delle parti, rispettivamente grossisti, impresa e farmacista, così dando vita ad un nuovo contenzioso e minando quella prevedibilità delle condotte che il sistema dei budget mira a creare.

A ciò si aggiunga che altri recenti interventi del legislatore, già ricordati, incidono anche sui prezzi nei contratti già stipulati.

Se dunque, come già si è osservato, i poteri di intervento di AIFA nella rideeterminazione del prezzo risultano regolamentati e improntati a criteri scientifici, i continui interventi del legislatore ai fini di riduzione della spesa sanitaria modificano l'assetto che il regime di regolazione intende creare, così da riportare di fatto al regime del prezzo amministrato.

Ne risulta che pare quanto mai attuale quanto si leggeva in un libro non più recente ovvero che in Italia «*il controllo amministrativo dei prezzi, comprimendo la variabilità dei prezzi nel corso del ciclo di vita dei prodotti e intervenendo ex post con abbattimento dei prezzi dei prodotti già commercializzati, si traduce in una riduzione del turnover di mercato tra imprese e tra prodotti, con una compressione naturale del potenziale di diffusione dei prodotti generici*» 55.

55 F. PAMMOLLI-M. RICCABONI-N.C. SALERNO, *Il settore farmaceutico tra barriere alla concorrenza e regolazione sul lato del consumo*, in F. PAMMOLLI-C. CAMBINI-A. GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna 2007.



COMMENTI

“Razionalizzazione delle autorità indipendenti”. Tagliare le spese, ma non gli artigli!

di Fabiana Di Porto *

d.l. 24.06.2014, n. 90 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari)

Art. 22 (Razionalizzazione delle autorità indipendenti)

1. I componenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, della Commissione nazionale per le società e la borsa, dell'Autorità di regolazione dei trasporti, dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, del Garante per la protezione dei dati personali, dell'Autorità nazionale anticorruzione, della Commissione di vigilanza sui fondi pensione e della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, alla cessazione dall'incarico, non possono essere nuovamente nominati componenti di una autorità indipendente, a pena di decadenza, per un periodo pari a cinque anni.

2. Nel capo III del titolo IV della legge 28 dicembre 2005, n. 262, dopo l'articolo 29 è aggiunto il seguente: “Art. 29-bis. – (Incompatibilità per i componenti e i dirigenti della CONSOB cessati dall'incarico). – 1. I componenti degli organi di vertice e i dirigenti della Commissione nazionale per le società e la borsa, nei due anni successivi alla cessazione dell'incarico, non possono intrattenere, direttamente o indirettamente, rapporti di collaborazione, di consulenza o di impiego con i soggetti regolati né con società controllate da questi ultimi. I contratti conclusi in violazione del presente comma sono nulli. Le disposizioni del presente comma non si applicano ai dirigenti che negli ultimi due anni di servizio sono stati responsabili esclusivamente di uffici di supporto. Le disposizioni del presente articolo si applicano ai componenti degli organi di vertice e ai dirigenti della Banca d'Italia e dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni per un periodo, non superiore a due anni, stabilito con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da emanare previo parere della Banca centrale europea, che viene richiesto entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione.

3. All'articolo 2, comma 9, della legge 14 novembre 1995, n. 481, sono apportate le seguenti modificazioni:

0a) al primo periodo, la parola: “quattro” è sostituita dalla seguente: “due”;

a) dopo le parole: “i componenti” sono inserite le seguenti: “e i dirigenti”;

b) è aggiunto in fine il seguente periodo: “Le disposizioni del presente comma non si applicano ai dirigenti che negli ultimi quattro anni di servizio sono stati responsabili esclusivamente di uffici di supporto.”.

4. Le procedure concorsuali per il reclutamento di personale degli organismi di cui al comma 1 sono gestite unitariamente, previa stipula di apposite convenzioni tra gli stessi organismi, che assicurino la trasparenza e l'imparzialità delle

* Professore Associato di Diritto dell'economia, Università del Salento (fabiana.diporto@uni-salento.it).

procedure e la specificità delle professionalità di ciascun organismo. Sono nulle le procedure concorsuali avviate dopo l'entrata in vigore del presente decreto e prima della stipula delle convenzioni o poste in essere, successivamente alla predetta stipula, in violazione degli obblighi di cui al presente comma e le successive eventuali assunzioni. Restano valide le procedure concorsuali in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto.

5. A decorrere dal 1° luglio 2014, gli organismi di cui al comma 1 provvedono, nell'ambito dei propri ordinamenti, a una riduzione non inferiore al venti per cento del trattamento economico accessorio del personale dipendente, inclusi i dirigenti.

6. A decorrere dal 1° ottobre 2014, gli organismi di cui al comma 1 riducono in misura non inferiore al cinquanta per cento, rispetto a quella complessivamente sostenuta nel 2013, la spesa per incarichi di consulenza, studio e ricerca e quella per gli organi collegiali non previsti dalla legge. Gli incarichi e i contratti in corso sono rinegoziati entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto ai fine di assicurare il rispetto dei limiti di cui al periodo precedente.

7. Gli organismi di cui al comma 1 gestiscono i servizi strumentali in modo unitario, mediante la stipula di convenzioni o la costituzione di uffici comuni ad almeno due organismi. Entro il 31 dicembre 2014, i predetti organismi provvedono ai sensi del primo periodo per almeno tre dei seguenti servizi: affari generali, servizi finanziari e contabili, acquisti e appalti, amministrazione del personale, gestione del patrimonio, servizi tecnici e logistici, sistemi informativi ed informatici. Dall'applicazione del presente comma devono derivare, entro l'anno 2015, risparmi complessivi pari ad almeno il dieci per cento della spesa complessiva sostenuta dagli stessi organismi per i medesimi servizi nell'anno 2013.

8. Alla legge 27 dicembre 2006, n. 296 sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 1, comma 449, al secondo periodo, dopo le parole "e successive modificazioni," sono aggiunte le seguenti: "nonché le autorità indipendenti,";

b) all'articolo 1, comma 450, al secondo periodo, dopo le parole: "le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165," sono aggiunte le seguenti: "nonché le autorità indipendenti.".

9. Gli organismi di cui al comma 1 gestiscono i propri servizi logistici in modo da rispettare i seguenti criteri:

a) sede in edificio di proprietà pubblica o in uso gratuito, salve le spese di funzionamento, o in locazione a condizioni più favorevoli rispetto a quelle degli edifici demaniali disponibili;

b) concentrazione degli uffici nella sede principale, salvo che per oggettive esigenze di diversa collocazione in relazione alle specifiche funzioni di singoli uffici;

c) esclusione di locali adibiti ad abitazione o foresteria per i componenti e il personale;

d) spesa complessiva per sedi secondarie, rappresentanza, trasferte e missioni non superiore al 20 per cento della spesa complessiva;

e) presenza effettiva del personale nella sede principale non inferiore al 70 per cento del totale su base annuale, tranne che per la Commissione nazionale per le società e la borsa;

f) spesa complessiva per incarichi di consulenza, studio e ricerca non superiore al 2 per cento della spesa complessiva.

9-bis. Gli organismi di cui al comma 1 assicurano il rispetto dei criteri di cui allo stesso comma 1 entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e ne danno conto nelle successive relazioni annuali, che sono trasmesse anche alla Corte dei conti. Nell'ipotesi di violazione di uno dei criteri di cui alle lettere a), b) e c) del comma 9, entro l'anno solare successivo a quello della violazione il Ministero dell'economia e delle finanze, tra-

mite l'Agenzia del demanio, individua uno o più edifici di proprietà pubblica da adibire a sede, eventualmente comune, delle relative autorità. L'organismo interessato trasferisce i propri uffici nei sei mesi successivi all'individuazione. Nell'ipotesi di violazione di uno dei criteri di cui alle lettere d), e) e f) del citato comma 9, l'organismo interessato trasferisce al Ministero dell'economia e delle finanze una somma corrispondente all'entità dello scostamento o della maggiore spesa, che rimane acquisita all'erario.

10. L'articolo 2, comma 3, della legge 14 novembre 1995, n. 481, è abrogato.

[11. A decorrere dal 1° ottobre 2014, la sede dell'autorità di cui all'articolo 37 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 è individuata ai sensi del comma 9. A decorrere dalla medesima data, il comma 1, secondo periodo, dell'articolo 37 del citato decreto-legge n. 201 del 2011 è soppresso.]

[12. All'allegato 1 (Codice del processo amministrativo) del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, l'articolo 14, comma 2, è abrogato.]

13. Dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, l'articolo 23, comma 1, lettera e), del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, come convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, è soppresso.

14. Al decreto-legge 8 aprile 1974, n. 95, come convertito dalla legge 7 giugno 1974, n. 216, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 1, nono comma, è inserito, prima delle parole "I predetti regolamenti", il seguente periodo: "Le deliberazioni della Commissione concernenti i regolamenti di cui ai precedenti commi sono adottate con non meno di quattro voti favorevoli.";

b) all'articolo 2, quarto comma, terzo periodo, le parole "dalla Commissione" sono sostituite dalle seguenti: "con non meno di quattro voti favorevoli.";

c) all'articolo 2, quarto comma, quarto periodo, dopo le parole "su proposta del Presidente" sono inserite le seguenti: "e con non meno di quattro voti favorevoli.";

d) all'articolo 2, ottavo comma, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Le relative deliberazioni sono adottate con non meno di quattro voti favorevoli.".

15. Ai maggiori oneri di cui al comma 13, pari a 480.000 euro annui, si fa fronte nell'ambito del bilancio della Consob che a tal fine effettua corrispondenti risparmi di spesa, ulteriori rispetto a quelli previsti a legislazione vigente, senza incrementare il contributo a carico dei soggetti vigilati.

16. Le disposizioni di cui al comma 14 si applicano dalla data di nomina dell'ultimo dei cinque componenti della Consob.

SOMMARIO: Premessa. – 1. Divieto di nomina *cross-authority* (comma 1). – 2. Il quadro (composito) delle cc.dd. incompatibilità successive (commi 2 e 3). – 3. Razionalizzazione del reclutamento del personale delle autorità indipendenti (comma 4). – 4. Riduzione e razionalizzazione di altre spese: due criteri per un solo obiettivo (commi 5-8, 9 lett. d) ed f) e 9-bis). – 5. La *querelle des sièges*. – 6. Il numero dei componenti della Consob: una disposizione in controtendenza? (comma 13). – 7. Conclusioni.

Premessa

La logica di riduzione della spesa pubblica informa oramai un crescente novero di disposizioni dettate in materia di autorità indipendenti e non solo¹.

¹ M. DE BENEDETTO, *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*, in M. D'Alberti e A. Pajno (a cura di) *Arbitri dei mercati*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 173 ss. ricorda (p. 175) come

Almeno dalla legge finanziaria 2002² e poi, più incisivamente, da quella per il 2006³, che ha esteso il ricorso all'auto-finanziamento per questi organismi⁴, la parola d'ordine è risparmio. Con questo mantra si è intervenuti, ad es., col d.l. n. 201/2011⁵, il cui art. 23 reca il rivelatorio titolo «Riduzione dei costi di funzionamento delle Autorità di Governo, del CNEL, delle Autorità indipendenti e delle Province», oltre che con il cd. decreto *spending review* n. 95/2012⁶ e si interviene nuovamente, da ultimo, con l'art. 22 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in legge n. 114⁷.

L'obiettivo, in periodi di crisi, è encomiabile. Meno lo è il risultato finale, ove il fine di *spending review* fa riscrivere norme delicate relative, tra l'altro, alla indipendenza delle autorità. È il metodo impiegato (il solito decreto-legge) che mal si attaglia allo scopo dichiarato di «razionalizzazione delle autorità indipendenti», a meno di voler intendere il fine come limitato al suo etimo latino (*ratio* = calcolo). Non può, infatti, sottacersi la irritualità insita nell'intervenire sulle autorità indipendenti mediante un atto legislativo di fonte governativa. Ma stupiscono anche la poca chiarezza, non nuova, del *drafting* delle disposizioni e soprattutto la mancanza di solidi dati sull'impatto economico che dall'applicazione di queste norme può derivare.

In un'ottica più ampia, l'intervento del legislatore ha l'indubbio pregio di tentare di enucleare un *corpus* di disposizioni (ancorché limitate all'organizzazione) «comune» ad autorità indipendenti affatto diverse; la qual cosa rappresenta un esercizio, questo sì, di razionalizzazione, prezioso per i fautori di una legge-quadro di riordino delle stesse⁸. Nondimeno, proprio questo limitato *focus* finisce con l'essere preponderante, licenziando un testo che mostra po-

già dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso si sia «andata consolidando una tendenza ad affrontare il tema dell'organizzazione amministrativa prevalentemente nella prospettiva del contenimento della spesa pubblica».

2 Cfr. legge 28 dicembre 2001, n. 448, recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)* (in G.U. 29 dicembre 2001, n. 301 – S.O. n. 285), spec. art. 28.

3 Legge 23 dicembre 2005, n. 266, recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006)* (in G.U. 29 dicembre 2005, n. 302 – S.O. n. 211), art. 1, commi 65 ss.

4 Cfr. G. NAPOLITANO, *L'autofinanziamento delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 260 ss.

5 D.l. 6 dicembre 2011, n. 201, recante *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*, (in G.U. 6 dicembre 2011, n. 284 – S.O. n. 251), conv. con modif. in legge 22 dicembre 2011, n. 214 (in G.U. 27 dicembre 2011, n. 300 – S.O. n. 276).

6 Cfr. ad es., gli artt. 3, 5 e 8 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, recante *Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini* (in G.U. 6 luglio 2012, n. 156 – S.O. n. 141) conv. con modif. in legge 7 agosto 2012, n. 135 (in G.U. 14 agosto 2012, n. 189 – S.O. n. 173), su cui si vedano: A. FERRUTI, *Gli effetti della cd. "spending review 2" sugli immobili locati o utilizzati dalle pubbliche amministrazioni. Prime osservazioni*, in *Appalti e Contratti*, 12/2012, p. 24; oltre ai contributi di commento raccolti in *Giornale di diritto amministrativo* n. 12/2012, di L. FIORENTINO (p. 1161), G. MAZZANTINI (p. 1163) e C. LACAVA (p. 1172).

7 D.l. 24 giugno 2014, n. 90, recante *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari* (in G.U. 24 giugno 2014, n. 144), conv. con modif. nella legge 11 agosto 2014 n. 114 (in G.U. 18 agosto 2014, n. 190).

8 Da più parti si rammenta come il tentativo di razionalizzare le autorità indipendenti, al fine di omogeneizzarne la disciplina, almeno nei tratti essenziali e generali, non sia nuova nel panorama legislativo degli ultimi anni: F. CARINGELLA-M. GIUSTINIANI-O. TORELLO, *La riforma Renzi della Pubblica Amministrazione*, Roma, Dike, 2014, 18. Sui numerosi disegni di riforma delle autorità amministrative indipendenti susseguiti dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso ad oggi, cfr. A. PAJNO, *Quali prospettive per le autorità indipendenti?*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 417.

ca chiarezza rispetto all'orientamento (pro o anti-) mercato e una limitata sensibilità nei confronti delle libertà e dei diritti alla cui cura queste autorità sono preposte.

In queste note si analizza la nuova disciplina recata dall'art. 22 del d.l. n. 90/2014, evidenziando i vantaggi, in termini di rafforzamento dell'indipendenza, delle norme in materia di divieto di nomine *cross-authority* (par. 1) e di incompatibilità successive (par. 2), pur senza omettere talune criticità. Quindi (parr. 3 e 4), ci si sofferma sul complesso di disposizioni che incidono in modo sostanziale (e non sempre ottimale) sull'autonomia organizzativa e finanziaria delle autorità, e che sono tese a razionalizzarne e ridurre talune spese. Il par. 5 è invece dedicato ad un altro aspetto, pure di impatto sull'organizzazione delle autorità, che riguarda, rievocandola, la "querelle des sièges" di comunitaria memoria. Infine, si dedicherà spazio ad una norma che appare in controtendenza rispetto all'obiettivo del contenimento della spesa pubblica, e che riguarda il numero dei componenti della Consob (par. 6), per giungere ad alcune conclusioni (par. 7).

1. Divieto di nomina *cross-authority* (comma 1)

Il comma 1 introduce un, invero atteso, divieto di nomina *cross-authority* dei componenti e dei dirigenti delle autorità indipendenti. Per ben cinque anni successivamente alla cessazione dell'incarico, essi «*non possono essere nuovamente nominati componenti di una autorità indipendente, a pena di decadenza*».

Ambito di applicazione. Il divieto non si applica a tutte le autorità indipendenti, ma solo all'autorità antitrust (Agcm), alla Consob, all'Autorità di regolazione dei trasporti (Art), all'Autorità per l'energia (Aeegsi), a quella per le comunicazioni (Agcom), al Garante per la *privacy*, all'Autorità anticorruzione (Anac), a quella per i fondi pensione (Covip) e alla Commissione per la garanzia dello sciopero nei servizi pubblici. Restano pertanto escluse la Banca d'Italia e l'Ivass. Mentre per l'Ivass l'esclusione può dipendere dal non essere la stessa più riconducibile al novero delle autorità indipendenti, essendo stata "degradata" ad ente pubblico strumentale della Banca d'Italia (il Presidente dell'Ivass è infatti il direttore generale della Banca, ed il Consiglio è composto da questi più due membri di nomina governativa⁹), l'esclusione della Banca d'Italia, definita autorità indipendente dalla legge sul risparmio (n. 262/2005¹⁰), è meno comprensibile¹¹.

Ratio. Il divieto mira a superare la pratica, diffusasi per un certo periodo in

9 Cfr. D.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, art. 13 (Istituzione dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni), comma 13: «Il Consiglio è composto dal Presidente e da due consiglieri scelti tra persone di indiscussa moralità ed indipendenza oltre che di elevata qualificazione professionale in campo assicurativo, nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa delibera del Consiglio dei Ministri, ad iniziativa del Presidente del Consiglio, su proposta del Governatore della Banca d'Italia e di concerto con il Ministro dello sviluppo economico».

10 Sulla questione della natura giuridica della Banca d'Italia e sulla configurabilità della stessa come autorità amministrativa indipendente, si v. R. D'AMBROSIO, *La Banca d'Italia*, in G.P. CIRILLO-R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Cedam, Padova, 2010, vol. 41, *Tratt. dir. amm.*, (dir.) G. Santaniello, p. 214 ss.

11 Invero, già prima della legge sul risparmio M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 117, affermava che «la Banca d'Italia può essere considerata come l'autorità indipendente di più lunga tradizione».

Italia, del passaggio da una autorità all'altra di componenti e funzionari una volta cessato il mandato¹², rispetto alla quale si erano sollevate numerose voci di dissenso¹³: motivate specialmente dalla necessità di un ricambio, oltre che dalla forte specializzazione di questi organismi, nonché dalla esigenza di non utilizzare le autorità a fini di "collocamento" di alti funzionari vicini a questa o quella forza politica.

A complemento del divieto, il comma 9-bis primo periodo dell'articolo in commento prevede un meccanismo di *accountability*, per cui le autorità sono tenute a "dare conto" dell'adempimento nelle successive relazioni annuali, da trasmettersi alla Corte dei conti.

Mentre l'obbligo di pubblicare nelle proprie relazioni annuali appare comprensibile in un'ottica di amministrazione trasparente¹⁴, meno chiaro è il senso di trasmettere alla Corte dei conti testimonianza dell'avvenuto adempimento di questa disposizione, non essendo in principio in dubbio il trattamento economico dei componenti e dirigenti delle autorità, cui è fatto divieto di "migrare" presso altra autorità alla scadenza del mandato.

2. Il quadro (composito) delle cc.dd. incompatibilità successive (commi 2 e 3)

I commi 2 e 3 disciplinano le cc.dd. incompatibilità successive, vietando la pratica del passaggio dalle autorità indipendenti all'impiego stabile (e no) presso le imprese già soggette a supervisione nel corso di carica.

Così, successivamente alla cessazione del loro incarico, ai componenti degli organi di vertice e ai dirigenti (fatta eccezione per coloro che siano stati «*responsabili esclusivamente dei servizi di supporto*»), è fatto divieto di «*intrattenere, direttamente o indirettamente, rapporti di collaborazione, di consulenza o di impiego*» con coloro i quali erano soggetti alla supervisione dell'autorità di provenienza.

12 Per tutte le autorità è infatti disposto, a presidio della indipendenza, il divieto di rinnovo nella carica di componente (cfr. art. 23, comma 3, d.l. n. 101/2011 cit.). Invero, il divieto di rinnovo alla cessazione della carica vale, a mente del citato art. 23, comma 3, solo per le autorità indicate al comma 1 (ovvero: l'Agcm, la Consob, l'Ant, l'Aeegsi, l'Agcom, l'Anac, la Covip, il Consiglio dell'Ivass e la Commissione per lo sciopero nei servizi pubblici) più quelle inserite nell'elenco delle autorità indipendenti pubblicato (a fini meramente ricognitivi: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sent. 30 maggio 2014, n. 2818) dall'ISTAT da ultimo a settembre 2014, ovvero: al Garante per la *privacy*, all'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca (Anvur) e all'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza.

13 Si veda C. NARDELLI, *Il potere di nomina delle Autorità Indipendenti dei Presidenti di Camera e Senato della Repubblica italiana: un modello ormai superato?*, in *Amministrazione in cammino*, 9, 2007, e ivi le numerose fonti di stampa riportate.

14 E si inserisce in un trend di sempre maggiore trasparenza dell'azione della PA in funzione, vuoi di accresciuta *accountability*, vuoi anche di prevenzione della *maladministration* e della corruzione: R. CHIEPPA, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 1994, p. 613 ss.; A. SANDULLI, *La trasparenza amministrativa e l'informazione dei cittadini*, in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 158 ss.; A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Cacucci, 2012; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 8-9/2013, p. 795 ss.; B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di), *La legge anti-corruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013; F. MERLONI, *Le misure amministrative di contrasto alla corruzione*, Intervento al 59° Convegno di Varenna, 21 settembre 2013, in *Astrid Rassegna*, 2013; R. CIFARELLI, *La trasparenza amministrativa dalla legge 241/1990 all'accesso civico: spunti di riflessione*, in *Astrid Rassegna*, 16/2014.

Ratio. La *ratio* della norma è chiara, e mira a contrastare il fenomeno del *cd. revolving door*, noto agli studiosi di regolazione già dal risalente saggio di Peltzman¹⁵ e, ancor prima, dalla formulazione della *life cycle theory* di Bernstein (1955¹⁶). Il regolatore “matura” e quindi “invecchia”: interviene col “consenso” dell’industria regolata (le “decisioni patteggiate” di libertiniana memoria¹⁷), si affida a propri precedenti decisionali, si attenua la sua *verve* poliziesca a vantaggio dell’“ardore regolatorio”¹⁸, l’autorità perde il supporto della società civile e quello politico (e con esso il budget a disposizione), le *élites* iniziano a guardare all’industria regolata per sviluppi impiegatizi futuri, mostrando accondiscendenza.

La norma in commento, congelando le possibilità di futuro impiego, consulenza e collaborazione per un certo lasso di tempo dopo la fine del mandato, tenta di rompere quell’incentivo “naturale” ad essere immotivatamente *lenient* nell’esercizio del proprio ufficio, proprio al fine di ottenere futuri benefici occupazionali.

Sebbene meritorie, le disposizioni *de quo* suscitano più di un dubbio, oltre a palesare una certa (invero eccessiva) vena punitiva: in primo luogo, il diverso ambito di applicazione; in secondo luogo, la loro effettiva efficacia¹⁹.

Ambito di applicazione. Sotto il primo profilo, i commi 2 e 3 indirizzano il divieto al complesso di Consob, Banca d’Italia, Ivass e autorità dei servizi pubblici (mercè il rinvio all’art. 2, comma 9, legge n. 481/1995, istitutiva delle “Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”), incluse pertanto l’Aeegsi (in quanto da tale legge istituita), nonché l’Agcom e l’Art (in quanto entrambe istituite sulla base di tale legge). Sembrerebbero pertanto inspiegabilmente escluse l’Agcm, il Garante per la *privacy*, la Commissione per lo sciopero, la Covip e l’Anac.

A geometria variabile sono anche altri tre elementi portanti del divieto: l’identità dei futuri datori di lavoro, la sanzione irrogata in caso di violazione e la durata del divieto. Mentre, infatti, i componenti e gli alti dirigenti di Consob, Banca d’Italia e Ivass non potranno lavorare per «*i soggetti regolati né con società controllate da questi ultimi*», i loro omologhi nelle autorità di regolazione di energia, comunicazioni e trasporti, non potranno prestare la propria opera alle «*imprese operanti nel settore di competenza*». Invero, non pare che la diversa formulazione possa determinare squilibri o discriminazioni di trattamento tra componenti e funzionari delle autorità nominate. Mentre desta perplessità

15 S. PELTZMAN, *Toward a More General Theory of Regulation*, in *Journal of Law and Economics*, 2, 1976, pp. 211-240.

16 H.M. BERNSTEIN, *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton University Press, Princeton, 1955.

17 M. LIBERTINI, *Le decisioni patteggiate nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 12/2006, p. 1283 ss.

18 Secondo una nota ed efficace descrizione di S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. regole*, 2/2002, p. 265 ss.

19 A questi occorre aggiungere la esclusione dal divieto dei funzionari che siano stati responsabili esclusivamente degli uffici di supporto. Posto il generale dubbio sulla utilità di tanta rigidità, a voler restare nell’ambito strettamente interpretativo, non essendo rinvenibile alcuna indicazione sulla *ratio* dell’eccezione nella relazione illustrativa al dl, v’è da domandarsi secondo quali criteri si debbano individuare esattamente tali funzionari. Non è infrequente, infatti, che le singole autorità, nella loro autonomia organizzativa, attribuiscono ad uno stesso ufficio, assieme a quelle di supporto, anche altre funzioni. Non è pertanto da escludersi che tra queste ve ne siano di “sensibili” (si pensi alla segreteria generale); pertanto escludere *tout court* i responsabili degli uffici di supporto, senza ulteriori specificazioni, potrebbe condurre a facili elusioni del divieto.

l'esclusione almeno della Covip, dal momento che le sue competenze riguardano soggetti ben identificabili (i fondi pensione complementari, le casse professionali, ecc.), a differenza delle altre escluse, il cui operato incide trasversalmente su un novero indifferenziato e non immediatamente identificabile di destinatari.

Differenti sono altresì le sanzioni previste in caso di violazione del divieto: mentre per le tre autorità dei servizi finanziari si prevede la nullità dei «*contratti conclusi in violazione*», per le autorità dei servizi di pubblica utilità la conseguenza è una sanzione pecuniaria a carico tanto del componente o funzionario, quanto dell'imprenditore che, nei casi più gravi o di reiterazione dell'illecito, può giungere sino alla (probabilmente eccessiva) «*revoca dell'atto concessivo o autorizzativo*» (art. 2, comma 9, legge n. 481/1995²⁰).

Curiosamente diversa è infine la durata del divieto. Più rigida la formulazione dello stesso con riguardo alle autorità dei servizi di pubblica utilità, per le quali si prevede la durata "minima" di due anni (riducendo quella prevista originariamente, di quattro anni). Più favorevole quella stabilita per Banca d'Italia e Ivass, che *non può eccedere* i due anni, e la cui concreta determinazione è rimessa ad un Dpcm, «*da emanare previo parere della Banca centrale europea*» (così il nuovo art. 29-bis della legge sul risparmio, n. 262/2005, introdotto dalla disposizione in commento). Intermedia e "secca" è invece la durata del divieto per i componenti e dirigenti della Consob: due anni successivi alla cessazione dell'incarico.

Come anticipato, la norma appare meritoria. Il fenomeno del *revolving door* è noto da tempo e pochi sono allo stato gli ordinamenti che lo hanno disciplinato, mirando a prevenire un odioso conflitto di interessi potenziale tra controllore e controllato, il quale potrebbe tradursi in una minore o più attenuata vigilanza. La norma va ad invigorire la già corposa disciplina volta a tutelare l'indipendenza e l'autonomia di giudizio dei membri delle autorità²¹. Su quale sia la durata "ottimale" del divieto è difficile fornire una risposta univoca, anche guardando alla prassi in uso in ordinamenti diversi²².

Alcuni studi recenti sembrano confermare l'utilità di divieti di questo tipo.

20 In base all'art. 2, comma 9, legge n. 481/1995, la violazione da parte del funzionario o componente è punita con una sanzione pecuniaria pari alla maggiore somma tra 25.822 euro e l'importo percepito (minimo edittale) e alla maggiore somma tra 258.228 euro e l'importo del corrispettivo (massimo edittale). Dal canto suo, all'imprenditore si applica una sanzione pari allo 0,5% del fatturato e comunque non inferiore a 154.94 euro e non superiore ad 1.032.913,50 euro. Tali valori sono rivalutati annualmente dall'ISTAT.

21 La letteratura è notoriamente vastissima. Tra i molti si ricordano: M. D'ALBERTI, *Autorità amministrative indipendenti* (dir. amm.), in *Enc. giur. Treccani*, IV, 1995, ad vocem.; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. pubb.*, 1998, p. 645 ss.; F. MERUSI-M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., VI, ad vocem.; V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, II, p. 368 ss.; R. TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Giuffrè, Milano, 2000; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in M. CLARICH-G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2007, p. 87 ss.; G.P. CIRILLO-R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., spec. a p. 27 ss.; L. CUOCOLO, *Le autorità indipendenti*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Egea, Milano, II ed., 2013, p. 511 ss.

22 A titolo di esempio, secondo dati riportati dall'Agcom, la durata del *cooling-off period* delle autorità delle comunicazioni è molto diversa negli ordinamenti europei che lo prevedono (non è così ad es., in Germania e Olanda): si passa dai sei mesi nel Regno Unito, un anno in Belgio, due in Portogallo sino a (massimo) tre anni in Francia. Nella gran parte dei casi (non così in Francia), nel periodo di astensione è corrisposta una certa retribuzione variamente determinata. Cfr. Memoria Agcom, cit., pp. 10-11.

Secondo Luechinger e Moser²³ vi sarebbe una correlazione tra quotazioni in borsa dei titoli delle imprese che assumono l'ex componente o funzionario di un'autorità e l'annuncio dell'assunzione stessa. Per alcuni giorni dopo la diffusione di indiscrezioni sull'entrata nei ruoli di vertice dell'ex funzionario o componente, i titoli dell'impresa che assume registrano enormi incrementi, salvo poi riassetarsi. Ciò fa sì che l'incentivo economico ad assumere per le imprese sia talmente elevato da non richiedere di per sé atteggiamenti "di favore" del componente o funzionario nell'imminenza della sua cessazione. In quest'ottica, il divieto di cui si discute sembra suscettibile, con l'unico residuo dubbio sulla durata "ottimale", di assopire gli appetiti delle imprese, o almeno di quelle quotate, ad assumere o comunque avvalersi della rete di relazioni del componente o funzionario cessato dall'incarico. Resta tuttavia da domandarsi se, con l'acquiescenza pluriennale del medesimo, non si rischi di dissipare quel "capitale burocratico" accumulato in tanti anni di servizio reso presso le autorità indipendenti²⁴. E ciò vale a maggior ragione per i dirigenti, dalle elevate professionalità, i quali potrebbero essere disincentivati ad entrare nei ruoli delle autorità in prima battuta, preferendovi assai più lucrose (v. *infra* par. 4, sulle riduzioni di spesa) posizioni nel settore privato.

3. Razionalizzazione del reclutamento del personale delle autorità indipendenti (comma 4)

Al novero delle disposizioni miranti alla "razionalizzazione" e al contenimento delle spese (di alcune) delle autorità indipendenti si ascrive il comma 4 dell'art. 22. Questo introduce un obbligo per Agcm, Consob, Covip, Art, Aeegsi, Agcom, Garante della *privacy*, Anac e Commissione per lo sciopero nei servizi pubblici (restano escluse BI e Ivass) di gestire in maniera unitaria, previa stipula di apposite convenzioni, le procedure concorsuali finalizzate al reclutamento del loro personale²⁵.

Più che razionalizzare la norma sembra porre le basi per un blocco transitorio delle procedure di reclutamento, dal momento che nessun criterio è fornito in merito ai contenuti e alla tempistica delle stipulande convenzioni. Si tratta di un rischio da scongiurare, posto che al novero delle competenze di queste autorità, in costante aumento (basti pensare all'Anac)²⁶, deve potersi far fronte con

23 S. LUECHINGER e C. MOSER, *The Value of the Revolving Door: Political Appointees and the Stock Market*, CESifo working paper 3921, 2012 (in: http://www.cesifo-group.de/DocDL/cesifo1_wp3921.pdf, ultimo accesso 29 settembre 2014).

24 Il punto è sviluppato da E.S. Brezis, *Promiscuous Elites, the Revolving Door, and Economic Growth*, Bar-Ilan University, Department of Economics Working Papers n. 2012-09, luglio 2013 (in http://econ.biu.ac.il/files/economics/shared/staff/u46/brezis-_promiscuous_elite-7-2013.pdf, ultimo accesso 29 settembre 2014).

25 La sanzione prevista in caso di violazione dell'obbligo è la nullità delle procedure concorsuali avviate contravvenendo alla convenzione (nullità stabilita, in via generale, anche per tutte le procedure avviate dopo il 26 giugno 2014 – data di entrata in vigore del decreto – e prima della stipula della convenzione). Sono fatte salve le procedure già in corso alla medesima data.

26 Cui proprio il d.l. n. 90/2014, art. 19, che qui si commenta, trasferisce le competenze della Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, la quale cessa di esistere. Per alcuni primi commenti cfr. F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, *Commento a d.l. n. 90/2014*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2014, p. 1023 ss., M.C. COLOMBO, *Le novità a prima lettura in tema di appalti*, in *Diritto e pratica amministrativa – Il*

l'acquisizione di nuove professionalità. Rinviare tale ingresso non può che tradursi in un, ancorché transitorio, attenuato interventismo. Ciò sarebbe specialmente il caso per l'Art, entrata in funzione a gennaio 2014, e il cui organico non è ancora stato completato.

Inoltre, come sottolineato da talune autorità interessate, non può sottacersi come l'obbligo di procedure unificate per la selezione del personale di ruolo si ponga in contrasto con l'autonomia organizzativa di questi organismi, stabilita dalle leggi istitutive (si pensi all'art. 2, commi 27 e 28 della l. 481/95 in tema di organizzazione interna e funzionamento delle autorità dei servizi di pubblica utilità²⁷). Questi organismi sono, infatti, dotati del potere di adottare regolamenti interni di organizzazione, nell'ambito dei quali possono stabilire liberamente, pur se nei limiti della pianta organica definiti dalla legge, il personale di cui dotarsi e reclutarlo mediante procedure concorsuali auto-gestite.

Meno decisiva appare, per contro, la critica, pure mossa dalla maggior parte delle autorità audite nelle sedi parlamentari²⁸, che questa norma potrebbe condurre alla selezione di "profili generalisti", piuttosto che di personale altamente specializzato, come richiesto dalle funzioni esercitate da siffatte autorità. Come noto, la specializzazione e l'elevato tecnicismo sono caratteristiche costitutive della indipendenza e autonomia di giudizio di questi organismi²⁹; tuttavia, l'adozione di una procedura comune a più autorità non si ritiene possa loro impedire di individuare profili specifici e settoriali di volta in volta necessari e selezionarli nell'ambito dell'unico bando. Così come ricorrere ad un unico concorso per la selezione di profili tecnici, come segreterie, esperti contabili o dell'IT, non si ritiene possa indebolire l'autonomia organizzativa delle autorità.

4. Riduzione e razionalizzazione di altre spese: due criteri per un solo obiettivo (commi 5-8, 9, lett. d) ed f) e 9-bis)

Se la procedura unificata per il reclutamento del personale nasconde potenzialmente un blocco transitorio di assunzioni, più espliciti, in termini di ri-

Sole 24 ore, luglio-agosto 2014, p. 34 ss., M. DE BENEDETTO, *Le autorità indipendenti e gli enti pubblici*, *Commento al d.l. n. 90/2014*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2014, p. 1044 ss.

27 In tal senso si sono espresse l'Aeegsi nella Memoria presentata per l'Audizione dinanzi alla I Commissione Affari Costituzionali della Camera, nell'ambito della *Indagine conoscitiva per l'esame del disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 90 del 2014 recante "misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari"*, del 7 luglio 2014 (di seguito: Memoria Aeegsi), p. 6; nonché l'Agcom, nella Memoria presentata nel corso della medesime audizioni, seduta del 10 luglio 2014 (di seguito: Memoria Agcom), p. 5 («La norma sembra porsi in totale contrasto con il principio di autonomia organizzativa, che si sostanzia nella potestà di definire con propri regolamenti l'organizzazione interna, la gestione del personale e il funzionamento, prevista dalla legge istitutiva dell'Autorità e dalle direttive comunitarie. L'autonomia organizzativa è uno dei presupposti dell'indipendenza, e una delle condizioni per garantire l'autonomia è la potestà di gestire in house il reclutamento del proprio personale»), e l'Art, nella Memoria presentata nella stessa occasione, seduta del 9 luglio 2014 (di seguito: Memoria Art), p. 1.

28 In tal senso, Memoria Agcom, cit., p. 6; Memoria Aeegsi, cit., p. 5, le quali suggeriscono il ricorso ad un meccanismo alternativo per ottenere lo stesso risultato, quale quello di intervenire con Linee guida per lo svolgimento dei concorsi, eventualmente armonizzando il trattamento economico.

29 Si v. i contributi già citati in nt. 21, oltre a M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., p. 11 ss.

risparmi richiesti, sono i commi da 5 a 8, da leggersi in combinato con i successivi commi 9, lett. d) ed f) e comma 9-bis.

Il complesso delle disposizioni richiamate aspira a realizzare risparmi di spesa, ma lo fa impiegando due diverse metodologie: la prima consiste nella indicazione di una percentuale di riduzione ovvero di un tetto alla spesa; la seconda, più complessa, è rappresentata dalla “concentrazione” di funzioni e/o di servizi.

Alla prima tipologia si ascrivono i commi 5, 6 e 9, lett. d) ed f) dell’art. 22.

Così, un primo “sforzo” (comma 5) è richiesto ai dipendenti e dirigenti delle autorità, i quali sono tenuti a rinunciare a non meno del 20% del loro trattamento economico accessorio già a partire dal 1° luglio 2014. Spetta alle autorità «*nell’ambito dei propri ordinamenti*», provvedere a siffatta riduzione.

Un secondo consistente “taglio” è imposto dalla legge con riguardo alle spese per «*consulenze, studi, ricerche e organi collegiali*» che, a partire dal 1° ottobre 2014, le autorità sono tenute a ridurre «*in misura non inferiore al 50% rispetto a quella complessivamente sostenuta nel 2013*» (comma 6³⁰). La disposizione va letta in combinato con il comma 9, lett. f), che fissa un tetto alla «*spesa complessiva per incarichi di consulenza, studio e ricerca*», la quale non può superare il «*2% della spesa complessiva*». Come osservato dal Servizio Bilancio dello Stato³¹, questi vincoli vanno a sovrapporsi a quelli già stabiliti all’art. 6, comma 7, d.l. n. 78/2010³² che, già a partire dal 2011, prevedeva un tetto alla spesa annua per studi e consulenze delle autorità indipendenti, che non doveva superare il 20% della spesa sostenuta nel 2009³³.

Un ulteriore limite di spesa è poi definito (al comma 9, lett. d)) per gli esborsi per «*sedi secondarie, rappresentanza, trasferte e missioni*», in riferimento ai quali è vietato oltrepassare la soglia del 20% della spesa complessiva³⁴. Anche in questo caso i tagli si sommano a quelli già previsti dal d.l. n. 78/2010 (all’art. 6, comma 12), a mente del quale, a decorrere dal 2011 le autorità indipendenti non possono effettuare spese per missioni superiori al 50% della spesa sostenuta nel 2009³⁵.

Mentre, come visto, per le spese relative al trattamento economico accessorio dei dipendenti, a consulenze studi e ricerche, ad organi collegiali, a sedi secondarie, trasferte e missioni, il criterio della razionalizzazione è quello della indicazione di una percentuale di riduzione o di un tetto massimo, tutt’altro, e più complesso, criterio è utilizzato con riguardo alle spese relative ai “servizi strumentali” e alla “logistica”.

30 Il comma 6 prosegue stabilendo che «*gli incarichi e i contratti in corso sono rinegoziati entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto al fine di assicurare il rispetto dei limiti di cui al periodo precedente*».

31 Servizio Bilancio dello Stato, *Analisi degli effetti finanziari del ddl AC 2486-A di conversione in legge del dl 90/2014*, n. 39 del 29 luglio 2014, p. 67.

32 Dl 31 maggio 2010, n. 78, recante *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica* (in G.U. 31 maggio 2010, n. 125 – S.O. n. 114), conv. con modif. nella legge 30 luglio 2010, n. 122 (in G.U. 30 luglio 2010, n. 176 – S.O. n. 174).

33 La sanzione, in caso di mancato adeguamento al limite, è severissima, ed è prevista al comma 9-bis terzo periodo: «*l’organismo interessato trasferisce al Ministero dell’economia e delle finanze una somma corrispondente all’entità dello scostamento o della maggiore spesa, che rimane acquisita all’erario*».

34 La sanzione, anche in questa ipotesi, è il trasferimento al Mef e l’apprensione all’erario di una somma pari allo scostamento o alla maggiore spesa (ex art. 22, comma 9-bis terzo periodo, *cit.*).

35 La disposizione si somma altresì alla soppressione della diaria per le missioni all’estero prevista dal medesimo decreto-legge.

Per i primi, infatti, il comma 7 prevede che essi debbano essere gestiti «*in modo unitario*» da più autorità, che all'uopo procedono a stipulare apposite convenzioni, ovvero mediante «*uffici comuni ad almeno due organismi*». La norma si perita di elencare i servizi da ritenersi “strumentali”³⁶, disponendo che «*almeno tre*» di questi, entro fine 2014, siano appunto gestiti unitariamente da almeno due autorità, vuoi mediante convenzioni, vuoi mediante uffici comuni. Alle difficoltà interpretative connesse alla sovrapposizione di questa disposizione con altre relative a specifici servizi (si pensi a quelli «tecnici e logistici», certamente parzialmente coincidenti con i servizi logistici di cui al successivo comma 9, ovvero agli «acquisti e appalti», pure oggetto di disciplina al successivo comma 8), il legislatore aggiunge un obiettivo economico assai stringente, vale a dire quello di raggiungere «*risparmi complessivi pari ad almeno il 10% della spesa complessiva sostenuta dagli stessi organismi per i medesimi servizi nell'anno 2013*».

Per i secondi (servizi logistici), si dispone che le autorità abbiano sede in un «*edificio di proprietà pubblica o in uso gratuito*», obbligo già previsto per l'Art dalla legge istitutiva³⁷, «*salve le spese di funzionamento, o in locazione a condizioni più favorevoli rispetto a quelle degli edifici demaniali disponibili*» (comma 9, lett. a)), e che non si possano adibire locali (si assume affittati) ad «*abitazione o foresteria per i componenti e il personale*» (comma 9 lett. c)). La sanzione per l'eventuale violazione dei criteri così posti è il trasferimento d'imperio presso «*uno o più edifici di proprietà pubblica da adibire a sede, eventualmente comune, delle relative autorità*», previa individuazione degli stessi da parte del «*Ministero dell'economia e delle finanze tramite l'Agenzia del demanio*», ove la (o le) autorità è tenuta a trasferire «*i propri uffici nei sei mesi successivi*» (comma 9-bis, secondo periodo).

Infine, il comma 8, facoltizza le autorità a ricorrere alle convenzioni Consip per gli acquisti e, più in generale, assoggetta anche le autorità indipendenti alle disposizioni in materia di acquisti centralizzati della pubblica amministrazione³⁸.

È chiaro come il complesso delle disposizioni richiamate più sopra aspiri ad una riduzione delle spese per consulenze, studi e ricerche, organi collegiali, servizi strumentali, per gli acquisti e per i servizi logistici.

Tuttavia, un primo limite di tale complesso normativo è rinvenibile nel coordinamento, invero non brillante, con altre norme atte a perseguire risparmi (e una “amministrazione sobria”), dettate, ad es., in materia di incarichi di consulenza, studio e ricerca, solo due mesi prima, dall'art. 14 del d.l. n. 66/2014³⁹. È lo stesso Servizio Studi della Camera a porre l'accento sulle difficoltà di stabilire l'esatto ammontare dei risparmi che si intendono perseguire a causa del

36 Tali essendo, a mente del comma 7: «affari generali, servizi finanziari e contabili, acquisti e appalti, amministrazione del personale, gestione del patrimonio, servizi tecnici e logistici, sistemi informativi ed informatici».

37 Cfr. art. 37, comma 1, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, recante *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici* (in G.U. 6 dicembre 2011, n. 284 – S.O. n. 251), conv. con modif. nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 (in G.U. 27 dicembre 2011, n. 300 – S.O. n. 276), a mente del quale la sede dell'Art è individuata «in un immobile di proprietà pubblica nella città di Torino».

38 Si veda in proposito M. MACRÌ, *Il nuovo sistema di acquisti di beni e servizi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12/2012, p. 1167.

39 DI 24 aprile 2014, n. 66, recante *Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale* (in G.U. 24 aprile 2014 n.95), conv. con modif. nella legge 23 giugno 2014, n. 89 (in G.U. 23 giugno 2014, n. 143).

sovrapporsi di questa disposizione con il comma 6 dell'art. 22 del d.l. n. 90⁴⁰.

Analoghi dubbi sorgono con riguardo ai risparmi attesi in materia di "servizi logistici" di cui alle lett. a) e c) del comma 9, i quali andrebbero coordinati con le disposizioni dell'art. 24 del citato, e quasi coevo, d.l. n. 66/2014. Queste, come noto, prevedono che le amministrazioni pubbliche attuino, a partire dal 2016, una riduzione delle spese per locazioni di almeno il 50% rispetto a quanto esborsato nel 2014.

Ulteriormente, occorre rilevare che né la relazione tecnica al decreto né, parimenti, l'Analisi degli effetti finanziari curata dal Servizio Bilancio dello Stato, quantificano esattamente i risparmi conseguibili dall'applicazione delle disposizioni in esame. Al contrario, di essi si dice che "saranno quantificabili soltanto a consuntivo"⁴¹, cioè non prima di un anno, ovvero sia in un tempo (lontano) nel quale nuovi ed ulteriori interventi di tagli alla spesa pubblica saranno possibili (esattamente come avvenuto in materia di studi e consulenze commissionati dalle autorità).

La mancanza delle quantificazioni solleva più di un quesito: ad es., è lecito domandarsi perché non siano state svolte l'analisi tecnico normativa (ATN)⁴² né, specialmente, l'analisi di impatto della regolazione (AIR)⁴³, pure richieste in questi casi⁴⁴. E soprattutto, non si comprende come si possa intervenire sull'organizzazione delle autorità e su taluni requisiti costitutivi di indipendenza (autonomia finanziaria) sul presupposto di una pretesa "razionalizzazione", senza avere dati certi sui risparmi effettivamente conseguibili. È bene rammentare che il Regolamento AIR (art. 9, comma 3) obbliga comunque ad indicare, seppure in maniera sintetica, gli effetti previsti dall'intervento normativo, tra gli altri, «sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, dando conto della eventuale comparazione di opzioni regolatorie alternative». Proprio il mancato ricorso a tali importanti strumenti, mercé l'urgenza della decretazione governativa, spingono ad interrogarsi sul carattere vagamente punitivo delle disposizioni in commento⁴⁵.

Infine, quelli qui introdotti (specie del primo tipo, individuati a mezzo di percentuali o tetti di spesa) sono ascrivibili alla categoria dei tagli "lineari", a valere cioè indistintamente su un novero di soggetti e in riferimento ad un numero identificato di voci di spesa. Sarebbe stato probabilmente più rispettoso dell'autonomia organizzativa di questi soggetti far precedere l'individuazione della singola voce di spesa da decurtare da una analisi interna, sul piano contabile e organizzativo, mirata ad individuare i risparmi conseguibili.

40 Cfr. Servizio Studi – Camera dei Deputati, doc. n. 196/1 30 giugno 2014, pp. 106-122.

41 Così Servizio Bilancio dello Stato, *Analisi degli effetti finanziari del ddl AC 2486-A di conversione in legge del d.l. n. 90/2014*, del 29 luglio 2014, n. 39, p. 67.

42 Cfr. Direttiva del PCM del 10 settembre 2008 relativa all'impatto normativo e alla qualità redazionale dei testi di fonte governativa trasmessi al Parlamento.

43 Cfr. Regolamento AIR approvato con DPCM 11 settembre 2008, n. 170, nel quale si disciplina lo svolgimento della valutazione preventiva degli effetti di una regolazione.

44 Cfr. Comitato per la legislazione, Dossier n. 56 – Elementi di valutazione sulla qualità del testo e su specificità, omogeneità e limiti di contenuto del d.l. 2 luglio 2014, il quale rammenta che l'assenza delle due relazioni non solo non è motivata, ma non rientra neppure nei casi di esclusione dall'obbligo di redigere l'AIR (ex art. 14 legge 28 novembre 2005, n. 246), ma ne auspica comunque lo svolgimento, pur se in un momento successivo alla emanazione dei provvedimenti d'urgenza.

45 Sul punto si vedano le considerazioni di M. DE BENEDETTO, *Le autorità indipendenti e gli enti pubblici*, cit.

5. La querelle des sièges

Quando all'indomani delle prime elezioni dirette del 1979 alcuni parlamentari europei domandarono ai governi degli Stati membri di porre rimedio al problema della pluralità delle sedi delle istituzioni comunitarie, ne nacque una disputa nota come "querelle des sièges"⁴⁶. Ci vollero tredici anni prima che, nel 1992, ci si accordasse per tenere a Strasburgo le dodici sessioni plenarie ordinarie del Parlamento europeo e a Bruxelles quelle supplementari, oltre alle riunioni delle commissioni e dei gruppi politici.

La storia insegna che quella delle sedi è materia delicata, e che il solo argomento materiale (dei costi di trasferta, logistici, ecc.) non giova a superare quello simbolico e quello, altrettanto materiale, dell'indotto.

Nel 1995, la legge istitutiva delle autorità dei servizi di pubblica utilità (n. 481) stabiliva all'art. 2, comma 3, che «*al fine di consentire una equilibrata distribuzione sul territorio italiano degli organismi pubblici che svolgono funzioni di carattere nazionale, più Autorità per i servizi pubblici non possono avere sede nella medesima città*». Fu così stabilito che l'Aeegsi avesse sede a Milano, l'Agcom a Napoli e, molto tempo dopo, l'autorità dei trasporti a Torino. Tuttavia, per esigenze connesse alla necessità di interfacciarsi con le istituzioni nazionali, furono create sedi secondarie nella capitale, alcune delle quali finirono per assorbire la gran parte delle funzioni, trasformando quelle principali in sedi satellite⁴⁷.

L'eco della *querelle des sièges* europea sembra avere contagiato il legislatore del d.l. n. 90, il quale, dopo aver abrogato l'obbligo di distribuire le sedi delle autorità dei servizi pubblici sul territorio nazionale (mediante il comma 10, art. 22), ha dettato una disciplina volta "sostanzialmente" a concentrare le sedi principali di queste come di altre *authorities* in una sola città⁴⁸, salvo poi rivedere la disciplina in sede di conversione.

Procedendo con ordine.

Nella formulazione ante-conversione il comma 9 dell'art. 22 affidava al Mef, per il tramite dell'Agenzia del demanio, il compito di individuare «*uno o più edifici contigui da adibire a sede comune*» di: Autorità dei trasporti⁴⁹, Aeegsi, Agcom, Covip, e Commissione di garanzia dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, prevedendo come termine per il trasferimento il «*30 giugno 2015*»

46 C. VAN LIERDE, *La querelle des sièges des institutions des communautés européennes*, Louvain, 1993; E. CROISE-SCHIRTZ, *La bataille des sièges (1950-1958)*, in Centre d'études et de recherches européennes Robert Schuman (a cura di), *Le Luxembourg face à la construction européenne*, Luxembourg, 1996, p. 67 ss.

47 Si pensi all'Agcom, dotata di 373 unità di personale, 234 delle quali a Roma e 139 a Napoli: così il Presidente Agcom nell'audizione dinanzi alla I Commissione Affari Costituzionali della Camera, stenografico della Seduta 10 luglio 2014, n. 5, p. 118.

48 Nella Memoria Aeegsi, cit., l'autorità così si pronuncia: il combinato dei commi 9 e 10 (del d.l. ante-conversione) «induce a ritenere che gli uffici di tutte le Autorità di regolazione potrebbero essere trasferiti nella città di Roma, considerato che nella Capitale hanno la propria sede principale alcune autorità indipendenti elencate al citato comma 9».

49 Con specifico riguardo all'Autorità dei trasporti, il comma 11 dell'art. 22, d.l. n. 90/2014, soppressi in sede di conversione, prevedevano l'abrogazione della norma (art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con modif. nella legge 22 dicembre 2011, n. 214) che individuata nella città di Torino la sede della stessa, con ciò rimettendo al Mef la decisione sulla nuova collocazione. Inoltre, e conseguentemente, il comma 12 spostava al Tar Lazio la competenza funzionale del Tar Lombardia a conoscere delle controversie relative ai poteri esercitati dall'Aeegsi (abrogando l'art. 14, comma 2 dell'All. 1 al Codice del processo amministrativo, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

(primo periodo). Stessa procedura era prevista per la Consob (per la sola sede di Roma), l'Agcm, il Garante della *privacy* e l'Anac, con due precisazioni, derivanti dalla loro natura (definita con terminologia non convincente) di autorità "di garanzia", ovvero: «*tene[re] conto delle esigenze di riservatezza connesse alle loro funzioni di vigilanza*», e «*in modo da assicurare che le stesse abbiano non più di due sedi comuni*» (secondo periodo).

In sede di conversione del d.l. n. 90, il comma 9 è stato riscritto integralmente ed è stato inserito il già menzionato comma 9-bis.

La lett. b) del comma 9 prevede ora la «*concentrazione degli uffici nella sede principale, salvo che per oggettive esigenze di diversa collocazione in relazione alle specifiche funzioni di singoli uffici*»; mentre la lett. e) richiede la «*presenza effettiva del personale nella sede principale non inferiore al 70 per cento del totale su base annuale, tranne che per la Consob*».

Entrambe le disposizioni sono inserite nei "criteri" in base ai quali le autorità debbono gestire i propri "servizi logistici", di cui si è detto più sopra. Ne deriva che le sanzioni previste in caso di mancato rispetto di questi siano, rispettivamente, il trasferimento coattivo in uno o più edifici pubblici da adibire "eventualmente" a sede comune (comma 9-bis, secondo periodo); ovvero l'acquisizione all'erario di «*una somma corrispondente all'entità dello scostamento o della maggiore spesa*» derivante dalla violazione (comma 9-bis, terzo periodo).

In sostanza, mentre l'intervento del legislatore del d.l. n. 90 mirava a concentrare le sedi delle autorità indipendenti in una sola città, senza tenere conto evidentemente dei costi che il trasferimento avrebbe comportato, né quantificare esattamente i risparmi eventualmente conseguibili, il Parlamento, in sede di conversione, ha più coerentemente rispettato la collocazione esistente, chiedendo sforzi di contenimento dei costi connessi alla logistica (leggasi trasferite, missioni, ecc.).

Questa "inversione di rotta" si deve verosimilmente alle forti voci contrarie allo spostamento, ovunque esso fosse, delle sedi delle autorità, le quali ultime sono state le prime a levarsi in sede di audizioni.

Nelle memorie riecheggiano i toni simbolici e materiali, come lo «*sradicamento di risorse dal territorio ... ove si è sviluppato il vero mercato del lavoro nei settori di competenza dell'Autorità*»⁵⁰. E quelli più pratici, sostenuti da varie autorità che, dopo aver quantificato i costi dello spostamento a fronte dei risparmi conseguibili (cosa che sarebbe spettato al legislatore fare), sottolineano la sproporzione dei primi rispetto ai secondi, in verità esigui⁵¹.

Ma non mancano considerazioni più teoriche, relative alla conservazione delle elevate competenze tecniche, che da uno sradicamento territoriale si sarebbero potute perdere, con conseguente attenuazione dell'indipendenza, a

50 Così nella memoria presentata dall'Aeegsi, cit., p. 4.

51 L'Aeegsi, ad es., così quantifica le due voci: «*(...) in ragione delle iniziative di questa Autorità, già in corso, si va a determinare una riduzione del costo degli immobili in uso all'Autorità stimabile in 1.400.000 euro l'anno (circa un terzo rispetto ai canoni di locazione attuali); l'attuazione tout court di quanto previsto dal comma 9 dell'articolo 22 determinerebbe, invece, un incremento di costi correlati al potenziale trasferimento della Struttura che, nei prossimi anni, si potrebbe attestare oltre i 10 milioni di euro*» (Memoria Aeegsi, cit., p. 5). Similmente, sebbene in misura meno circostanziata, l'Agcom: «*Una tale decisione [i.e. di spostare la sede principale da Napoli a Roma], infatti, comporterebbe da un lato il rischio di depauperare l'Autorità di risorse umane specializzate e altamente qualificate (nella sede di Napoli operano importanti Direzioni di linea con personale altamente specializzato) e dall'altro non avrebbe necessariamente un effetto di riduzione dei costi*» (Memoria Agcom, cit., pp. 8-9).

svantaggio dei soggetti regolati e della collettività tutta⁵².

Invero, la dislocazione delle autorità nelle varie città non ha diretta connessione con le funzioni esercitate, ovverosia non è un obiettivo di tipo federalista quello che si intende realizzare, quanto piuttosto di equità territoriale e di distribuzione dell'indotto. Appare pertanto comprensibile e giustificata la decisione del legislatore di non operare uno spostamento d'imperio delle sedi, sebbene la persistente abrogazione dell'art. 2, comma 3, legge n. 481/1995, col conseguente venir meno dell'obbligo di distribuire le sedi su varie città, lascerà libero il legislatore di scegliere la collocazione delle future (ove ve ne saranno) autorità.

Sul piano applicativo, la nuova disciplina delle sedi presenta talune criticità. In primo luogo, è difficile immaginare cosa debba intendersi per «concentrazione degli uffici nella sede principale» e come si possa inequivocabilmente stabilire una violazione di tale criterio, specie alla luce delle larghe maglie dell'eccezione. Come pure risulta arduo tradurre in una somma quantificabile (e trasferibile al Mef) la mancata «presenza effettiva» del personale (si deve ritenere, solo quello nei ruoli) nella sede principale.

6. Il numero dei componenti della Consob: una disposizione in controtendenza? (comma 13)

Con il comma 13 dell'art. 22 viene soppressa la norma che aveva disposto la riduzione del numero dei componenti della Consob da cinque a tre unità (lett. e) dell'art. 23, comma 1, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201⁵³). Era l'autunno del 2011 e il clima politico favorevole ad un taglio della spesa pubblica si era abbattuto anche sulle autorità indipendenti, prevedendo che il numero dei componenti di molte di esse fosse ridimensionato⁵⁴. Nello specifico, l'art. 23, comma 1, d.l. n. 201/2011 prevedeva, oltre alle riportate modifiche per la Consob, la riduzione da nove a cinque del numero dei componenti di Agcom e della Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici; da sette a tre di quelli dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (oggi riassorbita in seno all'Anac⁵⁵); da cinque a tre di quelli dell'Aeegsi, dell'Agcm, di Covip e della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle PP.AA. (Covip, poi trasformata in Anac); da sei a tre di quelli del Consiglio dell'Isvap.

Per effetto del comma 13 della disposizione in commento, queste riduzioni vengono meno per la sola Consob. La norma sembrerebbe in controtendenza rispetto all'obiettivo di riduzione della spesa. Così tuttavia non dovrebbe essere, avendo il legislatore previsto che «ai maggiori oneri» derivanti dal ripristino

52 Cfr. Memoria Aeegsi, cit., p. 4. In senso conforme, Memoria Agcom, cit., pp. 8-9.

53 Recante *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*, conv. nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 (c.d. decreto "Salva-Italia").

54 Sul d.l. Salva-Italia si v. G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, *Commento a d.l. n. 201/2011*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2012, p. 229 ss. il quale rileva i vantaggi (riduzioni di spesa, accelerazione del processo decisionale, restrizione dei margini di spartizione politica dei posti, riduzione dei costi dell'attività di *lobbying*) e gli svantaggi (perdita di *expertise* ed irrigidimento della dialettica interna) delle riduzioni del numero dei componenti i collegi delle autorità (p. 235).

55 Si veda l'art. 19 del d.l. n. 90/2014, su cui F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, cit.

dei due commissari soppressi, stimati dalla disposizione di legge (!) in «480.000 euro annui», dovrà fare fronte la stessa Consob. Con due vincoli (comma 15, art. 22): per reperire le risorse essa dovrà implementare «risparmi di spesa ulteriori a quelli previsti a legislazione vigente»; e non potrà «incrementare il contributo a carico dei vigilati». Difficile immaginare nelle pieghe del bilancio Consob voci di spesa ulteriori rispetto a quelle di cui già si prevede una consistente riduzione (stipendi, sedi, servizi ausiliari, consulenze, ecc.) dalle quali la Commissione possa ricavare le risorse necessarie per far fronte a questo reintegro del collegio. Un *cul de sac* che non potrà che condurre la stessa a richiedere una «contribuzione a carico del bilancio dello stato»⁵⁶, con l'effetto di neutralizzare l'obiettivo avuto di mira.

7. Conclusioni

Le disposizioni recate dall'art. 22, d.l. n. 90/2014 hanno il meritorio obiettivo di ridurre la spesa pubblica, ma non sembrano tenere conto del fatto che le autorità indipendenti, ancorché aventi natura amministrativa, abbiano un ruolo e funzioni peculiari nel nostro ordinamento e in quello comunitario. Il legislatore del d.l. n. 90 sembra piuttosto assimilare questi organismi a qualsiasi altra amministrazione, aggredendoli come meri centri di spesa e di potere.

Ad es., le norme (comma 5) relative ai risparmi di spesa conseguibili a seguito della riduzione del trattamento economico accessorio almeno del 20%, non tiene conto del diverso modo di finanziamento delle autorità. Talune delle quali (si pensi ad Aeegsi, Agcom e Art) non gravano sull'erario, ma sono autofinanziate a mezzo di contributi sulle imprese del settore. Pertanto, le riduzioni di spesa non si tradurrebbero in guadagni per l'erario, assimilando l'intervento più ad una norma di stampo "moralizzatore". Lo stesso dicasi per la norma sulle spese in consulenze, che pure appare connotata in tal senso, mentre le consulenze spesso appaiono necessarie per reperire sul "mercato delle idee" competenze non necessariamente esistenti nell'organico delle autorità.

Inoltre, anche con riguardo ai supposti attentati all'*expertise* del personale e dei componenti delle autorità (messe eventualmente a repentaglio dalle norme sulle sedi o da quelle sui concorsi unitari), dei quali si è detto essere più fittizi che reali, residua comunque il dubbio che riducendo le spese (specie in stipendi, ma anche in altri *benefit*) alla fine un bravo funzionario o semplicemente un bravo giovane preferirà sbocchi professionali nel settore privato.

Più in generale, non può nascondersi la preoccupazione che dalla concreta realizzazione dell'obiettivo del risparmio di spesa possano derivare rischi di compressione delle funzioni affidate alle cure di queste autorità (tutelano infatti diritti fondamentali e, non ultima, la "democrazia economica"), della loro autonomia organizzativa e finanziaria e, quindi, della loro indipendenza. In questo senso, il d.l. n. 90 sembra bicefalo: da un lato, rafforza le norme a presidio dell'indipendenza con incompatibilità successive e il divieto di nomine inter-autorità; dall'altra, intervenendo sulle spese, ridefinisce, comprimendoli, i confini dell'autonomia organizzativa e finanziaria.

La buona notizia è che resta intatto il terzo presidio dell'indipendenza:

⁵⁶ Così si legge a p. 61 della Verifica delle quantificazioni, 15 luglio 2014, n. 123, curata dal Servizio Bilancio dello Stato.

l'autonomia funzionale (quell'"operare in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione"), da intendersi, per sottrazione, come attivismo e vigore dell'intervento.

Ben vero che questo dipende, in ultima analisi, da qualità personali dei componenti delle autorità; tuttavia, poiché tagliare le risorse finanziarie è un modo per limitare l'operatività delle autorità, medio termine, incidere sulle prime due forme di autonomia, non potrà non avere conseguenze anche sulla terza. Come dire che la *smoking gun* della scure sulle spese è lì sul tavolo, a ricordare alle autorità che, nelle pieghe di un intervento di risparmio, possono celarsi (e neanche troppo) attentati più o meno diretti alla preziosa qualità, voluta per molte di esse dal diritto comunitario.

Inoltre, il metodo dei tagli lineari non solo tratta questi organismi alla stregua di qualsiasi altro centro di spesa della pubblica amministrazione, solo più privilegiata di altre, ma non consente di tenere in debito conto la diversità, non solo di funzioni, ma anche di organizzazione e contabile delle varie autorità amministrative indipendenti. Le disposizioni sul personale e sulle retribuzioni, poi, lasciano trasparire un rapporto non positivo, quasi punitivo, tra politica e tecnocrazia che, come detto, rischia di travisare quella che dovrebbe essere una ricchezza (l'*expertise* e la professionalità dei funzionari, specie di più elevato grado) relegandola a fronte di resistenza verso un'amministrazione efficiente.

Non sembra dunque possibile pensare di tagliare le spese di queste autorità senza al contempo tagliarne anche gli "artigli".



COMMENTI

Riflessioni a margine della direttiva 2014/23/UE

di Giovanni D'Angelo

Art. 5 – Definizioni: «... L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile; ...».

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una direttiva sulle concessioni. – 2. La scelta (libera) tra autoproduzione (o autoprestazione) pubblica e affidamento a terzi dei servizi. – 3. La definizione della concessione di lavori e servizi. – 4. La trilateralità della concessione di servizi nella direttiva n. 23/2014. – 5. L'ambito di applicazione della direttiva n. 23/2014. – 6. La disciplina (unitaria) sulla tutela, la scelta del contraente e la durata delle concessioni. – 7. Conclusioni.

1. Le ragioni di una direttiva sulle concessioni

Le ragioni che hanno portato all'emanazione della direttiva sulle concessioni, con particolare riferimento a quelle di servizi, sono varie.

Fra tutte, però, una emerge con forza sia nei lavori che hanno preceduto la direttiva sia nei suoi *considerando*.

Nel 2010 la Commissione aveva valutato la necessità e l'impatto di una iniziativa sull'istituto delle concessioni, attraverso un'ampia consultazione delle parti interessate¹.

Il punto di partenza della Commissione era rappresentato dalla definizione delle concessioni accolta nell'art. 1, punto 3 e 4, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio², secondo cui le concessioni sono con-

¹ *An EU initiative on concessions. Questionnaire to contracting authorities*, in www.osservatorioappalti.unitn.it. Sulla procedura di consultazione v. http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/concessions_en.htm. In questo contesto, la Commissione aveva predisposto un questionario al fine di apprendere dalle autorità pubbliche che aggiudicano le concessioni, nonché dalle loro associazioni, la loro esperienza, sentire il loro parere sulla disciplina in materia di concessioni di lavori (quella di servizi non era disciplinata), raccogliere proposte di miglioramento. Il questionario era parte di una più ampia consultazione delle parti interessate, che comprendeva una consultazione aperta e altri due questionari specifici indirizzati alle parti sociali e alle imprese private e pubbliche.

² Relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

tratti simili agli appalti pubblici, ma presentano la caratteristica che il contraente sopporta il rischio economico della gestione dell'opera o del servizio³. Analogamente la Corte di giustizia dell'Unione europea, aveva rilevato che nella concessione il rischio operativo grava, in misura integrale o comunque significativa, sul concessionario⁴.

Il fine dichiarato era quello di migliorare il quadro giuridico. Una direttiva sulle concessioni avrebbe dovuto avere lo scopo di facilitare il loro l'uso e di garantire il miglior rapporto qualità prezzo sia per gli utenti che per le amministrazioni aggiudicatrici, attraverso la certezza del diritto, la trasparenza e la parità di trattamento degli operatori economici. Sarebbe stata inoltre utile per rafforzare la concorrenza e il mercato interno nei contratti di concessione, e contribuire agli obiettivi politici dell'Unione Europea in materia di partenariati pubblico-privato⁵.

Anche le modalità per il raggiungimento di questi obiettivi erano state dichiarate dalla Commissione: la garanzia della certezza del diritto non doveva rendere il quadro normativo troppo complesso o oneroso per l'interprete. In altri termini, la nuova direttiva avrebbe dovuto intervenire in misura proporzionale agli obiettivi dichiarati.

Nella direttiva, tale *ratio* dell'intervento legislativo europeo sulle concessioni appare espressa, per un verso, con maggiore ampiezza, per l'altro, in modo più articolato.

In primo luogo, il rischio di mancanza di certezza giuridica è imputato alle interpretazioni divergenti dei principi del Trattato da parte dei legislatori nazionali e alle disparità tra le legislazioni dei diversi Stati membri. Questo rischio non è stato del tutto scongiurato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha affrontato solo alcuni aspetti dell'aggiudicazione dei contratti di concessione⁶.

In Italia, il tentativo, spesso 'forzato', della giurisprudenza amministrativa di definire i principi in tema di contratti pubblici applicabili alle concessioni ha destato perplessità. Da questo punto di vista, è significativa Cons. Stato, ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13⁷, che ha ritenuto che in sede di affidamento di una concessione di servizi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono applicabili le disposizioni di cui all'art. 84, comma 4 (relativo alle incompatibilità dei componenti della commissione giudicatrice) e comma 10 (relativo ai tempi di nomina della commissione), del codice contratti⁸, in quanto espressione dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, richiamati dall'art. 30, comma 3, dello stesso codice⁹.

3 Il diritto di gestire l'opera o il servizio costituisce anche la remunerazione del concessionario, eventualmente accompagnata da un prezzo.

4 Cfr., ad esempio, prima della pubblicazione del documento di consultazione, Corte giust., 10 settembre 2009, causa C-206/08, *Essent Netwerk Noord B V*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2008, p. 2022, con nota di E. Mostacci, *Se la concorrenza chiede «aiuto» ...*; Corte giust., 13 novembre 2008, causa C-437/07, *Commissione/Italia*, in *Giurisdiz. amm.*, 2008, III, 955.

5 Cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Mobilitazione degli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*, Bruxelles, 19 novembre 2009, COM(2009) 615 def., in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009DC0615&from=IT>.

6 Cfr. in particolare *considerando* (4).

7 In *Foro amm.-CdS*, 2013, p. 1176.

8 D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

9 Per una lettura più restrittiva dell'art. 30, cfr. Cons. Stato, ad. plen. 30 gennaio 2014, n. 7,

La dottrina italiana ha evidenziato come questa pronuncia abbia sposato «una lettura molto aggressiva dei principi», disegnandoli «in modo estremistico, e discutibile, tanto che la disciplina della commissione incaricata dell'aggiudicazione dettata dalla legge Merloni, che la giurisprudenza ancora recentemente disegnava di eccezionale, diventa espressione di principi generali ben al di là della sua avvenuta estensione a tutti gli appalti pubblici ad opera del codice dei contratti pubblici»¹⁰.

Questo orientamento finisce con delineare un'assimilazione tra appalti e concessioni che, attraverso l'applicazione di prescrizioni molto dettagliate per l'aggiudicazione delle concessioni di servizi, va ben al di là dell'applicazione di comuni principi generali. Secondo alcuni, però, il risultato è stato quello di generare «maggiori incertezze dato che estende quanto previsto dall'art. 30 alle norme che declinano i richiamati principi, senza però chiarire l'esatto criterio che deve adottarsi per ricondurre la norma al principio»¹¹.

Di questo profilo di incertezza, reso più grave se valutato con riguardo alle diverse interpretazioni fornite dalle corti dei singoli Paesi, la direttiva sembra consapevole, anche se il riferimento precipuo è al legislatore nazionale.

In secondo luogo, la *ratio* dell'intervento del legislatore europeo sembra assumere una dimensione più articolata. L'incertezza del quadro giuridico rappresenta l'occasione per affermare la centralità dei contratti di concessione, ritenuti strumenti importanti «in quanto concorrono al miglioramento della concorrenza in seno al mercato interno, consentono di beneficiare delle competenze del settore privato e contribuiscono a conseguire efficienza e innovazione»¹². Il che significa (ri)affermare la valenza regolatoria della disciplina delle concessioni, in particolare quelle di servizi pubblici, almeno nel senso che tale disciplina sia funzionale a favorire la concorrenza *per* il mercato¹³.

Dal punto di vista della regolazione dei mercati, inoltre, la direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione appare significativa (almeno) per altri due profili, che saranno trattati in modo specifico nel corso di questo contributo.

Il primo è quello in ordine all'autonomia della pubblica amministrazione

in *Foro it.*, 2014, III, c. 429 con nota di A. TRAVI e in *Urb. app.*, 2014, p. 665 con nota di G. BAIOTTO, *Il principio di corrispondenza delle quote per lavori nell'ambito dei PPP: il nuovo corso inaugurato dalla Plenaria*: la Plenaria ha ritenuto che l'art. 37, comma 13, codice contratti (che, per il caso di raggruppamento temporaneo d'impresa, impone di indicare, già nell'offerta, la corrispondenza fra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni) non si applica alle procedure selettive per la concessione di pubblico servizio.

10 R. CARANTA, *I principi "dettagliati" e le concessioni di servizi*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2373. In senso critico pure G.F. NICODEMO, *Concessioni di servizi: nuove regole per l'affidamento. Il new deal dell'Adunanza Plenaria*, in *Urb. app.*, 2013, p. 924 ss., anche in ragione di una corretta interpretazione della natura e dell'ambito di applicazione dell'art. 84 codice contratti.

11 NICODEMO, *Concessioni di servizi: nuove regole per l'affidamento*, cit., p. 926.

12 *Considerando* (3).

13 Sui problemi posti nel suo complesso dalla regolazione finalizzata alla promozione della concorrenza e sugli strumenti della regolazione pro-concorrenziale v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, pp. 5-7 e pp. 9-12.

Sulla concorrenza per il mercato, con particolare riferimento ai servizi pubblici locali, la dottrina è numerosissima. Cfr. tra gli altri M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, p. 127 ss. e ivi F. MERUSI, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, p. 7.

Sulla gara come modalità di regolazione pro-concorrenziale del mercato cfr. A. PERINI, *Concorrenza, regolazione amministrativa e società di servizi pubblici*, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2007, pp. 143-144.

Sul rapporto specifico tra concorrenza e concessioni cfr. M. CLARICH, *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziati pubblici. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, p. 43 ss.

quanto all'individuazione e all'organizzazione dei servizi, anche quelli di interesse generale di carattere economico. L'espressione più significativa di tale autonomia è rappresentata dalla possibilità di scelta dell'amministrazione tra autoproduzione (o autoprestazione) e affidamento a terzi dei servizi, che si pone a monte di ogni aspetto regolatorio della nuova disciplina sulle concessioni e che comporta la necessità di delimitare il campo di operatività delle regole sulla concorrenza dell'Unione europea.

Il secondo è quello in ordine alla distinzione tra concessione e appalto, che presenta, in particolare nella individuazione dei caratteri essenziali della concessione, elementi di discontinuità rispetto alla lettura tradizionale di questo istituto. Ciò comporta la necessità di ridefinire la linea di demarcazione tra l'appalto e la concessione e dunque, in definitiva, il confine delle rispettive discipline che l'amministrazione è tenuta ad applicare.

2. La scelta (libera) tra autoproduzione (o autoprestazione) pubblica e affidamento a terzi dei servizi

Si è anticipato che la valenza regolatoria della disciplina delle concessioni, in particolare quelle di servizi pubblici, è un profilo differente e logicamente subordinato rispetto quello relativo alla scelta tra autoproduzione (o autoprestazione) e affidamento a terzi dei servizi.

Non è nuovo il dibattito intorno alla affermazione che l'ordinamento comunitario resterebbe estraneo alla libera scelta degli Stati di ricorrere al mercato o all'autoproduzione¹⁴. Il dibattito è stato alimentato anche di recente da contributi che hanno sostenuto la condivisibilità di tale affermazione solo se riferita ai servizi di interesse generale di carattere non economico, che per definizione sono estranei al vincolo comunitario dei principi concorrenziali¹⁵.

Il dibattito è stato significativo soprattutto in alcuni settori – penso per esempio al trasporto pubblico locale, e in generale nei servizi pubblici locali di rilievo economico – dove le scelte del legislatore nazionale sembrano essere state guidate prevalentemente da esigenze di contenimento della spesa pubblica, nell'ambito di un'impostazione complessiva che ha eluso la dimensione di utilità sociale caratteristica di questi servizi¹⁶.

Pertanto, questa impostazione ha generato 'resistenze', anche in quanto non fondata su una scelta espressa dalla 'democrazia locale o regionale' (secondo l'espressione del legislatore europeo)¹⁷; resistenze che a loro volta si

¹⁴ Sul punto la dottrina è vastissima; si segnalano, tra i contributi più recenti, M. LIBERTINI, *Le società di produzione in mano pubblica, controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'articolo 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *www.federalismi.it*, 2011, in particolare § 6; C. IAIONE, *Le società in-house: contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012, p. 137 ss.; S. DEL GATTO, *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 495. Cfr. anche la nota n. 19 e la dottrina ivi richiamata.

In precedenza, con accenti più vicini alle ragioni della tutela della concorrenza, cfr. D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2007, in particolare pp. 22-23.

¹⁵ In particolare v. M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico Privato"*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1416 ss.

¹⁶ Cfr. M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. economia*, 2012, p. 516.

¹⁷ Per esempio, nel settore dei trasporti pubblici locali, prima dell'approvazione del regola-

sono tradotte in un susseguirsi di modifiche legislative incoerenti rispetto al quadro delineato dalla riforma di questi settori tra la fine degli anni '90 e l'inizio del nuovo secolo, e a volte perfino tra loro contraddittorie anche se ravvicinatissime.

Il dibattito parrebbe ora essere ad un punto di svolta.

La direttiva 23/2014 precisa in più disposizioni che gli Stati membri mantengono intatta la loro libertà sia, a monte, di individuazione di quali servizi siano da considerarsi di interesse generale sia di organizzazione, non essendo tenuti ad esternalizzare la fornitura di servizi¹⁸.

Del resto tali libertà sono garantite dal TFUE¹⁹ e dalla interpretazione

mento n. 1370/2007, emergeva un orientamento politico (soprattutto in seno al Parlamento) molto attento a bilanciare il principio della concorrenza con altri interessi, in particolare modo con il c.d. principio della democrazia regionale o locale.

Durante i lavori preparatori del regolamento, si era sostenuto con forza un maggiore spazio per «il principio di sussidiarietà» e la necessità di ricondurre la responsabilità dei trasporti locali agli enti territoriali, conservando il diritto delle autorità competenti di effettuare le prestazioni di trasporto direttamente, o tramite imprese proprie senza ricorrere a gara pubblica. Si riteneva che non fosse ammissibile costringere le autorità pubbliche ad abbandonare i servizi di trasporto pubblico locale per sottoporli ad una aggiudicazione concorrenziale. Le amministrazioni che avessero ritenuto più economico, sicuro ed efficace mantenere nelle loro mani i trasporti pubblici avrebbero dovuto mantenere tale diritto. La decisione sul punto avrebbe dovuto spettare unicamente alla «democrazia locale o regionale»: l'auspicio, dunque, era nel senso che sulla base del principio di sussidiarietà le autorità competenti avrebbero potuto optare per un «deliberato approccio non commerciale».

Simile preoccupazione veniva espressa dal Parlamento italiano anche nei lavori preparatori dell'art. 35 legge 28 dicembre 2001, n. 448, la prima di tante riforme dei servizi pubblici locali dell'ultimo periodo.

A me pare che questo punto di vista sia stato recepito in pieno con riferimento al settore del trasporto pubblico locale. A questo riguardo è opportuno ricordare l'art. 5.2 reg. n. 1370/2007: «A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale ... hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale ... esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture ...». Nello stesso senso anche il *considerando* (18) del regolamento.

18 V. *considerando* (5); art. 2 (Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche); art. 4 (Libertà di definire servizi di interesse economico generale). Nello stesso senso anche la direttiva 2014/24 sugli appalti, v. art. 1, comma 4. Cfr., inoltre, l'art. 1 protocollo n. 26 TFUE.

19 Spesso, per sostenere la tesi contraria sulla necessità di un'apertura 'incondizionata' al mercato viene richiamato l'art. 106 TFUE. Tuttavia, occorre evidenziare che le regole di concorrenza che la disposizione richiama, e a cui le imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale sono sottoposte, sono quelle contenute nel Capo 1 del Titolo VII del TFUE (che comprende regole applicabili alle imprese, e regole sugli aiuti concessi dagli Stati) e che nessuna di queste disposizioni riguarda l'affidamento a terzi dei servizi di interesse economico generale (SIEG).

In definitiva, le norme del TFUE, nel promuovere la creazione di un mercato unico, stabiliscono che quando un mercato esiste deve essere libero, salvi gli aiuti e le deroghe necessari per garantire l'adempimento degli obblighi di servizio universale. Le stesse norme lasciano libere le autorità statali nel decidere se e come intervenire nel settore dei SIEG.

Di conseguenza si può concludere che l'esternalizzazione dei SIEG non sia una scelta necessaria per l'ordinamento comunitario: né in termini generali; né in termini di tutela della concorrenza. In questo senso, molto chiaramente, F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2012, p. 723 ss., in particolare p. 739 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in H. BONURA-M. CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Percorsi e disciplina generale*, Torino, 2011, pp. 119-120, che evidenzia con precisione che le regole sulla concorrenza dell'Unione europea «iniziano ad operare ove l'organizzazione stessa, lungi dal trattenerne su di sé la produzione di beni o servizi, si rivolge a terzi ... La disciplina della concorrenza per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni presuppone infatti un rapporto con il mercato, ma la libera decisione dell'amministrazione di rivolgersi ad esso non può essere coartata per realizza-

che ne è stata dalla Corte di giustizia²⁰ e dalla Commissione²¹. Il diritto europeo dei contratti pubblici, ed oggi la direttiva concessioni, entrano in gioco una volta che un Paese membro abbia deciso per l'*outsourcing* di determinate funzioni²². Peraltro, alcuni studi hanno evidenziato una tendenza diffusa in Europa al c.d. *insourcing* di servizi pubblici già privatizzati²³ ('pendolo').

In Italia, dopo il referendum del 2011 e Corte cost. 20 luglio 2012, n. 199²⁴, anche la giurisprudenza amministrativa, con precipuo riferimento al modello *in house*, ha sostenuto più apertamente la tesi che il diritto comunitario *non impone* agli enti locali di affidare i servizi pubblici locali di rilevanza economica a terzi sul mercato²⁵.

re l'apertura al mercato di taluni settori di attività in cui l'amministrazione pubblica vorrebbe invece ricorrere all'autoproduzione».

20 Cfr. in particolare Corte giust., 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, in *Foro it.*, 2005, IV, c. 134, con nota di R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto*, e in *Urb. app.*, 2005, p. 288, con nota di R. DE NICTOLIS, *La corte Ce si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, e in *Foro amm.-CdS*, 2005, p. 665, con nota di E. Scotti, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della corte di giustizia*; e da ultimo Corte giust., 8 maggio 2014, causa C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, § 25: «un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi».

21 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, Bruxelles, 20 novembre 2007, Com(2007) 725 def., § 2, p. 4, in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0725&from=IT>: «spetta fondamentalmente alle autorità pubbliche, al pertinente livello, decidere sulla natura e sulla portata di un servizio d'interesse generale. Le autorità pubbliche possono decidere di erogare esse stesse i servizi oppure di affidarli ad altri soggetti, pubblici o privati, che possono agire a scopo di lucro oppure no».

22 Cfr. R. CARANTA-D.C. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, p. 494.

23 H. WOLLMANN-G. MARCOU, *From public sector-based to privatized service provision. Is the pendulum swinging back again? Comparative summary*, in H. WOLLMANN-G. MARCOU (a cura di), *The Provision of Public Service in Europe. Between State, Local Government and Market*, Cheltenham, 2010, pp. 240-260.

24 In *Foro it.*, 2013, I, c. 2758, con nota di R. ROMBOLI. La sentenza è stata commentata da moltissimi Autori, si segnalano qui alcuni dei contributi più significati rispetto al tema che si sta trattando: V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2900; F. MERLONI, *Una sentenza chiara sull'aggiornamento del referendum, poco utile per il definitivo assetto della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Regioni*, 2013, p. 211; L. PERFETTI, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno dell'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Giur. it.*, 2013, p. 679; J. BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, p. 155.

25 Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, in *Giurisdiz. amm.*, 2013, I, 171: «Stante l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, e le ragioni del quesito referendario (lasciare maggiore scelta agli enti locali sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, anche mediante internalizzazione e società *in house*) è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica». «Il diritto comunitario pone per il modello *in house* limiti meno stringenti rispetto alla disciplina statale (art. 23-bis, d.l. n. 112/2008), non avendo mai espressamente e univocamente affermato che per i servizi pubblici locali di rilevanza economica vi sia, per gli enti locali, un obbligo assoluto e inderogabile di affidarli a terzi sul mercato con esclusione dell'affidamento diretto a società *in house*».

3 La definizione della concessione di lavori e servizi

L'art. 5 della direttiva fornisce una definizione puntuale di concessione.

Al di là delle ovvie differenze quanto all'oggetto della concessione di lavori²⁶ e di quella di servizi²⁷, l'elemento che qualifica l'istituto è rappresentato dall'affermazione che la concessione comporta l'assunzione da parte del concessionario di un rischio operativo legato alla gestione.

Secondo la direttiva, il concessionario assume il rischio operativo solo nel caso in cui, in «condizioni operative normali», non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione. Inoltre, precisa la direttiva, il rischio trasferito al concessionario deve comportare «una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».

Nell'ambito del partenariato pubblico-privato, al quale tradizionalmente viene ricondotta anche la concessione di lavori o di servizi²⁸, l'assunzione di responsabilità e di rischi in capo all'operatore è un profilo che assumeva un rilievo particolare già nella decisione Eurostat del 2004²⁹.

Si tratta di un profilo che la Commissione ha più volte richiamato sin a partire dalla Comunicazione interpretativa del 2000³⁰ e successivamente ribadito³¹.

Ancora di recente la Commissione ha sostenuto con chiarezza, che «*the concept of risk is an essential element of the concept of concession. ... the concept of exploitation, implying the existence of a risk, is therefore essential in order to determine whether a service is a concession. ... The existence of a*

26 Quanto alla concessione di lavori, una prima lettura dell'art. 5, n. 1, lett. a), della direttiva potrebbe far pensare ad una differenza sostanziale rispetto all'art. 3, comma 11, codice contratti con riferimento all'oggetto del contratto a titolo oneroso. È infatti assente un richiamo all'affidamento della progettazione (esecutiva e/o definitiva) come possibile oggetto della concessione congiunto all'esecuzione di lavori. In realtà, la progettazione è inclusa nella nozione di «esecuzione di lavori» di cui al n. 7 dell'art. 5.

27 Prima della direttiva, per la distinzione tra concessione di costruzione e gestione e quella di pubblici servizi v. R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008, p. 129: nella prima «l'oggetto della prestazione è costituito dalla realizzazione dell'opera, mentre l'esercizio della stessa ha la funzione di riequilibrio economico, rappresentando il corrispettivo dell'appaltatore; nell'altra, invece, l'oggetto consiste nello svolgimento dell'attività di pubblico servizio, vale a dire di esercizio della relativa gestione, mentre la realizzazione eventuale di infrastrutture ha carattere strumentale».

28 V. l'art. 3, comma 15-ter, codice contratti.

29 *Treatment of public-private partnerships*, 11 febbraio 2004 in http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/2-11022004-AP/EN/2-11022004-AP-EN.html. Sulla rilevanza di questo documento in relazione all'assunzione di responsabilità e di rischi in capo all'operatore, «ancorché soprattutto per ragioni di ordine contabile e finanziario», cfr. A. TRAVI, *Il partenariato pubblico-privato: i confini di incerti di una categoria*, in *Negoziazioni pubbliche*, cit., p. 16. Sull'individuazione delle tre principali forme di rischio nei rapporti di partenariato cfr. in particolare F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslattività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 2011, pp. 709-711; A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2005, p. 1201 ss.

30 *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, 2000/C 121/2. Cfr. S. MONZANI, *Il trasferimento al privato del rischio economico di gestione quale tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi e le conseguenze in tema di normativa applicabile*, in *Foro amm-CdS*, 2013, p. 249, che sottolinea che in ambito comunitario, fin dalla Comunicazione del 2010, «il fattore che connota in via precipua l'istituto della concessione ... è stato individuato ... nel trasferimento del rischio economico di gestione al concessionario».

31 *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, Bruxelles, 5 febbraio 2008, C(2007)6661, in http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/comm_2007_6661_it.pdf.

*significant risk can only be verified on a case-by-case basis. The risks to be taken into account are those involved in providing the service or making available or using the work, particularly the risk associated with demand. In principle, the operator can be deemed to assume substantial operating risks if there is uncertainty as to the return on the investment made for providing the service»*³².

Il rischio di gestione economica è stato riconosciuto come l'elemento che caratterizza la concessione anche dalla giurisprudenza comunitaria³³. Pur con alcune sfumature, la giurisprudenza comunitaria ne ha fornito un'interpretazione abbastanza rigorosa: esso deve essere inteso come l'esposizione dell'impresa all'alea del mercato, che può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio³⁴.

Al contrario, rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico o come concessione di servizi, dal momento che essi sono insiti in qualsiasi contratto³⁵.

Nella direttiva queste affermazioni sono pedissequamente riproposte, in particolare nel *considerando* (20).

Eppure, accanto a significative conferme di orientamenti precedenti, la direttiva sembra segnare un punto di svolta nella definizione del concetto di rischio operativo legato alla gestione «comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi»³⁶ associata al superamento della tradizionale distinzione tra concessione di lavori e quella di servizi.

³² *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest*, Brussels, 29.4.2013, SWD (2013) 53 final/2, p. 102, in http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_en.pdf. Nella versione precedente del documento (7.12.2010, SEC(2010) 1545, final) cfr. pp. 75-76.

³³ Per un esame analitico di questa giurisprudenza v. G. CALDERONI, *La "nuova" concessione di servizi*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, p. 213 ss., in particolare pp. 227-232; E. MAURO, *La giurisprudenza di Lussemburgo sul rischio gestionale quale criterio discrezionale tra concessioni e appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, p. 1183 ss., in particolare pp. 1198 ss. e 1204, dove l'Autore sottolinea come la Corte abbia «imboccato con convinzione» il percorso indicato dalla Commissione europea sin dalla Comunicazione del 2000 «solo dopo un certo numero di tentennamenti»; F. PEIRONE, *La scelta del concessionario di servizi*, in *Foro amm.-CdS*, 2013, pp. 543-545.

³⁴ Corte giust., 10 marzo 2011, causa C-274/09, *Stadler*, in *Giurisd. amm.*, 2011, III, 332. Nello stesso senso Corte giust., 10 novembre 2011, causa C-348/10, *Norma – A SIA*, in *Urb. app.*, 2012, 287 con nota di R. CARANTA, *La Corte ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*, il quale ritiene che le ultime pronunce della Corte, in particolare a partire da Corte giust., 10 settembre 2009, causa C-206/08, *Eurawasser*, in *Racc.*, 2009, I-8377, sembrano aver «ridotto l'enfasi sul rischio che deve essere assunto dal concessionario» (p. 294). A me pare, invece, che anche in queste pronunce più recenti, la Corte di giustizia non si accontenti di «rischi molto ridotti» e ritenga che il rischio di gestione debba essere trasferito al concessionario in modo completo o almeno significativo (v. punto n. 77 in diritto della pronuncia *Eurawasser*).

³⁵ Corte giust., 10 marzo 2011, causa C-274/09, *Stadler*, cit. Inoltre, è stata esclusa la configurabilità della concessione qualora il rischio sia collegato alle competenze di regolamentazione dell'amministrazione aggiudicatrice in materia urbanistica e non al rapporto contrattuale derivante dalla concessione, in quanto, in questa ipotesi, il rischio non sarebbe collegato alla gestione (v. Corte giust., 25 marzo 2010, n. 451/08, *Helmut Müller GmbH*, § 78, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 999, con nota di G. CARULLO, *Rapporti tra potestà pubbliche ed opere di urbanizzazione*).

³⁶ Art. 5 n. 1 della direttiva.

La direttiva fornisce una definizione puntuale dei due tipi di rischio, anche se solo nei *considerando*³⁷. Per rischio sul lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio sul lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda.

Il rischio dal lato dell'offerta sembra coincidere con il rischio di disponibilità già definito nella decisione Eurostat del 2004. Si tratta dei casi in cui l'operatore non è in grado di consegnare il volume che è stato concordato contrattualmente o di soddisfare gli standard di sicurezza e di certificazione pubblica relative alla fornitura di servizi agli utenti finali, come specificato nel contratto. Oppure dei casi in cui l'operatore non soddisfa gli standard di qualità richiesti relativi alla consegna del servizio, come indicato nel contratto, e risultante da un evidente mancanza di "performance" del partner. Dunque, come ha efficacemente sintetizzato l'AVCP, il rischio di disponibilità «è il rischio legato alla *performance* dei servizi che il *partner* privato deve rendere»³⁸.

Al di là della nuova formulazione, credo che il rischio operativo dal lato dell'offerta, indicato nella direttiva, coincida con il rischio di disponibilità, indicato in precedenza nella decisione Eurostat³⁹.

Appare convincente l'opinione di chi ha ritenuto che la direttiva abbia «individuato il comune denominatore economico che possono assumere i rischi, collocandoli nel contesto della dinamica classica del mercato», dove «si frongegano domanda ed offerta ed i rischi si collocano in entrambi i versanti»⁴⁰.

Questo profilo di continuità rispetto al passato può rappresentare un elemento di novità se rapportato anche alle concessioni di servizi.

Come si è anticipato la direttiva supera la tradizionale distinzione tra la concessione di lavori e quella di servizi.

Ciò comporta che possa essere configurata una concessione di servizi anche nel caso in cui sull'operatore sia addossato il solo rischio dal lato dell'offerta.

Si tratta del modello delle concessioni c.d. fredde, disciplinate fino ad oggi solo per quanto riguarda la concessioni di lavori dall'art. 143, comma 9, del Codice⁴¹.

³⁷ *Considerando* (20).

³⁸ Determinazione n. 2 dell'11 marzo 2010, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*, in www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4174.

³⁹ Nello stesso senso, M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, pp. 746-747, che ritiene che «il motivo di questa mancata ripresa lessicale», nemmeno nei *considerando* della direttiva, «potrebbe risiedere nell'intenzione di voler accedere ad una ricostruzione del rischio che vada oltre quella indicata per la contabilizzazione Eurostat degli investimenti in PPP». Sulla proposte in merito alla definizione di rischio operativo durante i lavori preparatori cfr. S. LEVSTIK, *Proposta di Direttiva sulle concessioni: una prima analisi ricognitiva*, in *Negoziazioni pubbliche*, cit., p. 143.

⁴⁰ RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 747.

⁴¹ Cfr. anche *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, Bruxelles, 30 aprile 2004, Com(2004) 327 def., § 23, p. 9, in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=IT>: «in operazioni di altro tipo, il partner privato è destinato a realizzare e gestire un'infrastruttura per la pubblica amministrazione (ad esempio, una scuola, un ospedale, un centro penitenziario, un'infrastruttura di trasporto). L'esempio più tipico di questo modello è l'operazione di tipo PFI. In questo modello la retribuzione del partner privato non avviene in forma di compensi versati dagli utenti del lavoro o del servizio, ma di pagamenti regolari ricevuti dal partner pubblico. Questi pagamenti possono essere fissi, ma anche calcolati in modo variabile, in funzione, ad esempio,

Secondo la ricostruzione proposta dall'AVCP⁴², sono «fredde le opere per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi all'amministrazione e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa» (è il modello per esempio adottato per scuole, carceri, ospedali). Nel caso delle opere fredde l'amministrazione concedente è tenuta a pagare al privato concessionario non soltanto l'eventuale prezzo, ma a corrispondere periodicamente il c.d. canone di disponibilità ed i canoni per i servizi resi all'amministrazione. In tal caso l'esborso effettuato dall'amministrazioni concedente è rilevante e costante non soltanto durante il periodo di realizzazione dell'infrastruttura ma anche nel periodo di gestione.

Perché siano effettivamente trasferiti in capo all'operatore economico i rischi economici legati a questo tipo di contratto, l'erogazione del prezzo e dei canoni deve essere subordinata all'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali assunte dal concessionario, soprattutto in relazione al soddisfacimento degli standard di servizi predeterminati in termini di qualità o di volume⁴³.

Questo modello è stato considerato specifico della concessione di lavori ed è stato spesso rimarcato come nella concessione di servizi la remunerazione provenisse (in tutto o in parte) dagli utenti che usufruivano del servizio offerto dal concessionario.

Su questa lettura della concessione di servizi, ha giocato un ruolo importante anche la giurisprudenza comunitaria, che ha rimarcato spesso il profilo della remunerazione. Per esempio, la Corte di Giustizia europea ha affermato con vigore che la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede principalmente nelle modalità previste per l'attribuzione del corrispettivo dovuto a fronte del servizio reso dall'operatore economico⁴⁴; che un appalto pubblico di servizi⁴⁵ comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi⁴⁶; che si è in presenza, invece, di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto dell'operatore economico di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione⁴⁷.

della disponibilità dell'opera o dei servizi ad essa relativi, o anche della frequentazione dell'opera» (quest'ultimo è il caso dei c.d. pedaggi ombra).

42 Determinazione n. 2/2011 cit.

43 Cfr. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 746. Sul tema v. N. LUGARESI, *Concessioni di lavori pubblici e finanza di progetto*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., pp. 572-573, che esprime contrarietà all'ammissibilità di una concessione per le opere fredde "pure", «che saranno normalmente oggetto di contratti di appalto», ma che riconosce quanto alle concessioni per opere "tiepide" la possibilità che l'amministrazione sia costretta a un esborso sensibile.

44 Cfr. in particolare Corte giust., 10 settembre 2009, causa C-206/08, *Eurawasser*, cit., § 51.

45 Ai sensi delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE.

46 Cfr. in particolare, Corte giust. 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2006, 271, con nota di G.F. FERRARI, *Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?*, e in *Giust. amm.*, 2005, 1061, con nota di A. CLARIZIA, *La corte suona il de profundis per l'in house*, e in *Foro it.*, 2006, IV, c. 79, con nota di R. URSI, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società in house*, e in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 1915, con nota di F. GOISIS, *I giudici comunitari negano la «neutralità» delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*, e in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 133, con nota di G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*.

47 Cfr. in particolare Corte giust., sez. III, 15 ottobre 2009, n. 196, *Acoset*, in *Foro it.* 2010, IV, c. 514, con nota di H. SIMONETTI, *Gli affidamenti diretti a società miste all'esame della corte di giustizia: il servizio idrico integrato*, e in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2010, p. 251, con

E così la Corte di Giustizia ha ravvisato l'esistenza di una concessione di servizi nei casi in cui la remunerazione del prestatore proveniva da pagamenti effettuati dagli utenti di un parcheggio pubblico, di un servizio di trasporto pubblico e di una rete di teledistribuzione⁴⁸.

Si tratta di affermazioni sostanzialmente condivise dal giudice amministrativo che ha rimarcato spesso che nella concessione il concessionario eroga le proprie prestazioni al pubblico e, pertanto, assume il rischio della gestione dell'opera o del servizio, in quanto si remunera, almeno per una parte significativa, mediante la riscossione di un prezzo da parte degli utenti. Nell'appalto, invece, le prestazioni vengono erogate non al pubblico, ma all'Amministrazione, che è tenuta a remunerare l'attività svolta dall'appaltatore per le prestazioni ad essa rese. Salvo ritenere, in casi che hanno destato un vivace dibattito, che il servizio di trasporto pubblico urbano o il servizio di trasporto scolastico fossero da considerarsi un appalto in ragione di una specifica remunerazione erogata unicamente dall'amministrazione⁴⁹.

Prescindendo da alcune ambiguità di fondo in alcune pronunce (in particolare, è frequente la mancata distinzione tra destinatari sostanziali del servizio e erogazione della prestazione in favore dell'amministrazione in ragione di un prezzo corrisposto da essa corrisposto), la giurisprudenza europea⁵⁰ e nazionale⁵¹ ha ricostruito le concessioni di servizi essenzialmente con un rapporto trilaterale, nel quale gli utenti sono i destinatari del servizio e sono coloro che remunerano il servizio⁵².

A mio avviso, la casistica oggetto delle pronunce ha condizionato la lettura sul piano generale dell'istituto della concessione. Rimarcato spesso il profilo della remunerazione⁵³ in casi dove il servizio era rivolto a soggetti terzi ha finito con condizionare l'interprete anche sul piano degli elementi essenziali della concessione.

Ora però la direttiva estende il modello delle concessioni fredde alla con-

nota di G.F. FERRARI, *Società miste e affidamento diretto di servizi*, e in *Giur. it.*, 2010, p. 1193 con nota di R. CARANTA, *La corte di giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblici-privati*, e in *Urb. app.*, 2010, p. 156 con nota di G.F. NICODEMO, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*; Corte giust. 13 novembre 2008, causa C-437/07, *Commissione/Italia*, §§ 29 e 31, in *Giurisdiz. amm.*, 2008, III, p. 955; 10 settembre 2009, causa C-206/08, *Eurawasser*, cit., §§ 59 e 68.

48 Cfr. Corte giust., *Parking Brixen*, cit., § 40; Corte giust., 6 aprile 2006, causa C-410/04, *Associaz. naz. autotrasp. viaggiatori*, § 16, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 511, con nota di R. URSI, e in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 841 con nota di C. LACAVA, *In house providing e tutela della concorrenza*; Corte giust., 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant*, § 24, in *Urb. app.*, 2009, p. 285, con nota di F. LEGGIADRO, *Affidamento in house della concessione per la gestione di una rete di teledistribuzione: controllo analogo e controllo pubblico*, e in *Giur. it.*, 2009, p. 1254, con nota di R. CARANTA, *La corte di giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico*.

49 Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2531, in *Giurisdiz. amm.*, 2012, I, 890 e Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2011, 5068, in www.giustizia-amministrativa.it.

50 Tuttavia, evidenzia MAURO, *La giurisprudenza di Lussemburgo sul rischio gestionale quale criterio discrezionale tra concessioni e appalti*, cit., p. 1204, che la Corte, «nelle ultimissime sentenze», posto al centro del ragionamento il rischio di gestione, valuta «la provenienza della remunerazione dall'utenza o dall'amministrazione aggiudicatrice o, in misura variabile, da entrambe» solo un indice dell'effettività del rischio stesso.

51 Di recente v. Cons. Stato, ad. plen., n. 13/2013, cit.: «La distinzione attiene alla struttura del rapporto, che nell'appalto di servizi intercorre tra due soggetti (la prestazione è a favore dell'amministrazione), mentre nella concessione di servizi pubblici intercorre tra tre soggetti, nel senso che la prestazione è diretta al pubblico o agli utenti». Sulla casistica giurisprudenziale nazionale sul «normale rapporto trilaterale concedente-concessionario-utenti» v. CALDERONI, *La "nuova" concessione di servizi*, p. 236 ss.

52 Da ultimo sul punto v. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., 749.

53 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «è la modalità della remunerazione ... il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi».

cessione di servizi, rispetto alla quale si è sempre registrata l'assenza di una disposizione analoga all'art. 143, comma 9, Codice contratti.

In questo modello di concessione l'utente resta sullo sfondo, nel senso che la remunerazione generata dalla gestione del servizio inerisce esclusivamente a un rapporto tra l'amministrazione e il concessionario⁵⁴, è indipendente dal rischio della domanda, e dunque è in definitiva indipendente dal pagamento dell'utente. Gli utenti in queste ipotesi possono essere i beneficiari della concessione, ma non sopportano i costi del servizio.

In alcune ipotesi, dunque, la trilateralità della concessione di servizi sarebbe superata, almeno nel senso che è indifferente quale sia il soggetto che remunera il servizio⁵⁵.

Ciò nonostante si tratterebbe pur sempre di un servizio rivolto ad utenti. In questo senso, con riferimento alla concessione di lavori, andrebbe letto il richiamo, contenuto nell'art. 143, comma 9, codice dei contratti, alle opere «funzionali alla gestione di servizi pubblici», anche se utilizzate direttamente dalla pubblica amministrazione⁵⁶.

4. La trilateralità della concessione di servizi nella direttiva n. 23/2014

Tale ultima considerazione però non esaurisce il profilo della trilateralità della concessione⁵⁷. La questione che si va prospettando si pone su un piano differente, e cioè se sia possibile una concessione di servizi dove la bilateralità non sia riferita (solo) alla remunerazione del servizio, ma anche al beneficiario del servizio. In altri termini, se sia possibile una concessione di servizi senza dare rilievo a utenti terzi rispetto all'amministrazione.

L'orientamento maggioritario in dottrina ha finora ritenuto che la circostanza che il servizio fosse pubblico, cioè rivolto alla collettività e quindi a una utenza,

⁵⁴ Cfr. *Considerando* (18): «... occorre precisare che alcuni accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore dovrebbero configurarsi come concessioni qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura».

⁵⁵ In questo senso RICCHI, *op. cit.*

⁵⁶ Diversamente GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, cit., pp. 725-726, che distingue tra opere fredde che mirino ad un servizio alla collettività, in cui la trilateralità si ritrova in senso «meramente sostanziale», e opere fredde godute direttamente dall'amministrazione ex art. 143, comma 9, Codice, in cui il «rapporto è meramente bilaterale sul piano sia formale (nessuna relazione negoziale è destinata a stabilirsi con soggetti diversi dall'amministrazione concessionaria) che economico sostanziale (non esiste un'utenza che direttamente si avvantaggi, anche solo materialmente, dell'opera ...)». A me pare che questa ulteriore distinzione non sia convincente, nel senso che anche nelle ipotesi di cui all'art. 143, comma 9, sia configurabile un'utenza che si avvantaggi seppure solo materialmente dell'opera; ciò alla luce del richiamo, evidenziato sopra nel testo, che l'art. 143, comma 9, compie alle opere «funzionali alla gestione di servizi pubblici». In questo ultimo senso, anche il Libro verde del 2004 (v. sopra nota 41) e l'AVCP nella determinazione n. 2/2011 che non a caso fanno riferimento agli esempi degli ospedali e delle scuole.

⁵⁷ Prima della direttiva ha prevalso la convinzione che la trilateralità fosse un elemento necessario della concessione di servizi: cfr. ad esempio C. IANONE, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, Torino, 2010, p. 218 (secondo cui «è sicuramente vero che tutti i servizi prestati direttamente alla pubblica amministrazione non possono mai costituire oggetto di un contratto di concessione».); S. DE FELICE, *Concessioni di servizi*, in G.F. FERRARI-G. MORBIDELLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, I, Milano, 2013, p. 390.

fosse uno dei requisiti fondamentali della concessione di servizi⁵⁸. Anche in alcuni studi, che hanno preceduto la direttiva n. 23/2014, si è ritenuto che la trilateralità del rapporto concessorio di servizi fosse un elemento imprescindibile, nonostante si sia riconosciuto che in generale essa appaia «sotto alcuni profili recessiva in sede legislativa interna e comunitaria»⁵⁹. Certamente, la circostanza che la casistica esaminata dalla giurisprudenza comunitaria sia stata prevalentemente incentrata su servizi pubblici (casi dunque dove la remuneratività del servizio era legata in tutto o in parte dal prezzo pagato dall'utente) ha agevolato questa interpretazione.

Anche l'AVCP si è mossa su questo solco e ha argomentato che il «vero *discrimen*» tra la concessione e l'appalto debba essere ricercato, oltre che nella diversa allocazione del rischio di gestione del servizio, «nel differente destinatario della prestazione». Secondo l'Autorità si ha concessione «se il servizio è rivolto al pubblico, e non direttamente all'Amministrazione, e se, almeno per la parte prevalente, la remunerazione del concessionario derivi dalla gestione del servizio»⁶⁰.

Credo che la direttiva sulle concessioni si ponga su una linea già tracciata dal legislatore comunitario del 2004: la trilateralità non è un elemento che qualifica la concessione rispetto all'appalto. Alcuni servizi indicati nell'allegato II del codice dei contratti sono certamente rivolti a una collettività, eppure se remunerati dall'amministrazione sono configurati come appalto (di servizi)⁶¹.

Tuttavia, anche in questo caso, con precipuo riferimento all'art. 30 codice contratti, la lettura prevalente è stata nel senso che l'appalto di servizi possa avere una struttura trilaterale, cioè il servizio può essere rivolto a soggetti diversi dall'amministrazione⁶², ma non il contrario, cioè la prestazione del servi-

⁵⁸ Dunque servizio pubblico reso alla collettività nel caso di concessione, servizio reso all'amministrazione nel caso di appalto. Su questo profilo cfr. R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., p. 107 ss.

⁵⁹ GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslattività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, cit., p. 725.

⁶⁰ Parere 9 febbraio 2011, n. 28 in www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4565. Nello stesso senso la Deliberazione 8 maggio 2013, n. 22, in www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=5409, che ha ribadito che ai fini della configurabilità della concessione di servizi ex art. 30 codice contratti occorre avere riguardo alle modalità con le quali il servizio è reso (in favore degli utenti), del sistema di remunerazione previsto (il costo grava sugli utenti, ancorché con l'eventuale corresponsione di una quota da parte della pubblica amministrazione), dell'assunzione di rischio di gestione in capo all'impresa (la remuneratività della gestione è legata ai livelli di utenza e sull'operatore economico grava il rischio dell'inadempimento degli utenti).

⁶¹ È il caso dei servizi di trasporto (su cui, inoltre, v. la nota successiva e *infra* nel testo). Nel senso che secondo la nozione comunitaria la concessione di servizi può avere ad oggetto solo eventualmente la prestazione di un servizio pubblico v. F. LEGGIADRO, *La concessione di servizio pubblico e l'obbligo della gara secondo il diritto comunitario*, in *Urb. app.*, 2005, pp. 217-218.

⁶² Cons. Stato, n. 2531/2012 cit., in materia di trasporto pubblico locale; nella stessa materia, per la giurisprudenza comunitaria, Corte giust., 10 novembre 2011, causa C-348/10, *Norma – A SIA*, cit. che ha ritenuto che ai sensi della dir. 2004/17, si ha «appalto», e non «concessione di servizi», quando risulta che «il rischio di esposizione all'alea del mercato non venga assunto in misura rilevante dall'aggiudicatario», essendo prevista, tra l'altro, la compensazione delle «perdite del prestatore connesse all'esecuzione dell'appalto riguardanti la parte dei costi connessi all'esecuzione dell'appalto di servizi di trasporto pubblico che ecceda gli introiti ottenuti, i costi generati dall'applicazione delle tariffe fissate dal committente, i costi venuti in essere nel caso in cui il committente applichi riduzioni tariffarie a determinate categorie di passeggeri e i costi connessi all'osservanza dei requisiti di qualità imposti dopo l'inizio della prestazione dei servizi» (§§ 53-55).

Cfr. B. GILIBERTI, *Le concessioni di pubblico servizio tra sistematiche nazionali diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 186 che evidenzia che «appalti e concessioni di pubblico servizio hanno entrambi natura contrattuale e si distinguono strutturalmente ma possono avere identico oggetto, come in caso di affidamento di pubblici servizi per mezzo di contratti di appalto».

zio oggetto della concessione deve necessariamente rivolgersi a soggetti terzi⁶³.

È stato già autorevolmente evidenziato che il legislatore europeo si sia ben guardato dal fare riferimento in questi anni alla nozione della concessione di servizio pubblico, adoperando al suo posto quella più generica (e ampia) di concessione di servizi⁶⁴. In questa seconda possono rientrare i servizi rivolti alla collettività e i servizi rivolti essenzialmente alla pubblica amministrazione, senza che ciò sia funzionale a qualificare il rapporto in termini di appalto o di concessione.

In Italia, il recepimento integrale della nozione di concessione di cui alla direttiva 2004/18 ad opera del codice contratti ha determinato il venire meno nel nostro ordinamento del tradizionale binomio tra concessione e servizio pubblico⁶⁵.

Da questo punto di vista, in senso critico la dottrina ha messo in luce che la disciplina della concessione di servizi contenuta nel codice dei contratti ha accentuato la «confusione e conseguente tendenziale dissoluzione di pubblico servizio», in quanto caratterizzata dalla confusione tra lo strumento concessorio, «tradizionalmente impiegato per l'affidamento a terzi di servizi pubblici, e l'appalto pubblico di servizi, nato, invece, per l'esternalizzazione di prestazioni strumentali all'amministrazione»⁶⁶.

Analoghe considerazioni si possono ricavare dalla disciplina di alcuni settori speciali, come quello del trasporto pubblico⁶⁷, nel cui ambito la configurazione di una concessione o di un appalto dipende dalla circostanza che vi sia o meno il trasferimento in capo al concessionario del rischio economico della gestione del servizio⁶⁸.

A questa tendenza legislativa, non a caso, si è accompagnata l'interpretazione giurisprudenziale che ha via via riconosciuto al rischio operativo rilievo centrale nella distinzione tra appalto e concessione.

63 È la lettura ad esempio di IANONE, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, cit., p. 218 e della stessa Autorità nel parere n. 28/2011 cit. Di recente, invece, in senso contrario G. GRECO-N. BASSI, *L'ambito oggettivo di applicazione del codice*, in R. VILLATA-M. BERTOLISSI-V. DOMENICHELLI-G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, p. 247, che sottolineano che quanto sancito dall'art. 30 codice contratti «dovrebbe trovare applicazione ogni qual volta si si tratti di affidare l'incarico di prestare un servizio (non necessariamente, si badi, a favore di terzi)».

64 F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI, Milano, vol. I, 2008, p. 283 Id., *Le concessioni di servizi*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici (nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005)*, Milano, 2005, p. 107; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussione e problemi*, Milano, 2008, p. 122. Sulle diverse interpretazioni circa l'allontanamento dalla nozione di servizio reso al pubblico nelle direttive del 2004 v. L. BERTONAZZI-R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, IV, p. 1861 ss. e VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., p. 122 ss.

65 In questo senso CALDERONI, *La "nuova" concessione di servizi*, cit., p. 253.

66 A. PIOGGIA, *L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il "pubblico servizio" in Italia?*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 500, che ritiene inoltre che quando «non c'è corrispondenza fra necessario impiego dello strumento concessorio e natura di pubblico servizio dell'attività affidata o necessario impiego dell'appalto e natura strumentale del servizio da affidare, emergono incoerenze che, anche sotto questo profilo, dipendono dalla crisi della nozione di servizio pubblico e al tempo stesso la alimentano» (p. 502).

67 Sul quale v. in particolare L. BERTONAZZI, *La disciplina del trasporto pubblico locale nel regolamento comunitario n. 1370/2007*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, p. 433 ss.; M.A. SANDULLI, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in www.federalismi.it.

68 Cfr. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, cit., p. 728; SANDULLI, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, cit., pp. 10-11.

Tale centralità nella configurabilità della concessione ha trovato oggi una precisa corrispondenza nella definizione dell'istituto codificata dalla direttiva, come si è già avuto modo di evidenziare. E rispetto a questa centralità appaiono marginali i riferimenti agli utenti, pure presenti nella direttiva⁶⁹, almeno nel senso che la trilateralità del servizio non è mai posta quale elemento essenziale della concessione (né evidentemente elemento distintivo della concessione rispetto all'appalto). Nella direttiva del 2014, ciò che qualifica la concessione, e la differenza rispetto all'appalto, è unicamente il trasferimento del rischio operativo⁷⁰.

Se a queste considerazioni si associa il profilo in precedenza esaminato, cioè che il rischio operativo è configurato dalla direttiva del 2014 anche solo in termini di rischio dell'offerta (v. paragrafo precedente)⁷¹, mi pare che la conclusione debba essere nel senso di ammettere la concessione di un servizio rivolto essenzialmente alla pubblica amministrazione, purché ovviamente ricorra il trasferimento del rischio operativo.

Per esempio, nei casi di servizi rivolti a migliorare l'efficienza amministrativa, il privato potrebbe essere remunerato dall'amministrazione attraverso una quota del minor costo o del maggior guadagno indotto dal servizio offerto⁷².

Ciò comporta, evidentemente, che in queste ipotesi l'amministrazione sia tenuta ad applicare la disciplina sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e non quella sugli appalti, nonostante la 'bilateralità del rapporto'. In particolare, in questi casi dovrebbero essere adottate le regole più snelle e semplificate in tema di procedura di scelta del contraente, di aggiudicazione e di esecuzione del contratto.

Il possibile superamento della trilateralità della concessione di servizi dovrebbe comportare una riflessione anche sull'elemento della traslatività, che in questa sede non è possibile affrontare. È opportuno solo accennare a due aspetti. Da un lato, la direttiva del 2014 precisa che le concessioni «possono, ma non devono necessariamente, implicare un trasferimento di proprietà» al soggetto concedente, al quale, invece, devono necessariamente spettare «i vantaggi derivanti dai lavori o servizi in questione»⁷³. Dall'altro, la concessione può avere ad oggetto un servizio reso all'amministrazione (*id est* non pubblico, dunque senza che vi sia la delega di un'attività di interesse generale propria del pubblico), ipotesi nella quale verrebbe meno l'oggetto della traslazione o dell'accrescimento a favore del concessionario, almeno se inteso nella comune accezione di titolarità del servizio in capo al pubblico.

69 Cfr. i *considerando* (1), (16), (21), (52), (53), (66).

70 Cfr. in particolare *considerando* (18), (20).

71 Così superando gli argomenti condivisibili sostenuti prima dell'emanazione della direttiva da GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, cit., p. 728, secondo cui se «i giudici comunitari pretendono la sussistenza in concreto ed in modo significativo (almeno sotto il profilo del trasferimento) del rischio di domanda, va da sé che quest'ultimo non c'è, almeno di norma, nel caso di una domanda data dal solo contraente pubblico. Invero, il concessionario, a fronte di unico cliente a sé contrattualmente legato, non ha e non può avere, a suo carico, alcun rischio di domanda qualificato». Ora, come specificato nel testo, la direttiva configura un rischio dal solo lato dell'offerta anche con riferimento ai servizi, rischio che è appunto (può essere) alternativo al rischio di domanda.

72 Per un esempio simile, anche se riferito al profilo della remunerazione del servizio prescindendo dai soggetti, v. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 750.

73 *Considerando* (11). In precedenza, in senso diverso, Corte giust., 25 marzo 2010, n. 451/08, *Helmut Müller GmbH*, § 72, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 999, con nota di G. CARULLO, *Rapporti tra potestà pubbliche ed opere di urbanizzazione*.

5. L'ambito di applicazione della direttiva n. 23/2014

Si è già esposto che la direttiva si applica tanto alle concessioni di lavoro che a quello di servizi⁷⁴ e che la direttiva fornisce una definizione articolata dell'istituto, funzionale da un lato a definire l'ambito oggettivo di applicazione della direttiva n. 23/2014, dall'altro a distinguere la concessione dall'appalto pubblico, che rientra nel campo di applicazione delle altre due coeve direttive nn. 24 e 25/2014.

Gli elementi di interesse rispetto al campo di applicazione della nuova direttiva attraverso il prisma della nozione di concessione non sono limitati alla distinzione tra concessione e appalto e concernono anche le principali esclusioni, con particolare riferimento alla concessione di beni pubblici e alle concessioni nei settori regolamentati.

Quanto al *primo aspetto*, ribadita la distinzione tra le concessioni e le autorizzazioni o le licenze⁷⁵ alle quali si applicano (solo) le disposizioni specifiche della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio⁷⁶, la direttiva precisa che non dovrebbero configurarsi come concessioni – almeno ai fini dell'applicazione delle disposizioni della direttiva stessa – gli accordi che hanno ad oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica⁷⁷, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici. Ciò vale di norma per i contratti di locazione di immobili demaniali «che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore»⁷⁸.

⁷⁴ Ai sensi dell'art. 19 della direttiva le concessioni per i servizi sociali e altri servizi indicati nell'allegato IV che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva sono soggette esclusivamente agli obblighi previsti dall'art. 31, comma 3 (pubblicazione di un avviso di preinformazione); 32 (avvisi di aggiudicazione); 46 e 47 (tutela).

⁷⁵ *Considerando* (14): «non dovrebbero configurarsi come concessioni determinati atti dello Stato membro, quali autorizzazioni o licenze, con cui lo Stato membro o una sua autorità pubblica stabiliscono le condizioni per l'esercizio di un'attività economica, inclusa la condizione di eseguire una determinata operazione, concesse di norma su richiesta dell'operatore economico e non su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e nel cui quadro l'operatore economico rimane libero di recedere dalla fornitura dei lavori o servizi ... A differenza di detti atti dello Stato membro, i contratti di concessione stabiliscono obblighi reciprocamente vincolanti in virtù dei quali l'esecuzione di tali lavori o servizi è soggetta a specifici requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore e aventi forza esecutiva».

Sulle concessioni di beni pubblici, con particolare riferimento alla soddisfazione nel rapporto concessorio di un interesse privato e dell'interesse pubblico, v. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, p. 462 ss.

Sulle autorizzazioni e concessioni come alternative tra due visioni opposte dei regimi autorizzatori istituiti per la regolamentazione di molte attività economiche, v. da ultimo M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato*, relazione al 60° Convegno di studi amministrativi *Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese*, Varenna, 18-20 settembre 2014.

⁷⁶ Cfr. ancora *considerando* (14).

⁷⁷ Il riferimento è in particolare al settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti (v. *considerando* (15)).

⁷⁸ *Considerando* (15).

Tale ipotesi sembra non coincidere con quella contenuta nell'elenco puntuale delle esclusioni contemplato dall'art. 10, il cui comma 8 dispone che la direttiva non si applica alle «concessioni per ... l'acquisto o la locazione quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni». In prospettiva sistematica, infatti, sembra più rigoroso ritenere che questa fattispecie di esclusione sia la medesima di quella già prevista per gli appalti pubblici dall'art. 19, comma 1, lett. a), codice contratti, che aveva recepito quanto disposto dall'art. 16 della direttiva 2004/18, e cioè una disposizione diretta ad escludere dal novero degli appalti pubblici, e (ora) delle concessioni, i contratti aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione di immobili *da parte* dell'amministrazione.

In ogni caso, è opportuno sottolineare che l'esclusione non dovrebbe operare esclusivamente in ragione della natura pubblica del bene e che sarebbe possibile configurare una concessione di servizi in quei casi in cui la concessione del bene pubblico sia strumentale alla fornitura e alla gestione di un servizio, con le caratteristiche in precedenza evidenziate⁷⁹.

Quanto al *secondo aspetto*, le concessioni nei settori regolamentati, nonostante sul punto si registri una 'esposizione a salti' nei *considerando*, attraverso una lettura composita delle premesse e di alcune disposizioni specifiche, emerge un quadro coerente con la definizione di concessione, per un verso, e abbastanza chiaro da un punto di vista sistematico, per l'altro.

I contratti che non implicano pagamenti al contraente, in cui la remunerazione del contraente è determinata in base a tariffe regolamentate, calcolate in modo da coprire la totalità dei costi e degli investimenti sostenuti dal contraente per la fornitura del servizio, non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva n. 23/2014.

Qualora la regolamentazione di settori specifici elimini il rischio prevedendo una garanzia a favore del concessionario per il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti per l'esecuzione del contratto, non dovrebbe potersi configurare una concessione. Tuttavia, la circostanza che il rischio sia limitato sin dall'inizio non dovrebbe escludere che il contratto si configuri come concessione⁸⁰. Si è già evidenziato che, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, il rischio operativo trasferito al concessionario deve essere sostanziale ma non necessariamente totale.

Ora, accanto ad alcuni settori regolamentati esclusi in senso oggettivo dal campo di applicazione della direttiva, come ad esempio il trasporto pubblico di passeggeri di cui al regolamento n. 1370/2007⁸¹, e ad alcune esclusioni speci-

⁷⁹ Si condivide l'opinione espressa da RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 748, che ritiene che «la Direttiva è applicabile qualora la p.a. programmi e affidi mediante gara concorrenziale al privato un bene demaniale, anche un tratto di litorale per balneazione, specificando i servizi da erogare, il volume della domanda pubblica da soddisfare, la tipologia delle strutture utili per la balneazione come un parco acquatico, le strutture alberghiere, le sale convegni per estendere l'attività in bassa stagione, una eventuale riqualificazione del water front, ecc.».

⁸⁰ Sul tema, prima della direttiva, cfr. G. ROMA, *Concessioni di beni o di servizi? Divergenze giurisprudenziali fra Francia e Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 1128 ss., in particolare pp. 1128-1129.

⁸¹ *Considerando* (20): «Può essere questo il caso, per esempio, di settori con tariffe regolamentate o dove il rischio operativo sia limitato mediante accordi di natura contrattuale che prevedono una compensazione parziale, inclusa una compensazione in caso di cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore ovvero per cause di forza maggiore».

⁸² Art. 10, comma 3, direttiva.

fiche come quelle nel settore delle comunicazioni elettroniche⁸² e nel settore idrico⁸³, la direttiva non pone un'esclusione generale o generalizzata rispetto a tutti i settori regolamentati, rispetto ai quali vale una considerazione in parte analoga a quella in precedenza avanzata rispetto alle concessioni di beni pubblici: la direttiva si applicherà anche nei settori regolamentati, ovviamente lì dove non operano specifiche esclusioni, se ricorra la figura della concessione secondo le caratteristiche proprie definite dalla direttiva. In definitiva, anche nei settori regolamentati non espressamente esclusi, rappresenta ancora una volta un elemento decisivo il fatto che nel contratto sia previsto il trasferimento in capo al contraente del rischio operativo, non necessariamente in misura integrale purché significativa (dunque rischio in astratto configurabile anche in presenza di una sua limitazione *ab origine*). Se questo trasferimento sussiste, attraverso una valutazione che non può prescindere dall'analisi attenta delle condizioni contrattuali nel caso concreto, allora si devono applicare le disposizioni della direttiva, perché in questi casi si configura una concessione.

6. La disciplina (unitaria) sulla tutela, la scelta del contraente e la durata delle concessioni

Si è già esposto che la direttiva fornisce una definizione di concessione funzionale, tra l'altro, a distinguere la concessione dall'appalto pubblico, che rientra nel campo di applicazione delle altre due coeve direttive nn. 24 e 25/2014.

Non sempre, però, la distinzione tra concessione e appalto marca una differenza di disciplina. Se questo è certamente vero quanto alle procedure di aggiudicazione, che rispetto alla concessione sono previste snelle e flessibili, ciò non accade rispetto alla disciplina sulla tutela. L'art. 46 della direttiva n. 23/2014 modifica la direttiva 89/665/CEE, come già modificata in precedenza dalla direttiva 2007/66/CE, di fatto estendendo alla concessione le garanzie previste, nell'ambito degli appalti pubblici, a favore dei soggetti non aggiudicatari, come ad esempio il termine di *stand still* per la stipulazione del contratto dopo l'aggiudicazione⁸⁴. Nell'ordinamento italiano, ciò dovrebbe contribuire a superare ogni incertezza sulla piena applicabilità della complessa disciplina oggi contenuta negli artt. 121-122-123 codice del processo amministrativo anche alle concessioni⁸⁵.

⁸² Art. 11 direttiva.

⁸³ Art. 12 direttiva.

⁸⁴ In modo analogo l'art. 47 d modifica la direttiva 92/13/CEE. Cfr. il *considerando* n. (81) «Allo scopo di garantire un'adeguata tutela giurisdizionale dei candidati e degli offerenti durante le procedure di aggiudicazione di concessioni, nonché al fine di rendere effettivo il rispetto delle disposizioni della presente direttiva e dei principi del TFUE, la direttiva 89/665/CEE del Consiglio e la direttiva 92/13/CEE del Consiglio dovrebbero applicarsi anche alle concessioni di servizi e alle concessioni di lavori aggiudicate sia da amministrazioni aggiudicatrici che da enti aggiudicatori. È opportuno pertanto modificare di conseguenza le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE».

⁸⁵ Il richiamo contenuto nell'art. 30, codice contratti, ai principi generali relativi ai contratti pubblici e quello alle disposizioni della parte IV sul contenzioso, ora trasfusi nel codice del processo amministrativo, in alcune occasioni sono stati ritenuti decisivi per ritenere applicabili anche alle concessioni di servizi il termine di *stand still* di cui all'art. 11, comma 10, codice contratti. Cfr. Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 10 aprile 2012, n. 618, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Lombardia, sez. I, 17 maggio 2010, n. 1524, in www.giustizia-amministrativa.it. Diversamente

Infine, un ultimo breve cenno deve essere dedicato alla disciplina della scelta del contraente e alla durata delle concessioni di lavori e di servizi.

Si tratta di disposizioni minime, che vanno nella direzione, da molti auspicata, di un testo snello e flessibile rispetto alla direttiva appalti⁸⁶. Da un lato la direttiva fa propri i principi noti di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, nell'ordinamento italiano già richiamati come principi fondamentali applicabili anche alle concessioni dall'art. 30, comma 3, codice contratti. Dall'altro, la direttiva codifica pochi obblighi procedurali (o «garanzie procedurali»), spesso semplificati rispetto a quelli negli appalti pubblici, tra i quali quelli ad esempio in merito alla pubblicazione di un bando (art. 31), ai requisiti tecnici (art. 36), ai termini per la presentazione delle offerte (art. 39) e ai criteri di aggiudicazione (art. 41).

Si è già evidenziato che la *ratio* dell'intervento del legislatore europeo assume un significato ampio e serve a anche (ri)affermare la valenza regolatoria della disciplina delle concessioni, in particolare quelle di servizi pubblici, almeno nel senso che tale disciplina sia funzionale a favorire la concorrenza *per* il mercato. Uno dei punti della disciplina più significativo rispetto a questo profilo è rappresentato, a mio avviso, dall'affermazione che la durata di una concessione di lavori o di servizi è limitata⁸⁷. Il termine, pur non essendo fissato in via generale, in quanto lasciato alla stima dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario, trova un parametro di riferimento in cinque anni.

La direttiva precisa che il termine di durata delle concessioni deve essere limitato al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato e restrizioni della concorrenza. Le concessioni di durata molto lunga possono dar luogo alla preclusione dell'accesso al mercato, ostacolando la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento⁸⁸.

Nel quadro di una disciplina flessibile, attenta a diverse esigenze⁸⁹, è però possibile che la concessione abbia un termine di durata molto lungo; ciò può essere giustificato se è indispensabile per consentire al concessionario di recuperare gli investimenti previsti per eseguire la concessione, nonché di ottenere un ritorno sul capitale investito. Per le concessioni di durata superiore a cinque anni la durata deve essere limitata al periodo in cui si può ragionevolmente prevedere

TAR Toscana, sez. I, 20 dicembre 2010, n. 6780 in *Foro amm-Tar*, 2010, p. 3820 secondo cui nella procedura per l'affidamento di una concessione di servizi, pur non essendo la stipulazione del contratto soggetta al rispetto del termine dilatorio ex art. 11, comma 10, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e non essendo quindi applicabile alla fattispecie l'art. 121 c.p.a., il contratto può egualmente essere dichiarato inefficace in base all'art. 122 c.p.a. poiché l'art. 30 comma 7, d.lgs. n. 163/2006 richiama le disposizioni della parte quarta del decreto medesimo, che a sua volta, in tema di inefficacia del contratto, rimanda alle norme del codice processuale. In senso contrario all'applicazione della clausola di *stand still* alla procedura per l'affidamento di una concessione di servizi Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2249, in www.giustizia-amministrativa.it.

In dottrina cfr. C. BENETAZZO, *Contratti della P.A. e annullamento dell'aggiudicazione*, Padova, 2012, p. 340, nota 120; A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, p. 629.

⁸⁶ Cfr. M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di public procurement*, in *Negoziazioni pubbliche*, cit., p. 126.

⁸⁷ Perentorio in questo senso l'art. 18 direttiva.

⁸⁸ *Considerando* (52).

⁸⁹ Sul punto cfr. CARANTA-DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, cit., 494 «Le specificità della materia, che incide non si dimentichi su contratti normalmente a lunga durata che riguardano la prestazione di servizi auspicabilmente di buona qualità a cittadini ed utenti, hanno dunque indotto il legislatore europeo ad optare per una disciplina «light», che contempera flessibilità (ed adeguatezza) nella scelta del modulo contrattuale e del contraente con una tutela di base della concorrenza».

che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati per eseguire i lavori e i servizi e ottenga un ritorno sul capitale investito in condizioni operative normali, tenuto conto degli specifici obiettivi contrattuali assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti⁹⁰.

Di converso, l'amministrazione dovrebbe sempre poter aggiudicare una concessione per un periodo più breve di quello necessario per recuperare gli investimenti, a condizione che la corrispondente compensazione non elimini il rischio operativo.

È evidente che rispetto al termine di durata la centralità del rischio operativo è bilanciata dall'esigenza di assicurare al concessionario l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti, ma tali valori sono calibrati in funzione pro-concorrenziale. Non è un caso che il termine massimo della concessione dovrebbe essere indicato nei documenti di gara, a meno che la durata sia utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto⁹¹.

7. Conclusioni

La direttiva imporrà alcune modifiche importanti nella disciplina sui contratti pubblici.

L'unificazione della disciplina della concessione di lavori pubblici e di servizi ad opera della direttiva potrà essere attuata in modi diversi dal legislatore. Alcune linee guida, fondate su un principio di semplificazione e chiarezza del testo normativo, possono essere però sin d'ora prospettate.

Sarebbe auspicabile che il codice dei contratti prevedesse una parte generale riferita ora a tutti i contratti, senza distinzione tra concessioni e appalti. È ormai chiaro che vi siano alcuni principi fondamentali che devono sorreggere la procedura di affidamento a prescindere dal fatto che il contratto sia qualificabile in termini di appalto o di concessione.

Anche alcune garanzie procedurali sono comuni e di carattere generale, in quanto espressione di questi principi, e potrebbero trovare un'analogia collocazione nel codice; penso soprattutto alla pubblicazione di un bando come regola di principio per assicurare la trasparenza e la più ampia partecipazione degli operatori economici.

Interventi più di dettaglio, ma pur sempre comuni alle concessioni di servizi e di lavori, saranno poi resi necessari dalla centralità del rischio operativo nella nozione comunitaria di concessione e dall'obbligo del trasferimento di questo rischio in capo al concessionario imposto assai chiaramente dalla direttiva. Penso, per esempio, a quanto dispone l'art. 143, comma 7, richiamato dall'art. 30, comma 7, codice contratti, volto nella sostanza a eliminare il trasferimento del rischio assunto dal concessionario, mediante la previsione nel contratto di un corrispettivo da versare al concessionario per l'eventuale valore residuo

⁹⁰ Cfr. art. 18, comma 2 e *considerando* (52), che inoltre precisa che «La stima dovrebbe essere valida al momento dell'aggiudicazione della concessione. Dovrebbe essere possibile includere gli investimenti iniziali e successivi ritenuti necessari per l'esecuzione della concessione, in particolare spese per infrastrutture, diritti d'autore, brevetti, materiale, logistica, affitto, formazione del personale e spese iniziali». In questo senso v. l'art. 18, comma 3, direttiva.

⁹¹ Cfr. *considerando* (52).

dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione⁹². Penso, ancora, al principio di equilibrio economico finanziario⁹³ che dovrà assumere un significato più coerente rispetto all'obbligo di trasferimento, integrale o sostanziale, del rischio operativo.

Più in generale, la direttiva pone la necessità di un ripensamento dell'approccio del legislatore e dell'interprete rispetto ad alcuni grandi temi. Ancora una volta la direttiva europea non prende in considerazione la specificità della nozione di servizio pubblico. Non si tratta più di una tendenza che può essere diversamente interpretata. A distanza di dieci anni occorre prendere atto che il punto di vista del legislatore europeo è più pragmatico e propone categorie giuridiche meno raffinate di quelle che hanno impegnato gli interpreti in questi anni.

La logica di fondo nella direttiva è quella di una 'distinzione tenue' tra appalti e concessioni, destinata a tradursi in una disciplina di dettaglio differente, ma pur sempre retta da principi, regole di fondo, tutele comuni⁹⁴. Tale distinzione, inoltre, non passa attraverso l'oggetto della prestazione, che può riguardare tanto i servizi resi all'amministrazione quanto quelli destinati e rivolti a terzi, ma attraverso l'assunzione o meno del rischio gestionale da parte dell'operatore economico.

Ciò rafforza l'esigenza che l'amministrazione espliciti già prima del bando la propria determinazione in ordine al contratto, di concessione o d'appalto, da stipulare in esito alla procedura di aggiudicazione. L'amministrazione, dunque, dovrà compiere con trasparenza la scelta di fondo sul modello contrattuale prescelto nel caso concreto, attraverso l'individuazione chiara degli elementi essenziali del contratto, tra i quali, ovviamente, è ricompresa anche l'assunzione o meno del rischio gestionale da parte dell'operatore economico. Da questo punto di vista, sarà decisiva la valutazione caso per caso anche delle clausole contrattuali⁹⁵, che però non potrà più essere condotta sulla scorta degli schemi tradizionali della trilateralità della concessione e bilateralità dell'appalto. Occorrerà invece una valutazione rigorosa circa l'effettivo trasferimento del rischio di gestione in capo al contraente, e poiché i criteri per questo tipo di valutazione possono essere molto vari, è opportuno che in sede di recepimento della direttiva il legislatore italiano adotti degli indici di valutazione stringenti ad ausilio degli operatori e del giudice amministrativo.

In definitiva, a me pare che nella direttiva n. 23/2014 la nozione di concessione finisca col risultare molto influenzata dal dato economico-finanziario⁹⁶ e sia ispirata da una 'logica di bilancio', sulla scorta della decisione Eurostat 2004 sul partenariato pubblico-privato: se l'operatore privato non sostiene il

92 Critico rispetto a questa disposizione già prima della direttiva GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, cit., p. 737 e il parere del Cons. Stato, ad. gen., 6 giugno 2007, n. 1750, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, I, 1034 relativo allo schema di decreto legislativo correttivo del codice contratti (d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113).

93 Prima della direttiva cfr. G.F. CARTEI, *Il principio di equilibrio economico-finanziario e la disciplina del contratto di concessione*, in *Urb. app.*, 2012, p. 129 ss.

94 Le disposizioni sulla tutela (v. sopra nel testo e nota 85) sono comuni anche alle concessioni per i servizi sociali e altri servizi elencati nell'allegato IV (v. nota 74).

95 Sugli *escamotage* contrattuali per "liberare" l'operatore economico dal rischio gestionale v. M.G. GRECO, *Chiarimenti sull'istituto di concessione nella direttiva 2014/23/UE. Il rischio "operativo" nel rapporto concessorio*, in www.lineeavcp.it, p. 10.

96 Così come accadeva per la giurisprudenza di Lussemburgo più recente v. Mauro, *La giurisprudenza di Lussemburgo sul rischio gestionale quale criterio discrezionale tra concessioni e appalti*, cit., p. 1204.

rischio operativo (nelle sue diverse possibili articolazioni) il contratto ricade sui bilanci pubblici, con ovvie conseguenze in termini di impatto sul *deficit* dello Stato. La concessione dunque non deve (più) rappresentare lo strumento per aggirare le regole del bilancio pubblico.



COMMENTI

Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti tra *matière pénale* e divieto di *bis in idem* (note a margine della sentenza Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014)

di Feliciano Palladino

«1. Il carattere penale di un procedimento è subordinato al grado di severità della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata (*Engel e altri c. Paesi Bassi*), e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta. [...] Alla luce di quanto è stato esposto e tenuto conto dell'importo elevato delle sanzioni pecuniarie inflitte e di quelle cui erano passibili i ricorrenti, la Corte ritiene che le sanzioni [per l'illecito di manipolazione del mercato] rientrano, per la loro severità, nell'ambito della materia penale. [...]

2. La Corte reputa che il procedimento dinanzi alla CONSOB non soddisfi tutte le esigenze dell'articolo 6 della Convenzione, soprattutto per quanto riguarda la parità delle armi tra accusa e difesa e il mancato svolgimento di una udienza pubblica che permettesse un confronto orale [...]

Per quanto riguarda l'imparzialità oggettiva, la Corte nota che il regolamento della CONSOB prevede una certa separazione tra organi incaricati dell'indagine e organo competente a decidere sull'esistenza di un illecito e sull'applicazione delle sanzioni [...] Rimane comunque il fatto che l'ufficio IT, l'ufficio sanzioni e la commissione non sono che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso presidente. Secondo la Corte, ciò esprime il consecutivo esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno ad una stessa istituzione; ora, in materia penale tale cumulo non è compatibile con le esigenze di imparzialità richieste dall'art. 6 § 1 della Convenzione. [...]

3. La Corte rammenta che, nella causa *Serguei Zolotukhin c. Russia*, la Grande Camera ha precisato che l'articolo 4 del Protocollo n. 7 deve essere inteso nel senso che esso vieta di perseguire o giudicare una persona per un secondo 'illecito' nella misura in cui alla base di quest'ultimo vi sono fatti che sono sostanzialmente gli stessi [...]. La Corte osserva che, contrariamente a quanto sembra affermare il Governo, dai principi enunciati nella causa *Serguei Zolotukhin* sopra citata risulta che la questione da definire non è quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187-ter e 185 punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dalla CONSOB e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stessa condotta [...].

Secondo la Corte, si tratta chiaramente di un'unica e stessa condotta da parte delle stesse persone alla stessa data. [...] Di conseguenza, la nuova azione penale riguardava un secondo 'illecito', basato su fatti identici a quelli che avevano motivato la prima condanna definitiva».

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Il procedimento sanzionatorio CONSOB in materia di abusi di mercato e la *matière pénale*. – 3. Sanzioni amministrative e principi del giusto processo: l'estensione della portata applicativa dell'art. 6 CEDU al procedimento sanzionatorio CONSOB. – 4. Il divieto di *bis in idem* tra procedimento sanzionatorio (formalmente) amministrativo e giudizio penale. – 5. Problemi aperti nel diritto vivente: la necessità di un ripensamento del sistema sanzionatorio a doppio binario.

1. Il caso

Il caso oggetto della pronuncia in commento trae origine da un procedimento sanzionatorio avviato dalla CONSOB nei confronti di alcuni esponenti di primo piano del *management* del gruppo FIAT e dei loro consulenti, accusati di aver diffuso un falso comunicato nell'ambito della complessa vicenda finanziaria generata da un prestito convertibile contratto da FIAT S.p.a. con alcune banche.

L'accordo prevedeva che, in caso di mancato rimborso, gli istituti di credito avrebbero potuto compensare gli importi dovuti acquisendo il controllo della società debitrice mediante sottoscrizione di azioni di nuova emissione.

Secondo l'ipotesi accusatoria, i responsabili avrebbero volontariamente ommesso di menzionare nel comunicato le trattative in corso tra l'Avv. Grande Stevens e la banca d'affari Merrill Lynch International Ltd per la rinegoziazione di un contratto di *equity swap*, la cui modifica avrebbe consentito agli azionisti di riferimento di FIAT di non perdere il controllo della società.

Al termine dell'istruttoria, la CONSOB ha riconosciuto gli accusati colpevoli dell'illecito di *manipolazione del mercato* (art. 187-ter t.u.f.) ed ha conseguentemente inflitto loro pesanti sanzioni pecuniarie ed interdittive, la cui misura è stata successivamente ridotta dalla Corte d'Appello di Torino e confermata definitivamente dalla Cassazione con sentenza del 23 giugno 2009.

Sulla base dei medesimi fatti contestati in sede amministrativa, i responsabili della diffusione del comunicato sono stati accusati del delitto di cui all'art. 185 t.u.f. (*manipolazione del mercato*) e rinviati a giudizio innanzi al Tribunale di Torino.

Nelle more della definizione del primo grado di giudizio, gli interessati hanno proposto ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, denunciando una serie di violazioni dei principi sanciti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli addizionali.

In via preliminare, i ricorrenti hanno sostenuto che, a dispetto della scelta classificatoria operata dal legislatore italiano, l'illecito contestato dall'Autorità di Vigilanza dovesse qualificarsi come *sostanzialmente penale* ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dalla CEDU.

Muovendo da tale assunto, gli interessati hanno censurato la procedura sanzionatoria svoltasi innanzi alla CONSOB per violazione delle garanzie in materia di *equo processo* (art. 6 CEDU), ponendo in rilievo (i) l'assenza di contraddittorio sui fatti oggetto dell'accusa, (ii) il mancato svolgimento di un'udienza pubblica e (iii) il palese difetto d'imparzialità dell'organo preposto a decidere fatti oggetto di contestazione.

I ricorrenti hanno altresì dedotto la violazione del divieto di *bis in idem* sancito dall'art. 4, Protocollo 7, CEDU, che, come è noto, impone agli Stati firmatari di non sottoporre a procedimento penale chi sia stato già condannato in via definitiva per lo stesso fatto. Nel caso di specie, secondo i ricorrenti, la na-

tura sostanzialmente penale del procedimento svoltosi innanzi alla CONSOB avrebbe dovuto escludere l'esercizio dell'azione penale, posto che le due contestazioni avevano ad oggetto la medesima condotta.

2. Il procedimento sanzionatorio CONSOB in materia di abusi di mercato e la *matière pénale*

Le censure promosse dai ricorrenti muovono tutte da un assunto comune: nonostante la dichiarata qualificazione amministrativa del procedimento svoltosi innanzi alla CONSOB, le sanzioni inflitte ai responsabili dei comunicati devono considerarsi *sostanzialmente penali* e, come tali, interessate dal sistema di tutele che la Convenzione riserva alla *matière pénale*.

Come è noto, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha da tempo elaborato una nozione di *illecito penale* del tutto autonoma rispetto alle classificazioni operate dagli ordinamenti interni, ciò al fine di evitare che i legislatori nazionali possano eludere le garanzie convenzionali riservate alla *materia penale* semplicemente attribuendo a determinati illeciti carattere amministrativo o disciplinare¹.

Nella celebre pronuncia sul caso *Engel ed altri c. Paesi Bassi*², la Corte EDU ha enucleato tre criteri a ricorrere dei quali un'infrazione può essere attratta nell'orbita penale³.

Il primo attiene alla *qualificazione operata dal diritto interno*, che tuttavia assume un'importanza relativa nel ragionamento della Corte e serve soltanto come punto di partenza del percorso ermeneutico: se l'illecito è qualificato come penale dall'ordinamento nazionale, trovano immediata applicazione le garanzie convenzionali, senza necessità di ricorrere ad ulteriori indagini^{4 5}.

Non vale, invece, il reciproco, di talché, in assenza di tale requisito *formale*,

1 V. *ex multis*, Corte EDU, 26 marzo 1982, *Adolf c. Austria*, e 21 marzo 2006, *Valico s.r.l. c. Italia*. V. anche Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Germania*, in cui il Collegio ha affermato che «*The Convention is not opposed to the moves towards 'decriminalisation' which are taking place – in extremely varied forms – in the member States of the Council of Europe. The Government quite rightly insisted on this point. Nevertheless, if the Contracting States were able at their discretion, by classifying an offence as "regulatory" instead of criminal, to exclude the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7), the application of these provisions would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention*» (§ 49).

2 Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel ed altri c. Paesi Bassi*. In dottrina, si v. in particolare C.E. PALIERO, *'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte eur. dir. uomo: una questione classica a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss.

3 Per una approfondita disamina dell'applicazione giurisprudenziale degli *Engel criteria* si v. M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli stati membri dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. communit.*, 2012, p. 267 ss. Sugli aspetti chiaroscurali della dottrina *Engel*, si veda invece, E. MARZADURI, *Processo penale e processo disciplinare: giurisprudenza "europea" e prospettive per la legislazione interna italiana*, in V. CAPPELLETTI-A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 593 ss.

4 Cfr. Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Germania*, secondo cui «*in any event, the indications furnished by the domestic law of the respondent State have only a relative value*» (§ 52).

5 Cfr. per tutte, Corte EDU, 23 ottobre 1995, *Schmautzer c. Austria*, § 28.

il Collegio procede a valutare la natura *sostanziale* della fattispecie applicando i restanti parametri^{6 7}.

Il secondo criterio riguarda la *natura dell'infrazione*, che viene accertata alla luce delle finalità perseguite dal legislatore attraverso l'adozione della norma sanzionatoria.

In particolare, occorre verificare che la sanzione connessa all'illecito sia posta a *salvaguardia di interessi generali* – normalmente tutelati dal diritto penale – e si caratterizzi per la *sua funzione deterrente e repressiva*, non potendosi qualificare come *penali* sanzioni aventi un carattere meramente risarcitorio o ripristinatorio⁸.

L'ultimo criterio attiene, infine, alla *gravità della sanzione*.

Secondo la Corte, tale parametro deve essere valutato in astratto, prendendo come riferimento la pena massima edittale prevista per l'illecito e, dunque, prescindendo dall'accertamento della gravità della sanzione inflitta nel caso concreto⁹.

È bene rilevare che, mentre il primo criterio (la qualificazione attribuita dal diritto interno) da solo non è mai decisivo al fine di stabilire la natura di un illecito, la presenza di almeno uno degli altri due parametri è in genere ritenuta sufficiente per ricondurre la fattispecie nella *materia penale*.

La Corte si riserva peraltro la possibilità di adottare un approccio cumulativo qualora l'analisi dei singoli criteri non le consenta di pervenire ad una soluzione certa quanto all'intrinseca natura della fattispecie sanzionatoria¹⁰.

Nel caso di specie, quanto alla *natura dell'illecito*, la Corte europea ha osservato che la norma sanzionatoria violata dai ricorrenti ha la funzione «*di garantire l'integrità dei mercati finanziari e di mantenere la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni*» e che la stessa CONSOB ha tra i suoi scopi il perseguimento di «*interessi generali della società, normalmente tutelati dal diritto penale*»¹¹.

Per quanto riguarda la *gravità della sanzione*, il Collegio ha invece osservato che il sistema punitivo introdotto dal legislatore italiano con la legge n. 62/2005 si caratterizza per sanzioni pecuniarie particolarmente afflittive e «*comporta per i rappresentanti delle società coinvolte, la perdita temporanea*

6 La valenza univoca delle attribuzioni formali degli ordinamenti nazionali è stata acutamente definita *one-way autonomy* da P. VAN DIJK-F. VAN HOOFF-A. VAN RIJN-L. ZWAAK, *Theory and practice of the European Convention of Human Rights*, Intersentia Publishers, Antwerpen-Oxford, 2006, p. 543.

7 Cfr. Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, in cui si afferma che «*it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States*» (§ 82).

8 Cfr. Corte EDU, 1 febbraio 2005, *Ziliberberg c. Moldova*, in cui la Corte ha qualificato una sanzione amministrativa pecuniaria come sanzione penale in quanto «*the fine was not intended as pecuniary compensation for damage but was punitive and deterrent in nature*». Si veda, altresì sul punto, Corte EDU, 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia*, § 47.

9 Cfr. ex multis Corte EDU, 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, § 72; 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Germania*, § 50; 8 giugno 1976, *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, § 82.

10 Cfr. Corte EDU, 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia*, in cui la Corte, dopo aver analizzato i singoli criteri enucleati dalla sentenza *Engel* osserva che «*none of them is decisive on its own, but taken together and cumulatively they made the "charge" in issue a "criminal" one within the meaning of Article 6 para. 1 (art. 6-1), which was therefore applicable*» (§ 47).

11 Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, § 96.

della loro onorabilità», e, nel caso di società quotate, «l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo [...] per una durata variabile da due mesi a tre anni»¹².

Sulla scorta di tali considerazioni, «tenuto conto delle sanzioni pecuniarie inflitte e di quelle cui erano passibili i ricorrenti», in continuità con i suoi precedenti in materia, la Corte ha stabilito che «le sanzioni in causa rientr[a]no, per la loro severità, nell'ambito della materia penale» e che, pertanto «il profilo penale dell'art. 6 § 1 [è] applicabile nel caso di specie»¹³.

3. Sanzioni amministrative e principi del giusto processo: l'estensione della portata applicativa dell'art. 6 CEDU al procedimento sanzionatorio CONSOB

Muovendo da tale approdo preliminare, la Corte di Strasburgo ha accolto parzialmente le doglianze promosse dai ricorrenti con riferimento all'art. 6 CEDU, censurando sia il mancato rispetto dei canoni di equità e pubblicità della procedura sia l'insufficiente imparzialità dell'organo preposto a decidere sulla fondatezza dell'accusa.

Quanto al primo profilo, il Collegio ha innanzitutto dato atto che la sanzione era stata inflitta sulla base di quanto riportato in un documento predisposto dagli organi investigativi dell'Autorità e rispetto al quale i ricorrenti non erano stati posti in condizione di difendersi in maniera adeguata¹⁴.

Come è noto, il principio di parità delle armi tra accusa e difesa è espressione del più generale principio del giusto processo consacrato dall'art. 6 §1 CEDU, per cui gli Stati firmatari hanno l'obbligo di tutelare il diritto dell'interessato a partecipare attivamente al giudizio che lo vede coinvolto, garantendogli la miglior difesa possibile.

Sul punto, l'orientamento espresso dalla Corte è costante nell'affermare che le parti hanno sempre il diritto di poter contraddire eventuali osservazioni formulate dall'accusa, specie quando il parere reso dagli organi inquirenti possa influire in maniera determinante sulla decisione finale¹⁵.

Nel caso di specie, la Corte ha rilevato che la mancata comunicazione del

¹² *Ibidem*, § 97.

¹³ *Ibidem*, § 99-101.

¹⁴ *Ibidem*, § 117. L'applicazione delle tutele previste dall'art. 6 CEDU anche ai procedimenti sanzionatori amministrativi è trattata con dovizia di particolari da F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 669 ss. Il tema è trattato altresì da M. ALLENA, *op. cit.* Interessanti spunti di riflessione anche in M. SIRAGUSA-C. RIZZA, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo "stato dell'arte" dopo le sentenze Menarini, KME e Posten Norge*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 408 ss.; A.E. BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011.

¹⁵ Nella sentenza resa nel caso *Morel c. Francia*, 6 giugno 2000, la Corte ricorda che il diritto ad un procedimento in contraddittorio implica, in linea di principio, la facoltà per le parti di un processo, penale o civile, di avere cognizione di ogni documento o osservazione presentata al giudice. Cfr., altresì, Corte EDU, 27 marzo 1998, *J.J. c. Paesi Bassi*, § 43; 12 aprile 2007, *Martelli c. Italia*; 4 ottobre 2007, *Corcuff c. Francia*, § 31.

documento predisposto dagli organi investigativi dell'Autorità aveva di fatto impedito ai ricorrenti di controdedurre all'ipotesi accusatoria, violando il diritto degli interessati di partecipare al procedimento e di influire attivamente sulla formazione del convincimento dell'organo giudicante.

Ciò detto, la Corte ha posto l'accento sulla mancata celebrazione di un'udienza *pubblica* nel corso del procedimento e nella successiva fase di opposizione innanzi alla Corte d'Appello di Torino evidenziando come tale vizio procedimentale non potesse ritenersi sanato dall'udienza – questa sì, aperta al pubblico – svoltasi davanti alla Corte di Cassazione, attesa la limitata cognizione affidata al Giudice di legittimità¹⁶.

Passando al secondo profilo di doglianza, il Collegio ha innanzitutto richiamato i criteri elaborati dalla giurisprudenza per definire il concetto di imparzialità: secondo la Corte, perché venga rispettata la disciplina dell'art. 6 CEDU, è necessario che l'organo giudicante sia caratterizzato da una terzietà sia soggettiva che oggettiva¹⁷.

Quanto al primo aspetto, nessun componente dell'organo deve avere pregiudizi personali nei confronti dell'accusato e non deve essere portatore di interessi confliggenti con lo stesso¹⁸.

L'imparzialità oggettiva consiste, invece, nell'escludere ogni legittimo dubbio in merito alla terzietà dell'organo nel suo complesso, prescindendo quindi dalle caratteristiche personali dei suoi componenti¹⁹.

Nel caso di specie, la Corte ha rilevato una carenza di imparzialità oggettiva dell'organo preposto all'irrogazione della sanzione: secondo la Corte, infatti, gli uffici dotati di poteri d'indagine e quelli competenti ad assumere la decisione finale sull'accusa, sebbene formalmente distinti, «*non sono che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso presidente. Secondo la Corte, ciò determina il consecutivo esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno ad una stessa istituzione; ora, in materia penale tale cumulo non è compatibile con le esigenze di imparzialità richieste dall'articolo 6 § 1 della Convenzione*»²⁰.

Tali rilievi fanno il paio con quanto affermato nella nota pronuncia *Dubus S.A. c. Francia*, in cui la Corte ha vagliato la compatibilità della struttura organizzativa della *Commission bancaire* francese (COB) con i parametri di imparzialità imposti dall'art. 6 CEDU²¹.

Anche in quel caso – esattamente come nella pronuncia in commento – i Giudici europei hanno stabilito che, nonostante la formale distinzione tra l'organo istruttorio-accusatorio (il *Secrétariat Général*) e l'organo competente ad irrogare la sanzione (la *Commission*), la presenza di uno stretto rapporto di interdipendenza tra gli stessi non garantiva il rispetto delle esigenze di imparzialità richieste dalla Convenzione.

Per dare esecuzione alla sentenza, il legislatore francese ha completamen-

¹⁶ *Grande Stevens*, § 122, 152-155.

¹⁷ V. Corte EDU, 24 giugno 2003, *Garaudy c. Francia*; 15 novembre 2001, *Papon c. Francia*; 25 luglio 2000, *Tierce e altri c. San Marino*; 15 giugno 2000, *Pullicino c. Malta*; 25 luglio 2000, *Tierce e altri c. San Marino*.

¹⁸ V. Corte EDU, 23 giugno 1981, *La Compté, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*.

¹⁹ Cfr. Corte EDU, 20 maggio 1998, *Gautrin e altri c. Francia*; 15 dicembre 2005, *Kyprianou c. Cipro*.

²⁰ *Grande Stevens*, § 137.

²¹ Corte EDU, 11 settembre 2009, *Dubus S.A. c. Francia*.

te riformato l'organizzazione amministrativa in materia di vigilanza bancaria, devolvendo le funzioni prima attribuite alla *Commission bancaire* a due organi nettamente distinti: la *Commission des sanctions*, competente a decidere sulla fondatezza delle accuse e ad irrogare le sanzioni, e il *Collège*, che svolge funzioni di indagine e di vigilanza continua sulle condotte poste in essere dagli operatori²².

Occorre dunque chiedersi se, sulla scorta delle statuizioni contenute nella sentenza *Grande Stevens*, non sia necessario recepire anche nel nostro ordinamento le indicazioni della Corte di Strasburgo in merito all'interpretazione dell'art. 6 CEDU, adeguando la struttura organizzativa delle Autorità amministrative ai principi espressi in sede europea.

Per la verità, il legislatore italiano si era già mosso in tale direzione con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, che ha introdotto una serie di innovazioni volte a garantire una maggiore imparzialità ed obiettività delle decisioni assunte all'esito delle procedure sanzionatorie di competenza degli Organismi di Vigilanza²³. Tuttavia, a valle della pronuncia in commento, ci si trova costretti a rilevare che tale intervento non ha raggiunto il proprio scopo e necessita di essere ulteriormente affinato.

Sebbene, infatti, il legislatore nazionale si sia preoccupato di introdurre l'obbligo di attuare una separazione tra funzione istruttoria e funzione decisoria, dalla disamina dei regolamenti adottati dalle diverse Autorità al fine di disciplinare i propri procedimenti sanzionatori emerge la tendenza a disciplinare la procedura di accertamento degli illeciti secondo una struttura trifasica che non sembra garantire una piena conformità ai principi espressi dalla Corte di Strasburgo.

Più nel dettaglio, il modello regolatorio adottato da quasi tutte le Autorità italiane prevede: (i) la prima fase di apprensione dei fatti (o pre-istruttoria), durante la quale vengono raccolte informazioni e dati sulla presunta infrazione, allo scopo di decidere se sia opportuna l'apertura di un'istruttoria ovvero sia possibile disporre l'archiviazione degli atti; (ii) la fase istruttoria, in cui l'Autorità esercita penetranti poteri di accertamento allo scopo di raccogliere gli elementi probatori necessari a sostenere l'accusa²⁴; e, infine, (iii) la fase decisoria, all'esito della quale viene adottato il provvedimento finale.

22 *Ordonnance* n. 2010-76 del 21 gennaio 2010, art. L. 612-4.

23 Per un commento alla disciplina introdotta dalla legge n. 262/2005 si v. L. DE ANGELIS-N. RONDINONE (a cura di), *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario: commento alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 e ai provvedimenti attuativi*, Giappichelli, Torino, 2008.

24 Gli strumenti garantistici, da taluni considerati carenti nella fase di indagine preliminare trovano pieno riconoscimento nel corso dell'istruttoria, ove si esplicano tutte le facoltà partecipative e difensive dei soggetti destinatari della contestazione dell'addebito. All'opinione di chi ritiene inapplicabile la legge n. 241/1990 alla fase pre-istruttoria, in quanto priva di valenza procedimentale (M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 433) si contrappone la tesi di coloro che ritengono qualificabile tale fase come vero e proprio subprocedimento autonomo (L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 730 ss.), evidenziando altresì che l'esigenza del contraddittorio rilevi maggiormente proprio in questo contesto, che rappresenta la naturale sede di in cui vengono raccolti i primi elementi probatori che confluiranno poi nel provvedimento finale, tant'è che alcune Autorità indipendenti lo assicurano quantomeno in via di prassi (M. CLARICH-L. ZANETTINI *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 364; D. AGUS, *Il procedimento sanzionatorio dell'Isvap*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 901; M. SCALISE-P. MARIANO, *L'Isvap*, in AA.VV. (a cura di G.P.P. CIRILLO-R. CHIEPPA), *Le autorità amministrative indipendenti*, Cedam, Padova, 2011, p. 932; L. SCHIONA, *Le garanzie procedurali nell'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie da parte dell'Isvap*, in *Assic.*, 2009, p. 399).

Si è già avuto modo di evidenziare che, secondo i dettami della Corte EDU, l'esigenza di imparzialità della decisione finale può ritenersi garantita solo ove alla formale separazione tra fase istruttoria e fase decisoria corrisponda un effettivo divieto dell'organo preposto all'adozione della misura sanzionatoria di interferire nell'attività degli uffici che hanno istruito la causa e che hanno mosso le contestazioni.

Dall'analisi dei procedimenti sanzionatori di competenza delle diverse Autorità indipendenti nazionali emerge, invece, una sostanziale sovrapposizione tra le funzioni dell'organo che svolge attività d'indagine e quelle dell'organo deputato all'irrogazione della sanzione finale.

Con particolare riferimento al procedimento sanzionatorio diretto dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (AEEGSI), il Regolamento che disciplina la procedura attribuisce agli *uffici* e al *responsabile del procedimento* le competenze connesse alla fase pre-istruttoria e a quella istruttoria, investendo un diverso organo (il *Collegio*) del compito di assumere il provvedimento finale²⁵.

Occorre, peraltro, rilevare che, sebbene la fase istruttoria sia condotta dagli *uffici*, essa è comunque soggetta alla direzione dell'autorità deliberante, cui spetta il potere di decidere sugli atti più importanti dell'attività di accertamento. In tale prospettiva, gli organi inquirenti si limitano a svolgere una funzione strumentale e di mero supporto al procedimento sanzionatorio.

Ed infatti, l'art. 4, comma 1, del Regolamento prevede che, nei casi di presunte infrazioni, il Collegio, valutate le proposte degli uffici, abbia competenza esclusiva a deliberare sull'avvio dell'istruttoria. Inoltre, ai sensi del successivo art. 11, l'esercizio del potere di effettuare verifiche ispettive, perizie o consulenze da parte del responsabile del procedimento deve essere previamente autorizzato dall'organo collegiale.

Considerazioni in parte analoghe valgono per il procedimento di competenza dell'Autorità di regolazione dei trasporti (ART).

Il Regolamento che disciplina l'esercizio del potere sanzionatorio ripropone la scissione tra fase preliminare, fase istruttoria e fase decisoria e, parallelamente, investe gli *uffici* dei poteri inquirenti e il *Consiglio* dei poteri deliberativi²⁶.

Tuttavia, ancora una volta, l'esigenza che la delibera finale sia assunta da un organo imparziale perché privo di cognizione circa la precedente attività di accertamento non pare pienamente garantita.

Innanzitutto, l'art. 5 del Regolamento dispone che sia il *Consiglio* ad autorizzare l'avvio del procedimento sulla base delle proposte degli uffici e degli elementi probatori acquisiti nella fase pre-istruttoria. Pertanto, già nel corso delle indagini preliminari l'organo decisorio assume contezza dei fatti e valuta la sussistenza dei presupposti per un intervento sanzionatorio.

Diversamente da quanto accade nel corso del procedimento diretto dall'AEEGSI, non è invece necessaria la preventiva autorizzazione del *Consiglio* per i principali interventi accertativi eseguiti dal responsabile del procedimento. Per vero, tale peculiarità, più che ispirata da un'esigenza di effettiva separazione delle funzioni, sembrerebbe doversi ricondurre alla minore incisività dei poteri inquirenti che il regolamento attribuisce all'autorità competente ope-

²⁵ Cfr. Delibera 243/2012/E/com, adottata in attuazione del d.lgs. n. 93/2011.

²⁶ Cfr. Regolamento del 27 febbraio 2014 disponibile sul sito dell'ART, www.autorita-trasporti.it

rante in seno all'Autorità di regolazione dei trasporti²⁷.

La sovrapposizione sostanziale tra funzione istruttoria e funzione decisoria riemerge peraltro nella fase finale del procedimento sanzionatorio, per via del riconoscimento al Consiglio del potere di richiedere agli *uffici* un supplemento d'indagine, con specifica indicazione degli elementi da acquisire²⁸: tale facoltà, infatti, consente all'organo collegiale di dirigere l'attività istruttoria e di assumere rispetto ad essa una posizione che mal si concilia con la terzietà ed imparzialità richieste dalle norme della CEDU.

Alla luce di quanto brevemente illustrato, si evince che il rischio di parzialità dell'organo competente all'adozione delle misure sanzionatorie nei procedimenti di competenza delle Autorità indipendenti non risulta definitivamente neutralizzato e, conseguentemente, le censure mosse dalla Corte di Strasburgo alla struttura organizzativa della CONSOB nel caso *Grande Stevens* ben potrebbero valere per l'articolazione interna delle altre Autorità indipendenti nazionali.

Si rende necessario, pertanto, che il Legislatore intervenga quanto prima, riformando le procedure sanzionatorie in modo da evitare indebite commistioni tra poteri decisorii e poteri di indagine.

Con ciò non si intende certo sostenere che nei procedimenti sanzionatori amministrativi non sia opportuna la presenza di un organo terzo che sovrain tenda all'attività d'indagine degli uffici e che assuma una funzione di garanzia rispetto all'esercizio delle prerogative difensive dell'accusato; al contrario, la scelta di non attribuire agli organi inquirenti il potere di gestire in assoluta autonomia la fase della raccolta degli elementi istruttori da porre a fondamento della proposta di irrogazione della sanzione rappresenta una forma di tutela per il destinatario della contestazione da cui, ad avviso di chi scrive, non si dovrebbe recedere.

Tuttavia, per allineare la struttura dei procedimenti sanzionatori diretti dalle Autorità indipendenti ai principi espressi dalla Corte EDU, sarebbe necessario che l'organo deputato a dirigere l'attività istruttoria non coincidesse con quello cui spetta stabilire se sia o meno opportuno irrogare la sanzione: solo in questo modo, infatti, potrebbe essere garantita una effettiva distinzione (formale e sostanziale) tra la fase di raccolta degli elementi probatori e la fase in cui le emergenze istruttorie vengono valutate al fine di assumere la decisione finale.

4. Il divieto di *bis in idem* tra procedimento sanzionatorio (formalmente) amministrativo e giudizio penale

Come anticipato in premessa, accanto alla violazione delle norme che regolano l'equo processo secondo Convenzione, i ricorrenti hanno dedotto la violazione del loro diritto a non essere giudicati e puniti due volte per lo stesso fatto.

Come è noto, tale diritto è sancito dall'art. 4, Protocollo 7, della CEDU, a mente del quale «*no one shall be liable to be tried or punished again in crimi-*

²⁷ L'art. 5 del Regolamento non contiene alcun riferimento ad un generale potere di eseguire ispezioni, perizie e consulenze, limitandosi a prevedere la possibilità degli uffici di richiedere al destinatario della contestazione e ad ogni altro soggetto documenti, informazioni e/o chiarimenti in relazione al procedimento in corso.

²⁸ Art. 12 del Regolamento che disciplina la procedura sanzionatoria dell'ART.

nal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State».

La norma non esclude che una stessa condotta possa essere astrattamente sussunta in più fattispecie sanzionatorie, ma vieta soltanto l'esercizio dell'azione penale in relazione ad una "offence" che sia stata già punita con un provvedimento (amministrativo o giurisdizionale) di carattere definitivo e non più soggetto ad impugnazione.

Il perimetro applicativo del divieto di *bis in idem* è dunque strettamente connesso alla verifica del corretto significato da attribuire al termine "offence".

Secondo l'opinione prevalente, tale espressione non identifica la fattispecie astratta tipizzata dalla norma sanzionatoria, bensì *il fatto storico* che ha determinato l'irrogazione della sanzione²⁹. Pertanto, al fine di verificare la violazione del divieto di *bis in idem*, occorre accertare la condotta oggetto di contestazione in sede penale sia *sostanzialmente identica* a quella che ha determinato una condanna definitiva all'esito di un procedimento qualificabile come *penale* in base agli *Engel criteria*.

Tale orientamento ha trovato conferma nella nota sentenza *Serguei Zolotukhin c. Russia*, in cui la Grande Camera ha stabilito che l'art. 4, Protocollo 7, CEDU «*deve essere interpretato nel senso che vieta di perseguire o giudicare una persona per un secondo 'reato' nella misura in cui alla base di quest'ultimo vi sono fatti identici o che sono sostanzialmente gli stessi*» che hanno già condotto all'irrogazione di una sanzione (formalmente o sostanzialmente) penale³⁰.

Nel caso di specie, il Governo italiano ha contestato la fondatezza delle doglianze promosse dai ricorrenti sostenendo che la sostanziale diversità tra *gli elementi costitutivi* dell'illecito sanzionato dall'Autorità di Vigilanza ed il delitto oggetto del giudizio penale non consentiva di ritenere che i due procedimenti vertessero sul *medesimo fatto*.

La Corte ha disatteso l'eccezione dell'esecutivo, osservando che «*la questione da definire non è quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti [...] siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stessa condotta*»³¹.

Una volta fissata tale premessa maggiore, i Giudici non hanno avuto difficoltà ad accertare che le condotte contestate nei due giudizi erano sostanzialmente identiche e che, pertanto, «*la nuova azione penale riguardava un secondo 'illecito', basato su fatti identici a quelli che avevano motivato la prima condanna definitiva*».

Alla luce di tali premesse, la Corte ha quindi accolto le doglianze formulate dagli interessati ed ha stabilito che costituisce una violazione del divieto di *bis in idem* sancito dall'art. 4, Protocollo 7, CEDU la pendenza di un secondo processo sugli stessi fatti per i quali l'Autorità amministrativa ha già inflitto una sanzione *sostanzialmente penale* con un provvedimento di carattere definitivo.

Vale la pena rilevare, peraltro, che le conclusioni rassegnate nel caso *Grande Stevens* in tema di applicazione della garanzia del *ne bis in idem* a due procedimenti con diversa qualificazione formale (ma entrambi *sostanzial-*

29 V. Corte EDU, 23 ottobre 1995, *Gradinger v. Austria*, nonché la decisione della Commissione nel caso *Raninen v. Finland*, n. 20972/92, 7 marzo 1996.

30 Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Serguei Zolotukhin c. Russia*, § 82.

31 *Grande Stevens*, § 224.

mente penali nel senso della Convenzione) hanno trovato immediata conferma nella pronuncia adottata dalla Corte EDU nella causa *Nykanen c. Finlandia*³², giunta a poche settimane dal deposito della decisione in commento.

Nel caso sottoposto all'attenzione dei Giudici europei, il ricorrente era stato accusato di aver ricevuto in modo occulto dividendi pari a 33.000 euro; per questa violazione, le Autorità fiscali finlandesi avevano irrogato nei suoi confronti una sanzione amministrativa pecuniaria (sovratassa) pari a 1.700 euro. Sulla base dei medesimi fatti, il ricorrente era stato successivamente perseguito penalmente e condannato per frode fiscale ad una pena di 10 mesi di reclusione ed al pagamento di 12.420 euro.

Ebbene, anche all'esito di tale giudizio – così come avvenuto nel caso *Grande Stevens* – la Corte di Strasburgo ha, in primo luogo, accertato la natura sostanzialmente penale della sanzione tributaria e, muovendo da tale premessa, ha condannato lo Stato finlandese per violazione del divieto di *bis in idem*, rilevando come l'azione penale fosse stata esercitata in relazione al medesimo fatto storico già sanzionato dalle Autorità fiscali all'esito di un procedimento che, nonostante la formale qualificazione interna, doveva considerarsi sostanzialmente penale ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali.

5. Problemi aperti nel diritto vivente: la necessità di un ripensamento del sistema sanzionatorio a doppio binario

La parabola interpretativa che emerge dalle sentenze *Grande Stevens* e *Nykanen* solleva una serie di interrogativi di non facile soluzione.

Se da un lato, infatti, l'applicazione del divieto di doppio giudizio anche a procedimenti che il diritto interno qualifica come formalmente amministrativi rappresenta la logica evoluzione dell'approccio sostanzialista della Corte rispetto alla *matière pénale*, è del pari evidente che l'estensione della garanzia del *ne bis in idem* anche a procedimenti di natura non strettamente penale potrebbe determinare conseguenze sistemiche di non poco momento.

Nei commenti che hanno seguito a stretto giro il deposito della sentenza, illustri Autori³³ hanno infatti condivisibilmente osservato che i principi espressi dalla Corte EDU nel caso *Grande Stevens* in materia di abusi di mercato potrebbero trovare applicazione anche in altri settori dell'ordinamento caratterizzati da un sistema sanzionatorio che preveda la sostanziale sovrapposizione di illeciti di natura amministrativa ed omologhe fattispecie di natura penale volte a reprimere le medesime condotte (c.d. sistema sanzionatorio a doppio binario).

Si pensi, ad esempio, alle norme poste a tutela del corretto esercizio dell'attività svolta dalle Autorità di Vigilanza, ove alle figure di reato previste dall'art. 2638 c.c. si affiancano numerose ipotesi di illecito amministrativo che

³² Corte EDU, 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia*.

³³ G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Rivista AIC*, N. 3/2014; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

sanzionano condotte astrattamente suscumbibili anche nella norma incriminatrice prevista dal Codice Civile³⁴.

Altro settore di rilievo è quello tributario, in cui pure si riscontra un sistema di doppio binario di procedimenti amministrativi e penali destinati ad incidere sulle medesime condotte. Tale sovrapposizione viene in rilievo soprattutto con riferimento agli illeciti amministrativi di omesso versamento periodico delle ritenute o dell'IVA, cui, come è noto, si affiancano gli omologhi reati previsti dagli artt. 10-bis e 10-ter del d.lgs. n. 74/2000.

In queste ipotesi, se dall'applicazione degli *Engel criteria* dovesse emergere la natura convenzionalmente penale degli illeciti amministrativi previsti dal diritto interno, lo Stato italiano potrebbe essere chiamato nuovamente a rispondere della violazione del divieto di *bis in idem* sancito dall'art. 4, Protocollo 7, CEDU.

Ad onor del vero, già prima che la Corte EDU prendesse posizione sul tema, la dottrina nazionale aveva sancito l'incompatibilità del sistema del doppio binario con i criteri di proporzione, ragionevolezza e sussidiarietà che dovrebbero sempre informare la risposta punitiva dell'ordinamento alle condotte illecite poste in essere dai consociati.

Più nel dettaglio, illustri Autori hanno rilevato nella duplicazione dei procedimenti sanzionatori «una sorta di competizione sanzione penale e amministrativa», che determina un'irragionevole «duplicazione degli sforzi investigativi e di impegno processuale»³⁵.

L'orientamento espresso dalla dottrina interna trova peraltro riscontro nella *dissenting opinion* espressa a margine della sentenza in commento dai giudici Karakas e Pinto di Albuquerque, secondo i quali «la sovrapposizione materia-

34 L'art. 2638 c.c. prevede espressamente che «Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali nelle comunicazioni alle predette autorità previste in base alla legge, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, espongono fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei sottoposti alla vigilanza ovvero, allo stesso fine, occultano con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte fatti che avrebbero dovuto comunicare, concernenti la situazione medesima, sono puniti con la reclusione da uno a quattro anni. La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.

Sono puniti con la stessa pena gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società, o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità, consapevolmente ne ostacolano le funzioni.

La pena è raddoppiata se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58».

Le condotte contemplate dalla richiamata disposizione sono peraltro idonee ad integrare omologhe ipotesi di illecito amministrativo.

Si pensi, ad esempio, con specifico riferimento al settore bancario, all'art. 144, comma 4, del t.u.b., a mente del quale l'ostacolo all'esercizio delle funzioni di controllo spettanti alla Banca d'Italia in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali è punita con una sanzione amministrativa che può raggiungere anche i 258.225 euro.

La sovrapposizione tra fattispecie amministrative e penali si coglie altresì nel dettato dell'art. 14, comma 5, legge n. 287/1990, il quale sanziona chiunque si rifiuti od ometta, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni e i documenti richiesti dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ovvero fornisca informazioni e documenti in tutto o in parte non veritieri.

35 Con particolare riferimento al sistema del doppio binario in materia di *market abuse* si veda A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 555.

*le di sanzioni penali ed amministrative [...] sovraccarica lo Stato, che deve farsi carico di due inchieste autonome, con il rischio di giungere a conclusioni differenti sui medesimi fatti»*³⁶.

Le perplessità espresse in sede nazionale ed il chiaro tenore dei principi enucleati nella pronuncia in commento rendono più che mai urgente un ripensamento delle scelte sanzionatorie operate dal Legislatore negli ultimi anni: la sentenza *Grande Stevens* potrebbe dunque rappresentare l'occasione per avviare un'opera di riforma complessiva del sistema sanzionatorio, recedendo dall'utilizzo a volte troppo disinvolto dello strumento penale e valorizzando maggiormente la risposta sanzionatoria amministrativa, la cui efficacia deterrente si è dimostrata essere in più occasioni pari – se non superiore – a quella esercitata dalle pene in senso stretto.

³⁶ *Grande Stevens* – Opinione in parte concordante ed in parte dissenziente dei giudici Karakas e Pinto de Albuquerque, § 27.



COMMENTI

Il riparto di competenze in materia ferroviaria tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Autorità di Regolazione dei Trasporti alla luce della sentenza *Arenaways* del T.A.R. Lazio

di Davide Maresca e Luigi Ceffalo*

SOMMARIO: 1. Il caso *Arenaways*. – 2. La questione del riparto di competenze tra AGCM e Autorità di settore. – 3. Regolazione ferroviaria dopo l'istituzione dell'Autorità di regolazione dei Trasporti. – 4. Conclusioni.

1. Il caso *Arenaways*

1.1. Con sentenza 27 marzo 2014, n. 3398¹, il T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I, ha accolto i ricorsi proposti da Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A. ("FS"), Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. ("RFI") e Trenitalia S.p.A. ("Trenitalia") per l'annullamento del provvedimento n. 23770 del 25 luglio 2012, con cui l'Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato ("AGCM") ha imputato a predette società una fattispecie di abuso di posizione dominante di carattere escludente nei confronti della società *Arenaways* S.p.A. ("*Arenaways*").

Come noto, a base del provvedimento impugnato, vi è la condotta tenuta dal gestore dell'infrastruttura, RFI, che, a fronte della formale richiesta avanzata dall'operatore di trasporto *Arenaways* nell'aprile 2008 volta a ottenere il diritto di accesso alla rete ferroviaria nazionale per un percorso articolato ad anello tra le città di Torino e Milano con una serie di fermate intermedie, ha reso disponibili le tracce ferroviarie soltanto nel novembre 2010, senza peraltro possibilità di alcuna fermata intermedia.

Tale condotta è stata segnalata all'Autorità Antitrust dalla stessa *Arenaways* e da alcune associazioni di consumatori (Altroconsumo e Codacons), affinché verificasse la sussistenza di eventuali comportamenti restrittivi della concorrenza posti in essere da RFI con l'intento di mantenere il monopolio del trasporto ferroviario passeggeri in capo all'operatore storico Trenitalia.

Ad avviso delle denuncianti, RFI, al fine di favorire l'*incumbent* Trenitalia, avrebbe infatti ostacolato l'ingresso di *Arenaways* nel mercato del trasporto ferroviario passeggeri, dapprima rimandando senza apparenti ragioni di carat-

* La stesura dei primi due paragrafi è da attribuirsi all'Avv. Luigi Ceffalo. La stesura dei paragrafi 3 e 4 è da attribuirsi all'Avv. Davide Maresca. La stesura delle conclusioni è frutto del lavoro comune dei due autori.

¹ Per un'attenta ricostruzione degli aspetti economici della nota vicenda v. A. BOITANI-F. RAMELLA, *Arenaways e altre storie ferroviarie (poco edificanti)*, in *MCR* 2012, pp. 97-116.

tere obiettivo l'accoglimento della richiesta di accesso alla rete per oltre due anni e mezzo e successivamente, una volta consentito l'accesso, negando la possibilità di effettuare le programmate fermate intermedie.

Più nel dettaglio, i comportamenti contestati su cui l'AGCM è stata chiamata ad avviare un apposito procedimento istruttorio nei confronti di RFI e Trenitalia (esteso poi alla capogruppo FS) finalizzato all'accertamento dell'eventuale illecito concorrenziale a danno del nuovo entrante e a pregiudizio dei consumatori sono i seguenti:

i) la condotta dilatoria tenuta da RFI nell'ambito del procedimento ex art. 37 d.lgs. n. 188/2003 preordinato all'assegnazione delle tracce ferroviarie ad Arenaways, che si sarebbe concretizzata in un utilizzo strumentale della "procedura di consultazione" volto a coinvolgere Regione Piemonte e Regione Lombardia e altri soggetti istituzionali nazionali nonostante le sollecitazioni ad adottare il provvedimento finale provenienti dalla Direzione Generale per il Trasporto Ferroviario del Ministero dei Trasporti ("MIT-DGTF") e dall'Ufficio per la Regolazione dei Servizi Ferroviari ("URSF");

ii) la subordinazione del completamento del medesimo procedimento di assegnazione delle tracce ferroviarie alle decisioni assunte dall'URSF nell'ambito del procedimento ex art. 59 della legge n. 99/2009 volto a verificare se l'esercizio dell'attività di trasporto per la quale è stata presentata richiesta fosse suscettibile di compromettere l'equilibrio economico dei contratti di servizio esistenti e quindi dovesse essere assoggettato a limitazioni.

In esito alle verifiche effettuate in ambito istruttorio dall'Autorità antitrust, tali comportamenti sono stati ritenuti configurare, nel complesso, un'unica pratica abusiva, contraria all'art. 102 del TFUE, che ha avuto l'effetto prima di ostacolare e poi di estromettere Arenaways dal mercato del trasporto ferroviario passeggeri.

Precisamente, secondo l'AGCM, il comportamento posto in essere dal gruppo FS avrebbe costituito un'articolata e complessa strategia escludente consistita:

i) *"nell'aver, RFI, gestore dell'infrastruttura essenziale, ritardato ingiustificatamente l'assegnazione delle tracce richieste da Arenaways, attraverso continui rinvii strumentali, operando in modo discriminatorio rispetto a quanto riscontrato nei casi in cui analoghe tracce sono state richieste dall'impresa ferroviaria incumbent"*;

ii) *"nell'aver, Trenitalia, durante i procedimenti URSF e con particolare riguardo al primo di tali procedimenti, fornito una rappresentazione dei fatti oggettivamente fuorviante e di fatto idonea a indurre in errore il regolatore. Ad esito di tale condotta, l'URSF ha assunto una decisione che ha vietato le fermate intermedie ad Arenaways, riducendo drammaticamente per l'utenza l'attrattività dei servizi del nuovo entrante che, di conseguenza si è trovato costretto ad uscire dal mercato"*².

In sostanza, ad avviso dell'AGCM, il gruppo FS avrebbe abusato del potere di mercato connesso al controllo dell'infrastruttura ferroviaria, da una parte, per il tramite di RFI, ritardando pretestuosamente l'accesso alla rete ferroviaria del concorrente e, dall'altra, per il tramite di Trenitalia, fuorviando l'URSF in modo che ne limitasse il diritto di fermata.

Di qui il provvedimento sanzionatorio oggetto dell'impugnazione all'origine della decisione in esame.

² Provvedimento AGCM n. 23770 del 25 luglio 2012, Punto 358.

1.2. Con il ricorso avverso tale provvedimento, FS, RFI e Trenitalia, in via principale, hanno lamentato un'invasione della sfera di attribuzioni riservate all'URSF dal d.lgs. n. 188/2003 e dall'art. 59 della legge n. 99/2009 in materia di regolazione del settore ferroviario, deducendo l'illegittimità del provvedimento dell'Autorità Antitrust sotto il profilo del difetto di competenza e, in subordine, sotto il profilo dell'eccesso di potere per straripamento.

In particolare, le censure dei ricorrenti si sono concentrate sull'argomento che, anche nel caso in cui non dovesse ravvisarsi una competenza esclusiva in capo all'URSF alla stregua del principio di specialità e quindi dovesse viceversa ammettersi una competenza concorrente dell'Antitrust alla luce del principio di complementarità, l'atto sanzionatorio risulterebbe comunque viziato in ragione della violazione della regola secondo cui l'autorità investita dalla norma generale esercita i propri poteri nel rispetto delle attribuzioni dell'autorità investita dalla norma speciale di settore.

Nella ricostruzione del gruppo FS, infatti, l'AGCM non si sarebbe limitata a esercitare i propri poteri in materia antitrust ma si sarebbe di fatto sostituita all'URSF sconfinando in valutazioni di carattere strettamente regolatorio, sia in ordine alle controversie in materia di accesso alla rete sia in ordine alle analisi dell'impatto dei servizi programmati da Arenaways sull'equilibrio economico dei contratti di servizio del trasporto ferroviario regionale.

1.3. Il giudice amministrativo romano, pur confermando il proprio orientamento favorevole al riconoscimento di una competenza concorrente dell'AGCM e dell'organismo di regolazione anche nello specifico settore dei servizi ferroviari, ha condiviso la ricostruzione del gruppo FS.

La I sezione del TAR Lazio, infatti, ritenuta la censura assorbente, ha affrontato la questione del riparto di competenze, respingendo sì l'eccezione che attiene all'*an* del potere dell'AGCM nel caso di specie ma finendo con l'apprezzare positivamente i rilievi mossi dai ricorrenti che attengono al *quomodo* del suo esercizio in concreto.

In primo luogo, alla luce della normativa di riferimento, il Collegio ha ribadito la complementarità delle competenze dell'Autorità antitrust e dell'organismo preposto alla regolazione di settore in ragione delle differenti finalità delle funzioni svolte dai due istituti, sia in relazione alle attribuzioni di cui al d.lgs. n. 188/2003 in tema di accesso alla rete ferroviaria sia in relazione alle attribuzioni di cui all'art. 59 della legge n. 99/2009 concernenti possibili limitazioni dei servizi ferroviari nazionali volte ad assicurare l'equilibrio economico finanziario dei contratti di servizio.

Segnatamente, la sentenza in esame:

i) con riferimento alla disciplina dell'assegnazione delle tracce ferroviarie, precisa che *“l'attività dell'Antitrust è indirizzata in via generale alla protezione dei consumatori e degli interessi concorrenziali tra le imprese, mentre l'attività di vigilanza svolta dall'URSF sui servizi ferroviari, come indicato dall'art. 30, comma 3 della direttiva 2001/14/CE in materia ferroviaria, è finalizzata specificatamente a garantire che i diritti fissati determinati dal gestore per l'utilizzo delle infrastrutture siano conformi al capo II della stessa direttiva e non siano discriminatori”*³;

ii) per quanto riguarda le verifiche dell'impatto dei nuovi servizi sull'equilibrio economico dei contratti di servizio in essere, chiarisce analogamente che *“Le competenze affidate all'URSF in ordine alle possibili limitazioni ai ser-*

3 Punto 4.1.

vizi ferroviari passeggeri in ambito nazionale restano nell'ambito della generale attività di vigilanza svolta dall'URSF sui servizi ferroviari e non erodono in alcun modo le attribuzioni parimenti generali affidate all'Autorità Antitrust in tema di protezione dei consumatori e degli interessi concorrenziali tra le imprese" ⁴.

Passando, poi, alla disamina del profilo dello straripamento, il Collegio si è occupato della censura con cui i ricorrenti hanno contestato che l'AGCM, con le valutazioni effettuate relativamente al metodo di analisi della compromissione dell'equilibrio economico del contratto di servizio pubblico, ha esorbitato dalle proprie attribuzioni.

Sul punto, come anticipato, il TAR Lazio, una volta esclusa la strumentalità dell'attivazione delle procedure di consultazione attivate da RFI a causa del ritardo nella messa a disposizione delle tracce a favore di Arenaways ⁵, non ha rilevato un'induzione in errore del regolatore da parte del gruppo FS da ricondursi a una fattispecie di abuso di posizione dominante nei termini desumibili dal caso AstraZeneca ⁶, ma ha riconosciuto piuttosto uno straripamento di potere da parte dell'Autorità Antitrust.

Precisamente, a questo proposito, la sentenza che ci occupa afferma che *"operando una istruttoria parallela e effettuando valutazioni di merito autonome e completamente confliggenti con l'URSF, l'Autorità si è completamente sostituita a detto Ufficio nell'esercizio di competenze a esso affidate dalla legge"* ⁷.

Per questa ragione, il giudice ha quindi risolto il conflitto tra antitrust e regolazione di settore a favore dell'URSF, disponendo l'annullamento del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM.

2. La questione del riparto di competenze tra AGCM e Autorità di settore

2.1. A prescindere dall'esito in concreto del ricorso, la decisione in commento appare di grande interesse in relazione al tema del rapporto fra la funzione di tutela della concorrenza e la funzione di regolazione settoriale dei mercati ⁸.

4 Punto 4.2.

5 Punto 6.

6 Il riferimento è alla sentenza Corte di Giustizia UE, sentenza 6 dicembre 2012, C-457/10P, AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione europea, in cui la Corte ha preso in esame l'abuso di posizione dominante realizzato attraverso l'esercizio di diritti esclusivi in termini tali da ostacolare e ritardare l'ingresso nel mercato di soggetti concorrenti.

7 Punto 7.

8 Sul tema, a livello dottrinale, sono recentemente intervenuti L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, relazione al convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica", Consiglio di Stato, Roma, 25-26 settembre 2013, disponibile su <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/07/relazione-cds-def.pdf> e R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum tra l'Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti*, relazione al Convegno Nazionale di Studi "Le Autorità amministrative indipendenti. Realtà attuali e prospettive future", svolto a Napoli, presso il TAR Campania, il 22 marzo 2013, disponibile su http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/caponigro-actio_finium_regundorum.htm. Al riguardo, resta utile richiamare contributi più risalenti quali P.F. VALDINA, *Antitrust e mercati regolati*, in *Giur. comm.*, 1995, p.658 e M. FILIPPELLI, *Telecom Italia e TRINKO: la dialettica tra norme antitrust ge-*

In linea di principio, l'esercizio delle due funzioni in parola dovrebbe pacificamente coesistere dando luogo, nel complesso, a un sistema integrato di *governance* economica⁹, senza che si verifichino reciproche interferenze tra le azioni effettuate sulla base della normativa generale antitrust e gli interventi propriamente regolatori. Come noto, tali funzioni costituiscono attività pubbliche differenti sia sotto il profilo oggettivo-funzionale sia sotto il profilo soggettivo: si tratta, infatti, di attività rispondenti a finalità diverse, la cui cura è affidata a plessi amministrativi distinti. Secondo l'impostazione tradizionale mutuata dalla letteratura economica, l'attività di tutela della concorrenza si concretizza in un'attività *ex post* di tipo provvedimentale diretta a punire, attraverso l'irrogazione di apposite sanzioni amministrative da parte di un'autorità indipendente, i comportamenti lesivi della concorrenza effettivamente posti in essere dalle imprese operanti nei diversi comparti economici. Di contro, sempre nell'impostazione dogmatica tradizionale, l'attività di regolazione consiste essenzialmente in un'attività *ex ante* di tipo conformativo finalizzata alla definizione della struttura di un determinato comparto economico tramite l'adozione di atti di natura regolamentare da parte delle competenti autorità di settore.

Tuttavia, nella prassi applicativa, a dispetto della chiara delimitazione tra le due funzioni elaborata a livello teorico, si registrano spesso casi di sovrapposizione tra attività antitrust e regolazione, con interferenze dell'una nel campo dell'altra. Come, infatti, da una parte, può accadere che l'azione dell'AGCM si spinga oltre la tutela degli interessi concorrenziali delle imprese e la protezione dei consumatori arrivando ad assumere connotazioni di fatto regolatorie, così può accadere che l'azione delle singole autorità settoriali abbia l'effetto di limitare anche significativamente la concorrenza.

Tali casi di sovrapposizione fanno ovviamente sorgere una serie di problemi di coordinamento¹⁰ più volte sottoposti all'attenzione del giudice amministrativo, primo fra tutti la questione del riparto delle competenze attribuite alle autorità rispettivamente preposte, per l'appunto, alla tutela della concorrenza e alla regolazione dei mercati.

In particolare, il giudice amministrativo si è ripetutamente trovato a trattare della questione, essendo chiamato a pronunciarsi sui conflitti positivi di competenza via via sorti fra l'AGCM e le diverse autorità di settore (AEEGSI, AGCOM, Banca d'Italia).

Come rilevato da autorevole dottrina¹¹, numerosi sono i precedenti intervenuti sul punto distinguendosi, volta a volta, ipotesi in cui la competenza antitrust è considerata indipendente rispetto alla competenza delle autorità di settore¹², ipotesi in cui essa è esclusa a favore della competenza dell'autorità di

nerali e disciplina regolatoria delle telecomunicazioni in Europa e negli Stati Uniti, in *Riv. dir. ind.*, 2009, p. 24.

9 Cfr. F. CINTIOLI, *Integrazione e sovrapposizione tra regolazione e antitrust. Il caso dei servizi di interesse economico generale*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 93-126.

10 Le varie problematiche giuridiche poste dal rapporto tra tutela della concorrenza e regolazione settoriale sono approfonditamente analizzate con precipua attenzione rivolta ai settori dell'energia elettrica e del gas naturale in E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 148-192.

11 Cfr. L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 9.

12 Nel senso dell'indipendenza della competenza antitrust rispetto alla competenza dell'autorità di regolazione v. Cons. St., Sez. VI, 10 marzo 2006, n. 127 sul riparto di competenza fra AGCM e Autorità Garante per le Garanzie nelle Comunicazioni ("AGCOM").

settore sulla base del principio di specialità¹³ e ipotesi infine in cui è affermata una complementarità delle due competenze.

Tra queste ultime ipotesi s'inserisce anche la decisione in esame, che, se, da un lato, arricchisce la casistica nel senso della complementarità delle competenze antitrust e di regolazione, per altro verso, presenta degli elementi di specificità qui meritevoli di approfondimento.

Con la sentenza che si annota, infatti, la prima sezione del TAR Lazio non si limita a confermare quanto già affermato sulla questione del riparto delle competenze tra l'AGCM e l'URSF¹⁴, ma ha occasione di sviluppare le considerazioni già svolte in precedenza sulla disciplina del settore ferroviario, occupandosi maggiormente nel dettaglio delle diverse attribuzioni dell'URSF.

In particolare, detto giudice, precisando ulteriormente gli spazi di intervento dell'Autorità Antitrust sia rispetto alle competenze regolatorie in tema di accesso alla rete sia rispetto alle competenze in ordine alle possibili limitazioni dei servizi ferroviari atte assicurare l'equilibrio economico-finanziario dei contratti di servizio di trasporto pubblico regionale, arriva a specificare i limiti del potere di indagine e sanzione dell'organo antitrust per abuso di posizione dominante in relazione a condotte approvate – o comunque considerate lecite – dall'organo di regolazione.

2.2. Dall'impianto argomentativo della decisione possono così desumersi validi spunti ai fini di una ricostruzione sistematica dell'assetto della *governance* economica del settore utile non solo per individuare i criteri alla stregua dei quali vadano composti gli eventuali conflitti insorgenti tra le misure generali antitrust e gli interventi di regolazione settoriale adottati per il comparto ma anche per valutare l'avanzamento della liberalizzazione dei servizi ferroviari prima e dopo l'istituzione dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti ("ART")¹⁵.

In altri termini, una simile opera di ricostruzione sistematica a partire della pronuncia in esame, oltre a chiarire i predetti criteri di risoluzione dei conflitti di competenza, consente anche di verificare l'attuazione in Italia del modello europeo di regolazione dei servizi a rete incentrato sulla disciplina dell'utilizzo dell'infrastruttura necessaria per la loro erogazione in ambito ferroviario¹⁶ alla luce della recenti modifiche intervenute a livello interno.

Come noto, tale modello si è affermato su reiterata sollecitazione della Corte di Giustizia che, chiamata ad esprimersi sull'interpretazione dell'art. 86 del Trattato CE (oggi art. 106 TFUE) relativo ai servizi di interesse economico generale, ha enunciato una serie di principi alla base dei processi di liberalizzazione dei servizi pubblici avviatisi negli anni '80 e '90 del XX secolo.

Più precisamente, nell'ambito degli accertamenti volti a verificare eventuali violazioni della normativa antitrust per abuso di posizione dominante da parte

¹³ Nel senso dell'esclusione della competenza antitrust rispetto alla competenza dell'autorità di regolazione in applicazione del principio di specialità v. Cons. St., Ad. Plen., 11 maggio 2012, nn. 11, 12, 13, 15, 16, ancora sul riparto di competenze tra AGCM e AGCM e Cons. St., Ad. Plen., 11 maggio 2012, n. 14, invece, con riferimento al riparto delle competenze tra AGCM e Banca d'Italia in materia di pratiche commerciali scorrette.

¹⁴ Il tema del riparto di competenze tra AGCM e URSF è già stato trattato da TAR Lazio-Roma, Sez. I, 26 gennaio 2012, n. 1133 nell'ambito giudizio avente ad oggetto l'avvio del procedimento istruttorio conclusosi con l'adozione del provvedimento su cui verte la pronuncia in esame.

¹⁵ Precisamente, l'ART è stata istituita ai sensi dell'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.

¹⁶ Per un'utile sintesi dei tratti salienti di tale modello si rinvia a M. MARESCA, *L'evoluzione del diritto dell'Unione Europea in materia di infrastrutture di trasporto*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 32-45.

di operatori che siano, direttamente o indirettamente attraverso società controllate, gestori della rete necessaria all'erogazione del servizio agli utenti, sono stati affermati i principi fondamentali di i) separazione (*unbundling*) e ii) accesso non discriminatorio alla rete (*third party access*).

Il principio di separazione dal punto di vista verticale implica la separazione tra attività di regolazione e attività di impresa, per cui l'ente preposto alla regolazione non deve coincidere con l'impresa che esercita l'attività economica. Dal punto di vista orizzontale, invece, tale principio comporta la separazione tra l'attività svolta in regime di diritti speciali o esclusivi e le attività svolte nei settori contigui in regime di concorrenza, con il conseguente obbligo di scorporo delle attività nei casi di integrazione della filiera industriale.

Il principio del c.d. *third party access*, invece, assicura a tutti gli operatori il diritto di utilizzo delle infrastrutture essenziali secondo l'*essential facility doctrine* mutuata dall'ordinamento anglo-sassone, in base alla quale tutte le imprese interessate devono poter avere accesso alla rete in condizioni di parità e non discriminazione.

In quest'ottica, a livello europeo¹⁷, è stata disposta la separazione della gestione dell'infrastruttura ferroviaria, che a tutti gli effetti rappresenta un diritto esclusivo e quindi un'attività svolta in regime di monopolio, dall'esercizio del servizio di trasporto, che ad oggi invece risulta pienamente liberalizzato, con l'obiettivo di promuovere una forma di concorrenza nel mercato almeno in tale segmento.

A tal proposito, va però rilevato come, in fase attuativa, l'Italia abbia optato per una forma debole di separazione consistente nella semplice separazione societaria: sicché attualmente la gestione della rete e i servizi di trasporto risultano affidati a società diverse ma di fatto appartenenti al medesimo gruppo societario facente capo a FS. Tale scelta, per quanto non ritenuta censurabile dalla Corte di Giustizia Europea nell'ambito di un'apposita procedura di infrazione¹⁸, continua a essere valutata un potenziale intralcio all'effettiva apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario¹⁹.

Sulla scorta delle argomentazioni svolte dal TAR Lazio, pare pertanto utile procedere alla comparazione del quadro regolatorio del settore ferroviario descritto dalla sentenza in esame con quello attualmente vigente a seguito dell'insediamento dell'ART, per poi svolgere in conclusione alcune brevi riflessioni sull'eventuale sovrapposizione di competenze.

3. Regolazione ferroviaria dopo l'istituzione dell'Autorità di regolazione dei Trasporti

L'assetto regolatorio che vedeva la contrapposizione tra URSF e AGCM²⁰

¹⁷ Come noto, la separazione fra gestore della rete e esercente il servizio di trasporto è stata imposta per la prima volta dalla direttiva 91/440/CEE (c.d. "Primo pacchetto ferroviario").

¹⁸ Per un'analisi della procedura di infrazione contro l'Italia in materia di indipendenza del gestore della rete ferroviaria si v. R. FLACCO, *La garanzia di imparzialità del gestore della rete ferroviaria nel procedimento di determinazione dei diritti per l'accesso all'infrastruttura di rete*, in *Foro amm.*, 2014, p. 738.

¹⁹ In questo senso, v. segnalazione AGCM, 13 agosto 2003, AS265. In dottrina, fra gli altri v. L. CARPANETO, *Il diritto comunitario dei trasporti tra sussidiarietà e mercato. Il caso del trasporto ferroviario*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 280-295.

²⁰ La competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha, *in primis*, una

è stato oggi sostituito dall'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti ai sensi dell'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con la legge 22 dicembre 2011, n. 214 (come successivamente modificato con il d.l. n. 1/2012, convertito con la legge n. 27/2012), che ha riconosciuto all'Autorità la piena dignità di ente indipendente che compie attività di regolazione ai sensi della legge n. 481/1995.

L'Autorità ha una competenza generale nel settore dei trasporti e dell'accesso alle infrastrutture, ivi comprese le funzioni relative agli oneri di servizio pubblico. Si tratta, quindi, di un modello di regolazione innovativo rispetto al panorama europeo²¹ in cui esistono diversi enti regolatori con competenze concentrate solo su alcuni modi di trasporto.

Con riferimento al trasporto ferroviario, l'Autorità di regolazione dei trasporti ha sostituito l'Ufficio per la Regolazione dei Servizi Ferroviari, quale autorità incaricata di monitorare l'attuazione delle direttive europee ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. n. 188/2003. L'Autorità di regolazione dei trasporti ha dunque, tra l'altro, la competenza di definire le condizioni di accesso alla rete ferroviaria e gli ambiti e le modalità di finanziamento del servizio pubblico. In sostanza, riprendendo la bipartizione del mercato di cui al caso *ENS*²², le sue competenze sono, a grandi linee, così riassumibili: per il trasporto a media e lunga percorrenza, l'Autorità di Regolazione dei trasporti deve controllare che i gestori della rete non mettano in pratica quelle condizioni (tariffe e tracce orarie) discriminatorie che abbiano la conseguenza di favorire taluni vettori piuttosto che altri; per il trasporto regionale, dove, cioè, si verificano fallimenti del mercato tali da obbligare lo Stato a garantire il servizio universale e, quindi, ad imporre oneri di servizio pubblico per il finanziamento di un servizio di interesse economico generale, l'Autorità ha il compito di definire il livello degli oneri e le modalità di compensazione degli stessi anche attraverso la predisposizione dei bandi di gara che saranno emessi dalle Regioni per l'affidamento del servizio in esclusiva²³.

Si tratta di funzioni assimilabili a quelle precedentemente svolte dall'URSf,

ratio di protezione della concorrenza in sé, ossia del mercato, essendo quindi indirizzata in via generale alla protezione dei consumatori e degli interessi concorrenziali tra le imprese: da essa si distingue l'attività di vigilanza svolta dall'URSf sui servizi ferroviari, come indicato dall'art. 30, comma 3, della direttiva 2001/14/CE in materia ferroviaria, che è, invece, finalizzata a garantire l'equo e non discriminatorio accesso all'utilizzo dell'infrastruttura.

21 Cfr. L. VECERE-A. PALUMBO, *Autorità dei trasporti, privatizzazioni e liberalizzazioni, normativa d'indirizzo e regolamentazione comunitaria in materia di trasporto e l'esperienza di alcune realtà europee*, in *Riv. giur. circolaz. e trasporti*, ACI, 2012.

22 A seguito della nota sentenza *European Night Services* del Tribunale di primo grado del 15 settembre 1998, in cause riunite T-374/94, T-375/94, T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, già European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) e Société nationale des chemins de fer français (SNCF) c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.* 1998, p. II-3141 ss., il mercato dell'erogazione del servizio di trasporto e quello di accesso ed esercizio dell'infrastruttura devono ritenersi distinti; secondo il Tribunale dell'Unione europea "il mercato ferroviario può in definitiva venir scisso solo in due mercati di servizi distinti, vale a dire un mercato integrato di prestazioni di servizi di trasporto di passeggeri, sul quale operano solo imprese ferroviarie e le loro associazioni internazionali, e un mercato dell'accesso all'infrastruttura ed all'esercizio della medesima, gestito da titolari di infrastrutture, ai sensi della direttiva 91/440".

23 In realtà, l'affidamento del servizio in esclusiva tramite gara non è così pacifico. Il Consiglio e d'Europa dei ministri dei trasporti dell'8 ottobre 2014 ha discusso l'aspetto dell'aggiudicazione dei contratti in esclusiva dando rilievo a due posizioni estremamente distanti tra gli Stati che intendono obbligare le amministrazioni ad effettuare sempre procedure dei gara ad evidenza pubblica e gli Stati che preferiscono aggiudicare direttamente il servizio in esclusiva.

con la differenza che la natura indipendente dell'Autorità dovrebbe garantire una migliore separazione rispetto al Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture che, di fatto, controlla il gestore della rete. Va, tuttavia, segnalato che la stessa Corte di giustizia²⁴ aveva escluso che la doppia veste del Ministero di azionista di FS e di vertice della struttura dell'URSF comportasse l'automatica illegittimità delle funzioni di regolazione. Non si può, pertanto, sostenere che l'istituzione dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti abbia una base giuridica necessitata fondata sull'ordinamento europeo.

È opportuno aggiungere che l'art. 37 del d.l. n. 201/2011 prevede che l'Autorità debba garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie. Tale disposizione conduce all'applicazione diretta delle norme dell'Unione europea in materia di mercato interno e di servizi di interesse generale. Infatti, la disponibilità di un'infrastruttura a condizioni eque è un corollario della libertà di accedere al mercato del servizio di trasporto con la conseguenza che l'Autorità di regolazione dei trasporti si pone come detentore della tutela degli operatori ferroviari del loro diritto di rendere servizi di trasporto ai sensi dell'art. 56 TFUE senza barriere determinate da condizioni tariffarie discriminatorie o assegnazione arbitraria delle tracce.

Analogamente, la medesima Autorità opera come garante del livello minimo di quantità e qualità dei servizi di interesse generale che la Repubblica italiana deve necessariamente garantire ai sensi dell'art. 14 TFUE²⁵. A tal fine, lo stesso decreto assegna all'Autorità dei Trasporti la competenza a definire, se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi dei trasporti nazionali e locali, i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti, delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori²⁶.

Proprio quest'ultimo riferimento all'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate s'inserisce nel quadro del ragionamento svolto dal Tar Lazio relativamente alla necessità di mantenere l'equilibrio dei contratti

24 Corte di giustizia, sez. I, 3 ottobre 2013, causa C-369/11, in *Resp. civ. e previdenza*, 2013, p. 2056 ss. In senso difforme, invece, la Corte di giustizia, 28 febbraio 2013, causa C-483/10, *Commissione c. Spagna*, par. 37, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2013, p. 301 ss., ha sostenuto che “anche se l'articolo 30, paragrafo 1, della direttiva 2001/14 autorizza la designazione del ministero competente in materia di trasporti in quanto organismo di regolamentazione, tale disposizione richiede, tuttavia, che quest'ultimo sia indipendente dagli organismi preposti alla determinazione dei diritti. Non si può quindi ritenere che tale ministero svolga la sua missione di regolamentazione in conformità a detta disposizione in quanto, in concomitanza con la sua funzione di regolamentazione, detto ministero determina anche gli importi dei diritti”.

25 Cfr. M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione degli users'rights*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 445 ss.

26 A questo fine l'art. 37, lett. f), dello stesso d.l. n. 201/2011, attribuisce all'Autorità di Regolazione dei Trasporti la competenza a “definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici; con riferimento al trasporto ferroviario regionale, l'Autorità verifica che nei relativi bandi di gara non sussistano condizioni discriminatorie o che impediscano l'accesso al mercato a concorrenti potenziali e specificamente che la disponibilità del materiale rotabile già al momento della gara non costituisca un requisito per la partecipazione ovvero un fattore di discriminazione tra le imprese partecipanti”.

di servizio pubblico di Trenitalia e la conseguente impossibilità di assegnare le tracce ad Arenaways. Ciò che, però, non pare essere stato preso sufficientemente in considerazione nella sentenza qui in esame è la separazione²⁷ societaria tra le attività rese in regime di esclusiva, per compensazioni di oneri di servizio pubblico, e le attività poste in regime di concorrenza. Infatti, l'art. 8 comma 2 *bis* della legge n. 287/1990 prevede che le imprese incaricate di gestire servizi di interesse economico generale, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli ad esse riservati, operano mediante società separate. In questo senso, non si reputa, allora, neppure corretto effettuare una valutazione dell'incidenza dell'assegnazione delle tracce liberalizzate sui contratti di servizio pubblico dato che la separazione societaria non dovrebbe consentire a Trenitalia di essere contemporaneamente operatore nel mercato della Media e Lunga Percorrenza e concessionario del trasporto regionale soggetto a sussidi pubblici.

Si noti al riguardo che l'URSF aveva motivato la mancata assegnazione delle tracce a Media Lunga Percorrenza (Milano/Torino) ad Arenaways sulla base dell'incidenza delle stesse sull'equilibrio economico finanziario del contratto di servizio pubblico in concessione a Trenitalia. A ben vedere, una corretta applicazione dell'art. 8 comma 2 *bis* e, congiuntamente, dell'art. 106 TFUE, avrebbe imposto – e imporrebbe – di individuare il mercato riservato che non può essere servito in regime di libera concorrenza e di limitarne l'accesso ad un solo operatore, secondo un modello di concorrenza per il mercato, garantendo allo stesso le compensazioni per gli oneri derivanti dall'esercizio continuo dei servizi relativi. Da ciò conseguirebbe l'impossibilità per gli operatori del mercato a media lunga percorrenza (mercato libero) di esercitare i medesimi servizi nel mercato riservato.

In linea di principio, quindi, non dovrebbe nemmeno porsi il problema dell'incidenza delle tracce assegnate dal gestore in regime di concorrenza nel mercato rispetto al trasporto regionale riservato: se le tracce incidono su un mercato riservato, semplicemente non possono essere assegnate perché la concorrenza non è libera, senza necessità di valutare l'impatto. Tuttavia in Italia vi sono due criticità che non consentono di mettere in pratica quanto sopra: in primo luogo Trenitalia svolge sia servizi in regime di concorrenza nel mercato che servizi in regime di concorrenza per il mercato; in secondo luogo, le Regioni sono riluttanti ad espletare procedura di gara ad evidenza pubblica per l'assegnazione dei servizi regionali riservati. Ne consegue, pertanto, da un lato la mancanza di separazione tra mercati riservati e mercato libero e, dall'altro, la mancanza di un'analisi economica *ex ante* che dovrebbe isolare i mercati riservati, ossia i servizi di interesse economico generale.

La conseguenza dello scenario sopra descritto è lo spostamento *ex post* della regolazione ferroviaria e dell'accesso all'infrastruttura al fine di evitare il fenomeno dei sussidi incrociati, almeno per il presente²⁸. A ciò si aggiunge la necessità di procedere per il futuro ad isolare i mercati riservati a cui accedere

27 Per un inquadramento del principio di separazione si rinvia al provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Segnalazione del 13 agosto 2003, AS265 – *separazione tra gestione delle infrastrutture e servizi di trasporto ferroviario*, in *Boll.*, 2003, n. 32.

28 Questa lettura, che individua, tra le finalità principali della regolazione nei trasporti, il controllo dei sussidi incrociati per evidenti ragioni di benefici per gli utenti e per le imprese concorrenti nei mercati dei servizi a valle, è prospettata anche in M. MARESCA, *L'evoluzione del diritto dell'Unione Europea in materia di infrastrutture e trasporto. Una riforma dell'ordinamento italiano fra regolazione e promozione del mercato*, cit.

secondo un modello di concorrenza per il mercato e regolare in modo separato la neutralità delle infrastrutture per il mercato a media e lunga percorrenza. Proprio rispetto a queste due funzioni va, quindi, salutata con favore l'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti rispetto al settore ferroviario. Rispetto ad essa, le funzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si limitano a sanzionare l'abuso di posizione dominante e le intese restrittive della concorrenza. Con tutta evidenza, è possibile una parziale sovrapposizione di competenze nei casi in cui la violazione delle norme sul mercato interno in materia di accesso alle infrastrutture sia accompagnata da una posizione dominante sul mercato a valle: in tale caso la condotta dell'impresa rileva tanto sotto il profilo dell'accesso all'infrastruttura, secondo le regole di cui all'art. 56 TFUE, quanto sotto il profilo della concorrenza per la violazione del divieto di abuso di posizione dominante.

4. Conclusioni

L'analisi contenuta nella sentenza in commento consente di trarre alcune conclusioni anche relativamente alle nuove competenze attribuite all'Autorità di Regolazione dei Trasporti. Quest'ultima ha, come si è sopra rilevato, la competenza a regolare il rapporto tra il gestore dell'infrastruttura e le imprese di trasporto che intendono accedervi. In sostanza, l'Autorità deve garantire che le tariffe e le condizioni di accesso siano eque e non determinino discriminazioni tra imprese o tra utenti.

Da queste funzioni va, quindi, distinta, la competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di sanzionare gli abusi di posizione dominante e le intese restrittive della concorrenza. Ben può capitare, infatti, che condotte discriminatorie nell'accesso alla infrastruttura abbiano anche una rilevanza sotto questo profilo: in questo caso l'intervento dell'Autorità dei Trasporti sarà volto, a ripristinare solamente la condizione di parità mentre quello dell'Autorità Garante della Concorrenza del mercato presuppone il diverso accertamento dell'esistenza di un abuso di posizione dominante o di un eventuale accordo o pratica concordata ed è volto a ripristinare il mercato danneggiato.

La sentenza del TAR Lazio qui in commento sembra, quindi, travisare parzialmente la pur riconosciuta complementarità delle competenze, laddove, escludendo l'esame antitrust di aspetti già considerati dall'organismo di regolazione, finisce in definitiva per impedire *tout court* che l'AGCM possa accertare eventuali illeciti concorrenziali posti in essere da parte del gestore della rete. Nella corretta ottica complementare, infatti, è proprio quando la condotta discriminatoria non è sufficiente per integrare una sanzione (in passato da parte dell'URSF e oggi) dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti che si rendono necessari ulteriori accertamenti in ordine alla posizione dominante o all'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale per assicurare l'effettivo assetto concorrenziale del mercato del trasporto ferroviario.



COMMENTI

Programmazione economica e libertà di concorrenza. L'utilità sociale nelle valutazioni dell'Autorità *antitrust*

Commento alla sentenza del T.A.R. Lazio n. 3398 del 2014

di **Andrea Cardone, Giorgia Crisafi** *

SOMMARIO: 1. Il caso della sentenza n. 3398/2014: la vicenda e la pronuncia del giudice amministrativo. – 2. Il rapporto tra regolazione e concorrenza come “questione presupposta?”. – 3. La verifica dell'equilibrio economico del servizio pubblico come controllo sulla programmazione economica ex art. 41, comma 3, Cost. – 4. Il nodo del rapporto tra libertà di concorrenza ed utilità sociale. – 5. I poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il perseguimento dell'utilità sociale. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Il caso della sentenza n. 3398/2014: la vicenda e la pronuncia del giudice amministrativo

La sentenza in commento, nel giudicare la legittimità di alcuni provvedimenti sanzionatori adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in poi AGCM) nei confronti di certe pratiche ritenute distorsive della concorrenza nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario, offre lo spunto per riflettere su taluni significativi aspetti del complesso rapporto tra tutela della concorrenza e regolazione. Come spesso avviene in tali circostanze, le questioni di carattere generale sono strettamente connesse alle peculiarità del caso concreto. Da esso, conseguentemente, conviene prendere le mosse per evidenziare gli evocati profili di interesse della motivazione della sentenza.

Con il provvedimento n. 23770 del 25 luglio 2012, l'AGCM contestava a Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a., società posta al vertice dell'omonimo gruppo attivo nel settore dei servizi di trasporto ferroviario, a Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., gestore dell'infrastruttura italiana (d'ora in poi RFI), e a Trenitalia s.p.a., principale impresa ferroviaria nazionale ¹, un abuso di posizione dominante contrario all'art. 102 TFUE, per aver, prima, ostacolato e, poi, estromesso la società Arenaways dal mercato del trasporto ferroviario passeggeri.

In particolare, nell'aprile 2008 la società Arenaways aveva presentato a RFI una richiesta di accesso all'infrastruttura ferroviaria, relativa ad un percorso

* Il lavoro è frutto della comune riflessione degli Autori. Al Prof. ANDREA CARDONE si deve la stesura dei paragrafi 2, 5 e 6. Alla Dott.ssa GIORGIA CRISAFI quella dei restanti.

¹ In proposito la sentenza non omette di rilevare che di queste due ultime società FS detiene il 100% del capitale sociale.

articolato ad anello tra le città di Torino e Milano, e comprendente una serie di fermate intermedie.

Secondo l'Autorità, come si evince dal provvedimento impugnato, RFI per favorire Trenitalia avrebbe ingiustificatamente ostacolato il richiesto accesso, mettendo le tracce a disposizione di Arenaways solo a novembre 2010 e per la sola tratta Torino-Milano senza fermate intermedie.

La condotta dilatoria si sarebbe sostanziata, secondo l'Autorità, nell'avvio strumentale da parte di RFI di una procedura di consultazione nei confronti delle Regioni Piemonte e Lombardia, della Direzione generale per il trasporto ferroviario del Ministero dei trasporti (d'ora in poi DGTF– MIT) e dell'Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari (d'ora in poi URSF). Tale procedura avrebbe, infatti, determinato un significativo ritardo della conclusione del processo di assegnazione delle tracce, nonostante le ripetute sollecitazioni pervenute sia dalla DGTF-MIT che dall'URSF.

Come si accennava, la pronuncia in commento definisce il giudizio amministrativo promosso dalle tre società sopra citate per ottenere l'annullamento del provvedimento con il quale l'AGCM aveva chiuso il procedimento istruttorio originariamente avviato il 15 dicembre 2010 nei confronti di Ferrovie dello Stato Italiane e RFI (e successivamente esteso, in data 22 settembre 2011, nei confronti di Trenitalia) per l'accertamento della sussistenza di violazioni dell'art. 102 TFUE, nonché del provvedimento del 21 marzo 2012, con il quale la medesima Autorità aveva deliberato il rigetto degli impegni presentati da RFI ai sensi dell'art. 14-ter della legge n. 287/1990, e del provvedimento del 21 marzo 2012, con il quale sempre l'AGCM aveva analogamente provveduto sugli impegni presentati da Trenitalia.

Si tratta di una sentenza dalla motivazione complessa e articolata, della quale giova analizzare in particolare, tra i vari aspetti, taluni anche molto tecnici, alcuni passaggi funzionali all'emersione delle problematiche ricordate in apertura.

Il giudice amministrativo, in primo luogo, respinge le censure con cui tutte le parti ricorrenti sostenevano che l'AGCM avesse in concreto esercitato un potere esorbitante dalle proprie attribuzioni, stante le competenze in materia di vigilanza sulla concorrenza nel mercato ferroviario e di risoluzione delle relative controversie affidate in via esclusiva all'URSF dall'art. 37, d.lgs. 8 luglio 2003, n. 188, e dall'art. 59, legge 23 luglio 2009, n. 99.

A tale conclusione il giudice della giurisdizione accentrata perviene sulla base del rilievo che «la competenza dell'AGCM coesiste con la competenza dell'organismo preposto allo specifico settore dei servizi ferroviari, vale a dire l'URSF, in ragione della differente finalità delle funzioni svolte dai due Istituti»².

In particolare, con riguardo all'art. 37, d.lgs. 8 luglio 2003, n. 188, secondo la sentenza in oggetto, l'attività dell'Autorità *antitrust* sarebbe indirizzata in via generale «alla protezione dei consumatori e degli interessi concorrenziali tra le imprese, mentre l'attività di vigilanza svolta dall'URSF sui servizi ferroviari, come indicato dall'art. 30, comma 3, direttiva 2001/14/CE in materia ferroviaria, è finalizzata specificamente a garantire che i diritti fissati determinati dal gestore per l'utilizzo delle infrastrutture siano conformi al capo II della stessa direttiva e non siano discriminatori, atteso che, come emerge dal 49^a considerando, gli obiettivi della direttiva sono il coordinamento dei meccanismi degli Stati membri che di-

² Punto 4.1 delle *considerazioni in diritto*.

sciplinano la ripartizione della capacità dell'infrastruttura ferroviaria e i diritti dovuti per il suo utilizzo nonché la certificazione di sicurezza»³.

Ne deriva che, alla stregua del già citato art. 37 del d.lgs. n. 188/2003, le competenze, quelle dell'AGCM e quelle dell'URSF, «coesistono e hanno finalità complementari, sia pure in qualche misura sovrapponibili»⁴.

Peraltro, la sentenza ricorda sul punto che la medesima Sezione si era già pronunciata osservando come «la coesistenza delle competenze e la complementarità delle finalità tra l'Autorità antitrust e altre autorità di settore sia presente in altri settori dell'ordinamento vigente [nel settore dei servizi bancari e finanziari, ove la competenza generale dell'Autorità resistente coesiste con la competenza specifica della Banca d'Italia volta ad assicurare la sana e prudente gestione delle banche]»⁵; ancora, «in materia di salute e sicurezza dei prodotti, dove la competenza generale della stessa Autorità, volta alla protezione del consumatore e degli interessi concorrenziali delle imprese, coesiste con il controllo svolto dal Ministero della salute sull'etichettatura del prodotto prima dell'immissione in commercio, che persegue la specifica finalità di verificare la sicurezza e l'assenza di pericolosità per la salute umana (*ex multis*, Tar Lazio, Roma, I, 4 maggio 2009, n. 4490)»⁶.

Alle medesime conclusioni il giudice amministrativo perviene anche in relazione all'art. 59 della legge n. 99/2009. Alla luce di tale disposizione, infatti, si osserva che «le competenze affidate all'URSF in ordine alle possibili limitazioni ai servizi ferroviari passeggeri in ambito nazionale restano nell'ambito della generale attività di vigilanza svolta dall'URSF sui servizi ferroviari [...] e non erodono in alcun modo le attribuzioni parimenti generali affidate all'Autorità antitrust in tema di protezione dei consumatori e degli interessi concorrenziali tra le imprese»⁷.

A fronte dell'appena evidenziata ricostruzione dei rapporti di competenza tra le ricordate Autorità, che – come rilevato – sorregge il rigetto delle censure relative al difetto di attribuzioni dell'AGCM, il giudice amministrativo ritiene, invece, fondate le censure con le quali i ricorrenti contestavano la legittimità dei passaggi procedurali che avevano fondato in concreto l'accertamento dell'abuso.

In particolare, osserva il Collegio che «l'Autorità ha ritenuto evidentemente che tutte le interlocuzioni avviate dalle imprese sanzionate nei confronti delle predette Autorità territoriali e centrali non fossero sostenute da alcuna ragione di carattere obiettivo»⁸ e stigmatizza tale valutazione discrezionale rilevando che «nel corso dell'ampio segmento temporale preso in considerazione dal provvedimento sanzionatorio non si registra da parte delle predette Autorità (territoriali, *nostro*) alcuna reazione compatibile con lo scenario visualizzato dall'Autorità (AGCM, *nostro*)»⁹.

Secondo il Collegio, più in particolare, gli atti di causa dimostrerebbero «non privo di giustificazioni l'iniziale interrogativo inerente la eventuale rilevanza regionale dei servizi Arenaways e la conseguente riconducibilità degli

3 Ivi.

4 Ivi.

5 Tar Lazio, Roma, I, 19 maggio 2010, n. 12281, confermata da Cons. Stato, VI, 24 agosto 2011, n. 4800.

6 Punto 4.1 delle *considerazioni in diritto*.

7 Punto 4.2 delle *considerazioni in diritto*.

8 Punto 6 delle *considerazioni in diritto*.

9 Ivi.

stessi ai poteri di programmazione e amministrazione regionale di cui al d.lgs. 422/1997»¹⁰. Tale dubbio, a parere del giudice, infatti, «non può dirsi peregrino, così come quello di una possibile interferenza tra i servizi in corso di offerta e quelli dell'operatore titolare del servizio pubblico»¹¹.

A quest'ultimo riguardo, l'Autorità avrebbe «disconosciuto le conclusioni raggiunte dall'URSF, non coincidenti con la interpretazione delle vicende fornita nell'atto gravato, addebitando alle società sanzionate la non configurabilità delle premesse metodologiche e l'inattendibilità dei dati trasmessi all'URSF per dimostrare nella detta sede che l'ingresso di Arenaways sul mercato avrebbe determinato rilevanti effetti negativi sull'equilibrio economico dei contratti di servizio di Piemonte e Lombardia, e censurando espressamente il fatto che gli stessi fossero stati condivisi dal regolatore, sul presupposto che lo stesso sia stato fuorviato e indotto in errore da Trenitalia».

Sul punto, quindi, il Collegio ritiene «fondate le censure con le quali le parti ricorrenti lamentano che l'Autorità si sia di fatto sostituita all'URSF nell'analisi delle sottostanti questioni sotto il profilo strettamente regolatorio, ovvero mediante una valutazione di merito sull'impatto dei servizi proposti da Arenaways sull'equilibrio del servizio pubblico svolto da Trenitalia, che si è posta in assoluta contraddizione con quanto ritenuto dall'organismo di regolazione in tema di correttezza di un criterio di calcolo del profitto (sottrazione del costo del capitale investito)».

In sostanza, «il nucleo delle contestazioni contenute nel provvedimento (sarebbe, *nostro*) incentrato su come avrebbero dovuto essere interpretati l'art. 59 della legge n. 99/2009 e le Linee guida URSF, e su come conseguentemente avrebbe dovuto essere condotta l'analisi regolamentare di compromissione dell'equilibrio economico del servizio pubblico».

Per tale via, ovvero operando una istruttoria parallela e effettuando valutazioni di merito autonome e del tutto confliggenti con quelle dell'URSF, l'Autorità si sarebbe completamente «sostituita a detto Ufficio nell'esercizio di competenze a esso affidate dalla legge e, vieppiù, sarebbe pervenuta, contestualmente, all'apprezzamento dell'abusività dei comportamenti delle società sanzionate e all'autonoma creazione dell'ambito delle regole tecniche alla cui stregua effettuare l'apprezzamento stesso. In tal modo sovvertendo il principio secondo cui l'apposizione della regola, tendenzialmente eteronoma, precede la valutazione dell'anti giuridicità della condotta che con la stessa si ponga in conflitto».

Ciò che, dunque, viene escluso in astratto, ossia che i provvedimenti impugnati, attenendo alla sfera dell'attività di vigilanza dei servizi ferroviari, esorbitino dalla funzione di tutela della concorrenza e degli interessi dei consumatori di cui è titolare l'AGCM, viene affermato in concreto in relazione alle modalità procedurali con cui la detta attività è stata esercitata dall'Autorità garante nel caso di specie.

2. Il rapporto tra regolazione e concorrenza come “questione presupposta”?

Alla luce di quanto sinteticamente esposto, dovrebbe risultare immediatamente rilevabile che la sentenza pone, innanzitutto, alcuni interrogativi circa le

¹⁰ Punto 7 delle *considerazioni in diritto*.

¹¹ Ivi.

sfere di competenza, rispettivamente, dell'AGCM e dell'URSF e induce, quindi, a interrogarsi sui rapporti tra queste.

Il Collegio, infatti, come accennato, da un lato, respinge la censura di incompetenza dell'AGCM nella materia oggetto del giudizio e, dall'altro, ritiene fondati i motivi con cui le parti ricorrenti lamentavano che la medesima Autorità si fosse di fatto sostituita all'URSF «nell'analisi delle sottostanti questioni sotto il profilo strettamente regolatorio»¹².

Più in particolare, come visto, il giudice amministrativo afferma che la competenza dell'AGCM coesiste con la competenza dell'organismo preposto allo specifico settore dei servizi ferroviari «in ragione della differente finalità delle funzioni svolte dai due istituti»¹³, salvo poi concludere che «l'Autorità si è completamente sostituita a detto Ufficio (URSF) nell'esercizio di competenze ad esso affidate dalla legge»¹⁴.

Tale conclusione è fondata sul già rilevato assunto secondo il quale l'Autorità «ha disconosciuto le conclusioni raggiunte dall'URSF, non coincidenti con la interpretazione delle vicende fornita nell'atto gravato» ed ha incentrato il provvedimento «su come avrebbero dovuto essere interpretati l'art. 59 della legge n. 99/2009 e le Linee guida URSF e su come, conseguentemente, avrebbe dovuto essere condotta l'analisi regolamentare di compromissione dell'equilibrio economico del servizio pubblico»¹⁵.

Ciò che vale la pena mettere in evidenza di questa parte della motivazione della sentenza è che la questione relativa alle competenze dell'AGCM e dell'URSF sembra essere impostata dal giudice amministrativo alla luce di una specifica ricostruzione del rapporto tra regolazione e tutela della concorrenza. Più nel dettaglio, essa sembra presupporre, dandola per scontata, una sorta di contrapposizione tra i due concetti. Per questa via essa pare indulgere nell'equivoco, ormai invalso nella dottrina di settore¹⁶, che riposa nell'immaginare la concorrenzialità del mercato come l'antitesi di un'economia programmata e la tutela della concorrenza come l'antitesi della regolazione del mercato.

La questione, però, meritava ben altro approfondimento. Infatti, al fine di inquadrare esattamente la tipologia funzionale delle competenze esercitate nel caso di specie dall'Ufficio di regolazione sarebbe stato necessario indagare se regolazione e concorrenza non vivano, piuttosto, in un rapporto diadico, ossia all'interno di una stretta correlazione che vede la seconda presupposto della prima. In altri termini, sarebbe stato necessario escludere logicamente che regolazione del mercato e tutela della concorrenza costituiscano momenti differenti della medesima operazione di creazione di un ordine giuridico, non spontaneo, del mercato.

Detto ancora altrimenti, ciò che merita di essere adeguatamente riflettuto è se non sia preferibile la «distinzione tradizionale ed ortodossa»¹⁷ tra attività di

¹² Punto 7 delle *considerazioni in diritto*.

¹³ Punto 4.1 delle *considerazioni in diritto*.

¹⁴ Punto 7 delle *considerazioni in diritto*.

¹⁵ Ivi.

¹⁶ R. MANFRELLOTTI, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 18, secondo il quale si tratterebbe di un orientamento fortemente condizionato «dal modello di programmazione economica comune tanto all'esperienza giuridico-politica immediatamente antecedente la Costituzione del 1948, quanto al modello di intervento pubblico nell'economia in cui molti dei maggiori giuristi italiani del secondo dopoguerra si riconoscevano».

¹⁷ F. CINTIOLI, *Concorrenza istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 188.

regolazione dei mercati liberalizzati e tutela della concorrenza che definisce la regolazione come attività *ex ante*, consistente «nella emanazione di prescrizioni di tipo regolamentare e/o provvedimentale le quali incidono ed orientano il comportamento delle imprese»; attività «ispirata [prevalentemente] da finalità di promozione della concorrenza e dalla concomitante esigenza di correzione dei fallimenti del mercato» e che, proprio per questo, «è imperniata [prevalentemente] su misure asimmetriche contro gli ex monopolisti pubblici» e «spetta [prevalentemente] ad Autorità indipendenti»¹⁸.

Se, infatti, si ammette che «il metodo competitivo non è *in rerum natura*» e che «la concorrenza è un istituto giuridico»¹⁹, deve ammettersi, del pari, la necessità di interventi volti a far sì che la concorrenza possa conformare il mercato con carattere stabile e duraturo; ossia che «la decisione di politica economica» non venga falsata dai «fallimenti» del mercato.

Poiché la presenza di più operatori economici, benché astrattamente possibile²⁰, non può che realizzarsi gradualmente, «si apre una fase di transizione durante la quale il mercato richiede misure speciali che ne correggano le disfunzioni. Queste sono le misure di regolazione economica delle attività liberalizzate, che intervengono sui prezzi e sulle condizioni contrattuali alle quali sono prestati i servizi [...] finché la configurazione dei mercati lascia sussistere la disparità di potere contrattuale tra gli offerenti e gli acquirenti, dovrebbe permanere il potere di regolazione»²¹.

In altri termini, «l'obiettivo dell'instaurazione di un regime di mercato ispirato alla concorrenza è perseguibile soltanto dopo un intervento regolativo bifasico: una prima fase dell'intervento richiede l'adozione di una regolazione più o meno pregnante, volta ad eliminare le posizioni di vantaggio assunte dagli operatori storici, anche prevedendo discipline differenziate tese a superare le discrasie tra essi. Solo dopo che è stato raggiunto lo scopo di una tendenziale equiparazione, strumentale ad un confronto ad armi pari, il mercato può esse-

18 F. CINTIOLI, *op. e loc. ult. cit.*, il quale, peraltro, utilizza il *prevalentemente* quale chiave per tentare di «caratterizzare la funzione di regolazione e di rimarcare, per contrapposizione, i tratti della tutela della concorrenza, senza nel contempo pretendere di chiudere la regolazione stessa entro un mondo che viva solo di concorrenza ed ammettendo così la rilevanza di altrettanti profili che ben possono connotarla e che non possono essere, di certo, considerati come altrettanti compartimenti stagni».

19 N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 133 ss.; N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in S. AMOROSINO, G. MORBIDELLI-M. MORISI (a cura di), *Istituzioni mercato e democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 335-43, il quale pone una correlazione intrinseca, dovuta al comune carattere competitivo, tra concorrenza economica e democrazia politica, con il rifiuto del «più ingenuo naturalismo» che definisce la concorrenza quale fenomeno di natura.

20 F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 62-3, la quale ricorda come il primo passo nel processo di liberalizzazione nei settori storicamente oggetto di monopolio legale sia stata la cosiddetta «deverticalizzazione dell'impresa». Al fine di creare le condizioni legali per la concorrenza il sistema di regolazione economica, infatti, è intervenuto, in primo luogo, sulla struttura dell'impresa. Più precisamente, «nei settori in esame il monopolio dell'infrastruttura dà origine ad una impresa nella quale l'impiego dell'infrastruttura si integra con le attività che stanno a monte e a valle di essa» costituendo un'impresa «verticalmente integrata». Pertanto, presupposto della liberalizzazione è che «l'impresa venga verticalizzata e che l'infrastruttura sia sottoposta ad un regime speciale che faccia di essa un bene destinato a rendere un servizio pubblico, disponibile per qualunque operatore economico che ne abbia bisogno». Per un approfondimento sull'iter di liberalizzazione del trasporto ferroviario si veda P. POLIMANTI, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario*, in *Amministrazione in cammino*, 2010.

21 F. TRIMARCHI BANFI, *ult. cit.*, pp. 66-7.

re regolato da una più flessibile disciplina finalizzata ad impedire l'assunzione di nuove posizioni dominanti»²².

Alla luce di questa diversa, e a parere di chi scrive preferibile, ricostruzione dei rapporti tra concorrenza e regolazione sembra potersi dubitare che la funzione svolta nel caso di specie dall'URSF possa essere correttamente inquadrata negli schemi della regolazione giuridica dei mercati.

A tale conclusione si può pervenire se si pone attenzione alla circostanza che l'URSF ha avallato comportamenti anticoncorrenziali dell'operatore ex monopolista per asserite esigenze di tutela dei contratti di servizio e, dunque, del servizio pubblico. Esso, infatti, ha considerato che fosse proprio il rischio di compromissione dell'equilibrio economico dei contratti di servizio pubblico a legittimare le limitazioni alla libertà di concorrenza.

A ben vedere, dunque, la funzione svolta potrebbe piuttosto essere intesa come tutela dell'indirizzo e coordinamento a fini sociali dell'attività economica sulla base della preliminare opera di programmazione di cui all'art. 41, comma 3, Cost.²³.

3. La verifica dell'equilibrio economico del servizio pubblico come controllo sulla programmazione economica ex art. 41, comma 3, Cost.

Per verificare la praticabilità dell'ipotesi appena prospettata, è utile portare l'attenzione sul ruolo che assumono in questa materia i contratti di servizio pubblico e sui meccanismi che presiedono al loro funzionamento. E non pare una mera coincidenza la circostanza che proprio su tali aspetti la sentenza insista in diversi degli articolati passaggi della motivazione.

Come noto, nella ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria il gestore deve accordare priorità ai servizi di trasporto quantitativamente e qualitativamente sufficienti a soddisfare le esigenze di mobilità dei cittadini, disciplinati da appositi contratti di servizio da stipulare tra le imprese ferroviarie e lo Stato o le Regioni. Tali servizi, in presenza di richiesta di capacità per altri differenti utilizzi dell'infrastruttura, non possono comunque assorbire l'intera disponibilità delle tratte e delle fasce orarie interessate²⁴.

Più nel dettaglio, ai sensi dell'art. 38, commi 2 e 3, legge n. 166/2002, i servizi di trasporto ferroviario di interesse nazionale da sottoporre al regime degli obblighi di servizio pubblico sono regolati con contratti di servizio pubblico da sottoscrivere almeno tre mesi prima della loro entrata in vigore, di durata non

²² In questo senso R. MANFRELOTTI, *ult. cit.*, p. 99.

²³ Deve, comunque, darsi atto della dottrina secondo la quale un'attività pubblica tesa a ordinare il mercato secondo un regime di libera concorrenza sarebbe in ogni caso manifestazione della potestà pubblica che si fonda sul terzo comma dell'art. 41, posto che il medesimo sarebbe lo schema attraverso cui si manifesta. Su tali rilievi si veda, in particolare M. CARABBA, *Programmazione economica*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1114 e C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Cacucci, Bari, 2005, p. 49 ss. Peraltro, sulla base di una tale ricostruzione è stato coniato di recente il concetto di programmazione "a struttura condizionale" proprio per indicare un'attività di intervento pubblico nell'economia improntata a criteri promozionali e svincolata da obiettivi specifici. In tale direzione D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, p. 254 ss.

²⁴ Si veda in tal senso l'art. 8, comma 3, lett. a), d.p.r. n. 146/1999.

inferiore a cinque anni, con possibilità di revisioni annuali delle caratteristiche quantitative e qualitative dei servizi senza modifiche contrattuali. Il Ministero dei trasporti affida, nel rispetto della normativa comunitaria, i contratti di servizio con i quali sono definiti gli obblighi di servizio pubblico, i relativi corrispettivi, nell'ambito delle risorse iscritte nel bilancio pluriennale dello Stato, nonché le compensazioni spettanti alla società fornitrice. Come noto, i contratti di servizio pubblico vengono sottoscritti, per l'amministrazione, dal Ministro dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere del CIPE, da esprimere entro trenta giorni dalla data di trasmissione ²⁵.

Un altro aspetto fondamentale, ai nostri fini, del concreto atteggiarsi dell'istituto è evidenziato proprio dal giudice amministrativo nella sentenza in commento, nel passaggio in cui rileva che «una parte rilevante dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri beneficia di sussidi pubblici ritenuti necessari ad assicurare l'equilibrio economico dell'impresa ferroviaria che si fa carico degli obblighi di servizio pubblico in presenza di costi superiori ai ricavi conseguibili dalla vendita dei biglietti» ²⁶.

Tra i servizi sussidiati rientrano sia i servizi di trasporto ferroviario regionale, sia una parte di quelli a media-lunga percorrenza, c.d. "di interesse nazionale" ²⁷. Tali servizi vengono prestati dall'impresa ferroviaria previa sottoscrizione di un contratto di servizio che definisce, tra l'altro, l'ampiezza del sussidio e i servizi da erogare.

La compensazione finanziaria degli operatori che agiscono nell'assolvimento di servizi pubblici risponde a principi ben definiti e viene attuata secondo modalità che impediscono una compensazione eccessiva ²⁸. In particolare, la compensazione corrisposta non può superare l'importo necessario per coprire l'effetto finanziario netto sui costi sostenuti e sui ricavi originati dall'assolvimento dell'obbligo di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi ricavi tratti dall'operatore del servizio pubblico, nonché di un profitto ragionevole ²⁹.

Con precipuo riguardo ai servizi di trasporto ferroviario regionale, a seguito della riforma del trasporto pubblico locale di cui al d.lgs. n. 422/1997, spetta alle singole Regioni e alle Province autonome sottoscrivere il contratto di servizio. A tal fine a ciascuna Regione è stato assegnato un determinato quantitativo di treni per chilometro e un ammontare predefinito di risorse, idonee a garantire l'equilibrio economico dei contratti.

Al riguardo la sentenza ³⁰ evidenzia che la metodologia di determinazione dei costi e dei ricavi da traffico e, conseguentemente, delle compensazioni (sussidi) spettanti a Trenitalia per i contratti di servizio regionali è stata deter-

²⁵ Ciò ai sensi dell'art. 38, commi 2 e 3, legge n. 166/2002.

²⁶ Punto 3.2 delle *considerazioni in diritto*.

²⁷ La distinzione è operata dal d.m. n. 109/T del 3 novembre 1999, recante attuazione dell'articolo 3, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 422/97 (di conferimento alle Regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale), che elenca le caratteristiche dei servizi qualificabili come servizi "di interesse nazionale".

²⁸ Si veda in proposito l'art. 3 del Regolamento CE/1370/2007, ai sensi del quale l'autorità competente compensa gli operatori di servizio pubblico per l'effetto finanziario netto, positivo o negativo, sui costi sostenuti e sui ricavi originati dall'assolvimento degli obblighi tariffari stabiliti da norme generali, secondo modalità che impediscano una compensazione eccessiva. Ciò lascia impregiudicato il diritto delle autorità competenti di integrare gli obblighi di servizio pubblico stabilendo tariffe massime nei contratti di servizio pubblico.

²⁹ Cfr. l'art. 4 del Regolamento n. CE/1370/2007, cui l'appena citato art. 3 rinvia espressamente per la determinazione dei principi che devono regolare la compensazione.

³⁰ Punto 3.2 delle *considerazioni in diritto*.

minata dall'Accordo-quadro generale tra il Ministero dei trasporti e le regioni del 18 giugno 1999 ed è rimasta immutata fino al 2007, quando Trenitalia ha predisposto unilateralmente una nuova metodologia di calcolo dei corrispettivi per le Regioni, definita "a catalogo" e composta da tre grandi macrovoci: il canone di accesso all'infrastruttura o pedaggio (costo indicato a corpo, come da fattura presentata dal gestore dell'infrastruttura RFI); il costo del trasporto, calcolato a ore (sulla base della considerazione che le voci prevalenti di costo del servizio sono quelle relative al personale, il cui costo è molto più legato alle ore impegnate che non ai chilometri percorsi); il costo dei servizi (ovvero il costo delle biglietterie, del sistema informatico di vendita nazionale – Sipax – e dell'informazione).

Ma il vero nodo, anche dal punto di vista del presente commento, è rappresentato dal rapporto tra le ragioni del servizio pubblico e quelle della concorrenzialità del mercato. È, infatti, evidente che tra le esigenze sottese a queste due distinte sfere esiste un margine di potenziale conflittualità. E proprio su tale profilo si sofferma un ulteriore passaggio della motivazione, il quale ricostruisce il quadro normativo in materia.

In particolare, il giudice amministrativo evidenzia che la direttiva 2007/58, nell'aprire il mercato dei servizi internazionali di trasporto passeggeri in ambito comunitario e al dichiarato fine di contemperare le esigenze di liberalizzazione del trasporto ferroviario passeggeri con il mantenimento dell'equilibrio economico dei contratti di servizio stipulati per la prestazione dei servizi sussidiati, ha previsto che, in determinate circostanze, gli Stati membri possano limitare il diritto di accesso all'infrastruttura per i servizi "da origine a destinazione" che sono oggetto di contratti di servizio pubblico ³¹.

Nell'ordinamento italiano la citata direttiva è stata recepita con il d.lgs. n. 15/2010 che rinvia, tra l'altro, alla disciplina del settore ferroviario contenuta nella citata legge n. 99/2009 (artt. 58, 59, 60 e 62).

In particolare, l'articolo 59 introduce "limitazioni ai servizi ferroviari passeggeri in ambito nazionale" nei casi in cui il loro esercizio possa compromettere l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico in termini di redditività ³². La verifica della compatibilità dei nuovi servizi ferroviari passeggeri con l'equilibrio economico dei contratti di servizio pubblico viene svolta dall'URSF, su richiesta di uno dei soggetti abilitati, incluso il gestore della rete.

A tal fine, in data 6 maggio 2010, l'URSF ha adottato il decreto attuativo dell'art. 59 citato, il cui art. 6 disciplina l'analisi dell'equilibrio economico. Ivi si stabilisce che l'equilibrio economico di uno specifico contratto di servizio pubblico si esprime in termini di redditività di tutti i servizi coperti da tale contratto e deve essere valutato in base all'assetto commerciale preesistente allo svol-

³¹ Ivi, dove si precisa che, in ogni caso, «detta limitazione non può determinare una restrizione del diritto di far salire e scendere passeggeri in stazioni situate lungo il percorso di un servizio internazionale, ivi compreso in stazioni situate nel medesimo Stato membro, salvo se l'esercizio di tale diritto comprometta l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico».

³² Cfr. art. 59, comma 2, legge n. 99/2009, il quale, più nel dettaglio, prevede che lo svolgimento di servizi ferroviari passeggeri in ambito nazionale, ivi compresa la parte di servizi internazionali svolta sul territorio italiano, possa essere assoggettato a limiti in relazione al diritto di far salire o scendere passeggeri in stazioni situate lungo il percorso del servizio, nei casi in cui il loro esercizio possa compromettere l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico in termini di redditività di tutti i servizi coperti da tale contratto, «includere le ripercussioni sul costo netto per le competenti autorità pubbliche titolari del contratto, domanda dei passeggeri, determinazione dei prezzi dei biglietti e relative modalità di emissione, ubicazione e numero delle fermate, orario e frequenza del nuovo servizio proposto».

gimento di un servizio passeggeri da parte di altra impresa ferroviaria, in sovrapposizione anche parziale per ubicazione, numero di fermate, orario e frequenza ³³.

Nel quadro di questi parametri di valutazione, l'equilibrio economico di uno specifico contratto di servizio pubblico si considera compromesso se il profitto subisce una riduzione superiore al 50% ³⁴.

Proprio per consentire la verifica del rispetto di tale limite, all'URSF vengono attribuiti poteri istruttori strumentali all'analisi di compromissione dell'equilibrio economico. L'Ufficio, infatti, deve acquisire: dall'impresa ferroviaria titolare del contratto di servizio pubblico, la documentazione attestante l'equilibrio economico del contratto di servizio pubblico e la compromissione di tale equilibrio economico; dall'impresa richiedente il servizio, un piano economico relativo al servizio che intende svolgere, per almeno tre anni di attività, che dia evidenza, tra l'altro, della domanda potenziale esistente sul servizio stesso, dei costi fissi e dei costi variabili presi a riferimento, o in alternativa il piano d'impresa e il *business plan* relativo al servizio richiesto; dalla competente autorità pubblica titolare del contratto di servizio, il contratto di servizio vigente accompagnato da una relazione illustrativa che dia evidenza – tra l'altro – dell'eventuale compromissione dell'equilibrio economico del contratto stesso ³⁵.

Il quadro normativo fin qui ricostruito permette di affermare, come è stato già opportunamente proposto in dottrina, che all'interno del settore del servizio di pubblico trasporto ferroviario liberalizzato esiste «un'area entro la quale le prestazioni non sono lasciate al mercato e sono determinate dall'autorità secondo valutazioni di carattere politico» ³⁶. Tale ultimo rilievo consente, a sua volta, di tornare, con maggiore contezza, sulla proposta interpretativa avanzata al termine del paragrafo precedente. E questo essenzialmente per la ragione che la disciplina legislativa della «contrattazione di servizio» offre diversi spunti in grado di sorreggerne un inquadramento all'interno degli schemi di cui all'art. 41, comma 3, Cost. Nella fattispecie in esame, infatti, si ritrovano i caratteri tipici dell'opera di programmazione e controllo diretta a che l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali ³⁷.

Come noto, affinché un'attività economica possa dirsi programmata occorre che a livello legislativo vi sia stata la determinazione dei fini cui essa deve tendere, ovvero la cosiddetta «direzione dell'attività». Tuttavia, tale determinazione non può considerarsi sufficiente, in quanto ad essa deve accompagnarsi la «parallela determinazione della misura dell'attività (ossia della sua dimensione) e, quindi, dei risultati che, in vista di quei fini, dovranno raggiungersi a determinate scadenze» ³⁸.

Una simile operazione deve, poi, articolarsi in due distinte direzioni: deve, più precisamente, avere riguardo sia alla misura *orizzontale* dell'attività, ovvero alla delimitazione della sua ampiezza in senso spaziale, sia alla misura *verticale*, ovvero allo svolgersi dell'attività nel suo sviluppo temporale.

33 Cfr. art. 6, comma 1, decreto dirigenziale URSF del 6 maggio 2010.

34 Cfr. art. 6, comma 3, decreto dirigenziale URSF del 6 maggio 2010.

35 Cfr. art. 7, comma 1, decreto dirigenziale URSF del 6 maggio 2010.

36 F. TRIMARCHI BANFI, *ult. cit.*, p. 83.

37 Per il cui approfondimento analitico si rinvia al classico lavoro di U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964, p. 236 ss.

38 Su tali rilievi si veda U. POTOTSCHNIG, *op. cit.*, p. 252.

Più nel dettaglio, la determinazione della prima misura richiamata può avvenire, alternativamente, o per effetto di norme che definiscono il *quid* e il *quantum* dell'attività, avendo riguardo direttamente al tipo ed al volume dell'attività che deve essere svolta, oppure per effetto di norme che misurano l'attività indirettamente, attraverso previsioni riguardanti i soggetti che devono svolgerla; «di norme cioè che stabiliscono, riguardo ai soggetti ovvero agli organi preposti all'esercizio dell'attività, un ordinamento tale da determinare ugualmente la misura dell'attività»³⁹. Va da sé, invece, che la determinazione della misura verticale dell'attività si sostanzia in un'opera di definizione del ripetersi ciclico della prestazione in un arco temporale di riferimento.

Conseguentemente, l'attività di controllo prevista a seguito della determinazione di un programma, deve essere specificatamente diretta ad «assicurare la realizzazione del programma»⁴⁰ medesimo: deve, in altri termini, essere strettamente funzionale al «concreto svolgimento»⁴¹ dei programmi.

Ebbene, con precipuo riguardo alla materia in oggetto, può senz'altro evidenziarsi la ricorrenza, innanzitutto, della determinazione legislativa delle finalità cui deve tendere l'attività programmata. In tal senso, basti richiamare le già citate disposizioni del regolamento n. CE/1370/2007, il quale, nel porre le condizioni alle quali le autorità nazionali, allorché queste impongono o stipulano contratti di servizio pubblico, compensano gli operatori di servizio pubblico per i costi sostenuti e/o conferiscono loro diritti di esclusiva in cambio dell'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, collega dette previsioni alla finalità di garantire «la fornitura di servizi di interesse generale che siano, tra l'altro, più numerosi, più sicuri, di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire»⁴².

Deve, poi, considerarsi come il profilo relativo alla determinazione della misura dell'attività sia in senso orizzontale sia in senso verticale, costituisca, nel caso del trasporto ferroviario, un momento prodromico, non solo alla contrattazione di servizio, ma allo svolgimento medesimo dell'attività liberalizzata. Ciò dipende, con tutta evidenza, dalla natura stessa dell'attività che si considera, ipotesi emblematica di servizio a rete⁴³. La naturale limitatezza dell'infrastruttura comporta la conseguente delimitazione del *quantum* del servizio, che avviene attraverso la determinazione della capacità delle tratte⁴⁴ ed as-

39 Ivi.

40 Ivi.

41 Così S. GALEOTTI, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 43.

42 Art. 1, comma 1, Regolamento CE/1370/2007.

43 Per un approfondimento sul regime di condivisione dei servizi a rete si rinvia a S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 64 ss.

44 Determinazione che l'art. 22 del d.lgs n. 188/2003 attribuisce alla competenza del gestore dell'infrastruttura ferroviaria, il quale deve procedere alla ripartizione della capacità, garantendo che la medesima sia ripartita su base equa, non discriminatoria e che consenta un utilizzo efficace e ottimale dell'infrastruttura ferroviaria. Ai sensi del successivo art. 27, il gestore dell'infrastruttura svolge le procedure di assegnazione della capacità. Questa avviene secondo il seguente schema. Prima di iniziare le consultazioni per la definizione del progetto di orario di servizio il gestore deve identificare, insieme con i soggetti competenti in materia di assegnazione di capacità negli altri Stati membri, le tracce orarie riservate ai servizi di trasporto internazionale che vanno integrati nello stesso orario.

Il termine per la presentazione delle richieste di capacità da integrare nell'orario di servizio non può essere superiore a dodici mesi prima dell'entrata in vigore dell'orario.

Il gestore dell'infrastruttura delibera sulle richieste entro due mesi dalla scadenza del termine per la presentazione delle stesse da parte delle imprese ferroviarie e delle associazioni

segnazione della stessa, mediante attribuzione di tracce orarie ⁴⁵.

Infine, con riguardo alla materia del controllo sull'attività programmata, inteso nel senso sopra evidenziato, ovvero come attività strumentale alla realizzazione del programma medesimo, basti ricordare le attribuzioni dell'URSF secondo il già richiamato art. 59, legge n. 99/2009. Tra le attribuzioni dell'URSF rientra, infatti, come più volte ricordato, la verifica della compatibilità dei nuovi servizi ferroviari passeggeri con l'equilibrio economico dei contratti di servizio pubblico e tale attività si esplica attraverso il monitoraggio economico del settore, secondo le modalità ed i criteri stabiliti dal medesimo Ufficio con il ricordato decreto attuativo del 6 maggio 2010.

4. Il nodo del rapporto tra libertà di concorrenza ed utilità sociale

Se, come si propone di ritenere, la contrattazione di servizio possiede tutti i caratteri della programmazione economica di cui all'art. 41, comma 3, Cost., può forse risultare condivisibile la conclusione che, correttamente impostate le "grandezze" in considerazione nel caso di specie, il "vero" rapporto che merita di essere indagato non è tanto quello esistente tra regolazione e concorrenza, quanto piuttosto quello tra tutela della programmazione economica indirizzata e coordinata a fini sociali e tutela della concorrenza. In questa prospettiva, infatti, si apprezza che la questione ultima che la sentenza pone è la determinazione del ruolo dell'utilità sociale nella tutela della concorrenza.

Per giudicare la legittimità del mantenimento di pratiche anticoncorrenziali nel mercato ferroviario, cioè, occorre domandarsi che tipo di relazione intercorra tra l'utile sociale e la libertà di concorrenza. E una simile indagine non può non tenere conto, per quanto sinteticamente data la sede, delle coordinate dottrinali minime di tale rapporto.

In particolare, per quanto qui di più prossimo interesse, giova richiamare

internazionali di imprese ferroviarie, dandone comunicazione alle stesse. Il rigetto della richiesta deve essere motivato. Quando il rigetto della richiesta di capacità è motivato dalla insufficienza della stessa, la richiesta è riesaminata, d'accordo con l'istante, in occasione del successivo adeguamento dell'orario per gli itinerari interessati. Le date degli adeguamenti di orario e le relative prescrizioni sono rese disponibili ai soggetti interessati. Entro i quattro mesi successivi alla scadenza del termine per la presentazione delle richieste da parte delle imprese ferroviarie e delle associazioni internazionali di imprese ferroviarie, il gestore dell'infrastruttura predispone un progetto di orario di servizio.

Il gestore è comunque tenuto a comunicare tempestivamente alle imprese ferroviarie interessate ogni modifica rilevante della qualità delle linee e della capacità utilizzata per l'espletamento dei servizi ferroviari.

45 Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. u), d.lgs. n. 188/2003, per traccia oraria si intende «la frazione di capacità dell'infrastruttura ferroviaria necessaria a far viaggiare un convoglio tra due località in un determinato periodo temporale». Il diritto di utilizzare capacità specifiche dell'infrastruttura, sotto forma di tracce orarie, può essere concesso per una durata che non ecceda l'"orario di servizio", ovvero il documento attraverso il quale vengono determinati «i dati che definiscono tutti i movimenti programmati dei treni e del materiale rotabile sull'infrastruttura in questione durante il suo periodo di validità». L'orario di servizio viene stabilito una volta per anno civile (art. 27, comma 3, lett. c), d.lgs. n. 188/2003). Non oltre undici mesi prima dell'entrata in vigore dell'orario di servizio, il gestore dell'infrastruttura deve provvedere a che le tracce orarie provvisoriamente riservate ai servizi di trasporto internazionale (ai sensi dell'art. 27, comma 3, lett. a), d.lgs. n. 188/2003) siano definite in cooperazione con i soggetti competenti in materia di assegnazione di capacità negli altri Stati membri. Il medesimo gestore deve, inoltre, assicurare per quanto possibile che la programmazione di tali tracce sia mantenuta invariata nelle fasi successive della definizione dell'orario di servizio.

quella recente riflessione che ha analizzato i profili strutturali della relazione in questione, evidenziando che «se la concorrenza si fonda sulla libertà di iniziativa economica, l'utilità sociale ne è limite esterno e le deroghe alla concorrenza, fondate sull'utilità sociale, non potranno che essere eccezionali e, come tali, oggetto di interpretazioni restrittive. Se, invece, l'utilità è la ragione della libertà di concorrenza, la seconda non può essere creata e conservata se tradisce la prima, che ne diventa limite interno, ed entrambe limitano l'antisocialità della libera iniziativa economica»⁴⁶.

La tesi in esame permette di evidenziare che l'analisi sulla tipologia di relazione esistente tra libertà di concorrenza ed utilità sociale implica una riflessione sul fondamento costituzionale della prima e sul significato da attribuire alla seconda⁴⁷.

Nella prima direzione, è a tutti nota la pluralità degli orientamenti dottrinali in materia, i quali si dividono su posizioni che, rispettivamente, privilegiano una lettura orizzontale dell'art. 41, comma 1, Cost., secondo la quale il fondamento costituzionale della libertà di concorrenza sarebbe da rinvenirsi nei presupposti della libertà di iniziativa economica privata⁴⁸, o, viceversa, ancorano il suddetto fondamento costituzionale della libertà di concorrenza e della legislazione *antitrust* complessivamente considerata alla previsione del limite dell'utilità sociale alla libertà economica di cui al comma 2 dell'art. 41 Cost.⁴⁹.

L'adesione ad una delle due opzioni interpretative sinteticamente richiamate deve considerarsi strettamente strumentale alla risoluzione dell'interrogativo posto all'inizio del presente paragrafo e relativo al ruolo dell'utilità sociale nella disciplina della libertà di concorrenza.

Ciò in quanto aderire alla prima opzione determina la qualificazione della tutela della concorrenza in termini di tutela delle posizioni di libertà dei singoli e, pertanto, la definizione degli interessi e delle esigenze di ordine sociale di cui al comma 2 dell'art. 41 Cost. quali limiti negativi esterni al libero gioco concorrenziale.

Di contro, ritenere che il fondamento della libertà di concorrenza vada ricercato nel comma 2 dell'art. 41 Cost., significa ancorare la medesima libertà e la sua tutela (nella forma di diritto *antitrust*) al perseguimento dell'utilità sociale e configurare la clausola dell'utilità sociale come elemento costitutivo della libertà di concorrenza e, quindi, «attribuire a quest'ultima il crisma di valore costituzione garantito nella misura in cui contribuisce al benessere economico ed al progresso sociale della generalità dei consociati»⁵⁰.

46 L. BUFFONI, *Il nomos del mercato tra concorrenza e diritti sociali ed il paradigma del diritto alla libertà eguale*, in corso di pubblicazione in P. BONETTI-A. CARDONE-A. CASSATELLA-F. CORTESE, A. DEFFENU (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Aracne, Roma, 2014, p. 357.

47 Per un'analisi degli orientamenti dottrinali sulla qualificazione del concetto di utilità sociale, non possibile in questa sede, si veda preliminarmente il noto saggio di E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, p. 260.

48 Si vedano in tal senso i lavori di F. GALGANO, *Rapporti economici – Artt. 41, 44*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1982, p. 11.; M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. Soc.*, 2003, p. 511.

49 Si vedano in questo senso le argomentazioni di M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, p. 45 ss.; R. MANFRELOTTI, *ult. cit.*, pp. 49 e 95.

50 L. BUFFONI, *ult. cit.*, p. 352.

Il primo orientamento, come è stato autorevolmente evidenziato, parrebbe scontrarsi con l'obiezione, difficilmente superabile, secondo la quale «le libertà costituzionali corrispondono a doveri di astensione dello Stato, ma nulla dicono circa le relazioni, di coesistenza o di conflitto, con gli altri titolari della medesima libertà»⁵¹.

Sembra, dunque, a chi scrive preferibile la seconda opzione interpretativa, da cui discende la qualificazione della concorrenza e del mercato quali «strumenti di realizzazione di obiettivi politico-sociali»⁵².

Da questa impostazione deriva che «un problema di rapporto fra concorrenza e utilità sociale, pertanto, neppure si pone»⁵³, in quanto la prima, ove ne ricorrano le condizioni, deve essere considerata come un mezzo per il perseguimento della seconda. Il che, a sua volta, incide anche sulla posizione della concorrenza come profilo della libertà economica, perché «come tale, infatti, in tanto può avere protezione, in quanto sia stato preventivamente compiuto il giudizio di meritevolezza della sua tutela come strumento dell'utilità sociale»⁵⁴.

5. I poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il perseguimento dell'utilità sociale

La ricostruzione del rapporto tra tutela della concorrenza ed utilità sociale porta con sé l'ulteriore questione del ruolo delle istituzioni preposte al governo tecnico dei mercati.

Al riguardo, ciò che preme sottolineare in queste sede è che, per quanto le considerazioni precedentemente svolte circa la finalizzazione della libertà di concorrenza all'utilità sociale possano considerarsi meritevoli di adesione, ciò non significa «meccanicamente» che il concreto dispiegarsi del diritto *antitrust* debba essere animato da continue valutazioni circa il perseguimento o la compromissione del fine sociale.

Per chiarire tale aspetto è utile richiamare quella riflessione dottrina che ha sostenuto che il nucleo centrale delle funzioni dell'Autorità è «costituito dalla qualificazione di atti, fatti e comportamenti, alla luce delle regole materiali in tema di concorrenza e di pubblicità ingannevole introdotte dalla legge» Da tale definizione, infatti, si ricava la conclusione che l'esercizio di tale potere di accertamento presuppone da parte dell'Autorità «una serie di valutazioni anche complesse, nessuna delle quali però postula un apprezzamento ed una ponderazione di interessi diversi ed ulteriori rispetto a quello generale dell'osservanza della norma applicata»⁵⁵. Sul punto è indispensabile effettuare qualche

⁵¹ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 16, secondo il quale neppure «l'eguaglianza nella libertà d'iniziativa economica può dirsi a rigore concorrenza, poiché le identiche e pari libertà, disponendosi come elementi di una raggiera confluyente verso lo Stato, si trovano l'una parallela all'altra, e non in rapporto l'una con l'altra».

⁵² R. MANFRELOTTI, *ult. cit.*, p. 50.

⁵³ M. LUCIANI, *ult. cit.*, p. 52.

⁵⁴ M. LUCIANI, *ibidem* dove si afferma che «conseguentemente, il principio dell'utilità sociale non può nemmeno dirsi esterno alla libertà di concorrenza, ma le è interno, perché questa non può stare senza quella. L'utilità sociale, infatti, non definisce solo i confini, ma qualifica lo stesso fondamento della tutela della concorrenza, anche come libertà».

⁵⁵ Così M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 85 e 96, il quale, peraltro, arriva alla conclusione secondo cui l'Autorità sareb-

considerazione. Da come si ricostruisce la natura dei poteri dell'Autorità, infatti, dipende il ruolo che le valutazioni sull'utilità sociale possono e debbono giocare nell'esercizio della sua funzione di tutela della concorrenza.

In particolare, è necessario evidenziare che, se è vero che il complesso delle attribuzioni dell'Autorità *antitrust* depone per una caratterizzazione delle medesime in senso paragiurisdizionale, non parrebbe, però, corretto a fini ricostruttivi sottostimare l'esistenza di «talune componenti, nelle valutazioni di questa autorità, esprimenti una percettibile discrezionalità che la allontanano dal disegno di un meccanico orologiaio della concorrenza»⁵⁶.

A tal proposito occorre osservare che, laddove in dottrina si sia proposto per una qualificazione in senso discrezionale dei poteri dell'AGCM, ciò è avvenuto, quasi esclusivamente, attraverso la valorizzazione della possibilità (espressamente prevista dall'art. 4 della legge n. 287/1990) che l'Autorità, in deroga al divieto di intesa restrittiva della libertà di concorrenza, autorizzi intese, o categorie di intese, vietate⁵⁷.

In questo senso, è stato messo in rilievo che la legge fissa i parametri che l'Antitrust deve tenere presenti nell'istruttoria da svolgere sulla richiesta di autorizzazione in deroga presentata dai soggetti interessati e che «tutti questi parametri hanno un carattere che li rende in qualche modo misurabili e oggettivabili, sicché l'Autorità non compie una valutazione soggettiva di opportunità». Tuttavia, si è ritenuto che l'assenza di tale tipo di valutazioni non significhi «assenza di discrezionalità»⁵⁸, soprattutto se si fa riferimento alla discrezionalità tecnica⁵⁹. Ciò che qui, infatti, viene in considerazione non è la valutazione e ponderazione di interessi, né la possibilità di scelta ma all'amministrazione viene «rimessa semplicemente una valutazione (dei fatti posti dalla legge a presupposto dell'operare) alla stregua di conoscenze (e perciò di regole) tecniche»⁶⁰.

be qualificabile quale «organo a carattere paragiurisdizionale o, se si preferisce, magistratura della concorrenza» (in questi termini cfr. pp. 110-112). Sul punto si vedano, altresì, M. CLARICH-E.L. CAMILLI, *Poteri quasi giudiziali delle Autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 107 ss.

⁵⁶ Così S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le Autorità indipendenti*, Edizioni ETS, Pisa, 1996, p. 213.

⁵⁷ Deve, comunque, darsi atto di quella dottrina che ritiene predicabile il carattere discrezionale con riferimento all'intero complesso delle attribuzioni dell'Autorità antitrust, sulla base della considerazione che la legge n. 287/1990 porrebbe come «parametro legale alla cui stregua deve essere effettuato il sindacato di conformità/difformità norme impieganti veri e propri concetti giuridici indeterminati», quali «il gioco della concorrenza», le «intese» o «il mercato rilevante». Per cui, ragionando in questi termini, l'Autorità chiamata ad applicare il precetto avrebbe «l'onere di riempire il precetto o se si vuole codificare caso per caso, ovvero in via generale ed astratta, la concreta portata della *regula juris*». Tale attività altro non sarebbe che «attività amministrativa in senso proprio», non potendo essa essere «in nessun modo ricondotta all'esercizio di poteri quasi giudiziali o neutrali». Pertanto l'Autorità sarebbe «un centro di imputazione, di elaborazione e cura di un interesse, quello pubblico». In definitiva, nell'esercizio dei suoi poteri l'Autorità non avrebbe «una posizione di indifferenza verso gli interessi coinvolti avendo istituzionalmente in carico la cura dell'interesse pubblico primario alla tutela del mercato». Su tali rilievi cfr. A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in P. BARUCCI-C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di antitrust*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 369 ss.

⁵⁸ In tal senso si vedano le riflessioni di S. NICCOLAI, *ult. cit.*, p. 214.

⁵⁹ Come noto, la nozione di discrezionalità tecnica ha accompagnato sin dalla nascita la figura delle autorità amministrative indipendenti. Al riguardo cfr. F. CINTIOLI, *ult. cit.*, p. 123, il quale ricorda che «tra esse (è stata associata), in particolare, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ed è divenuta così un parametro cruciale per misurare il tipo di sindacato che il giudice amministrativo è chiamato ad esercitare sulle loro decisioni».

⁶⁰ Ci si serve, evidentemente, della definizione di discrezionalità tecnica di A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV edizione, Jovene, Napoli, 1989, p. 594.

Con riguardo al caso specifico dell'AGCM quanto appena visto si traduce in una valutazione di regole di ordine economico. Proprio le teorie economiche, infatti, come già rilevato in dottrina, chiariscono alcune questioni fondamentali la cui risoluzione è presupposta dall'esercizio dei poteri dell'Autorità⁶¹, come quelle inerenti l'esistenza e la tipologia di illecito *antitrust*, l'accertamento del mercato rilevante, la definizione del contegno abusivo⁶².

Alle medesime conclusioni in ordine alla natura dei poteri dell'Autorità, peraltro, è giunta ormai da tempo anche la costante giurisprudenza amministrativa sul tema. In particolare, secondo il giudice amministrativo, la funzione di controllo esercitata dall'Autorità si articola nelle quattro fasi dell'accertamento dei fatti, della "contestualizzazione" della norma posta a tutela della concorrenza, nel confronto tra i fatti accertati con il parametro come precedentemente contestualizzato e nell'applicazione della sanzione. E con riferimento sia alla contestualizzazione della norma posta a fondamento della tutela della concorrenza, sia al confronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato, l'Autorità esercita, sempre secondo tale consolidato orientamento, «un'attività discrezionale di carattere tecnico e non amministrativo»⁶³.

Quanto sinteticamente detto, come si accennava in apertura del presente paragrafo, ha specifici riflessi sul nostro tema. Pare, infatti, di poter dire che dalla ricostruzione della natura dei poteri dell'Autorità *antitrust* in termini di discrezionalità tecnica deriva che la valutazione circa la strumentalità della concorrenza al fine sociale costituisce un momento prodromico rispetto all'attività della medesima e che concerne la stessa scelta politica di conformare il mercato in senso concorrenziale. Tale scelta è «eseguita *a priori* una volta per tutte, e in modo vincolante, dal legislatore»⁶⁴. Di contro, nello svolgimento concreto del diritto *antitrust* siffatte valutazioni non entrano, o non dovrebbero, entrare in gioco. Come, infatti, ha avuto modo di chiarire anche la giurisprudenza della Corte costituzionale, «l'attenzione per questi interessi diversi [ovvero preminenti interessi generali diversi da quelli collegati all'obiettivo di garantire un assetto competitivo del mercato, *aggiunta nostra*] si può tradurre in un potere di valutazione, in sostanza di regolazione generale, comunque non tecnica, demandato normalmente all'autorità politica, eventualmente in aggiunta o in sostituzione all'Autorità indipendente preposta al controllo anti-trust»⁶⁵.

61 È, comunque, doveroso rilevare come i caratteri della discrezionalità tecnica non si rinvercano nell'attività di repressione delle pratiche commerciali scorrette. In questi casi, infatti, come rileva F. CINTIOLI, *Concorrenza, Istituzioni e servizio pubblico*, cit., p. 137, «l'Autorità applica norme di legge che vietano un dato comportamento in quanto illecito amministrativo e la sua attività è attività vincolata pura, consistente nell'interpretazione ed applicazione di disposizioni di legge». In altri termini, nei casi che si considerano l'Autorità *antitrust* esercita un potere "paragiurisdizionale". Il che, peraltro, fornisce la misura della complessità delle attribuzioni delle autorità indipendenti e del carattere *flessibile* dei poteri delle autorità, su cui si rinvia alle riflessioni di S. NICCOLAI, *ult. cit.*, p. 198 ss.

62 F. CINTIOLI, *ult. cit.*, p. 126, nonché ID., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Giuffrè, Milano, 2005, *passim*.

63 In questi termini Cons. Stato, VI, 23 aprile 2002, n. 2199. Si confrontino altresì Cons. Stato, VI, 2 marzo 2004, n. 926, Cons. Stato, I, 27 aprile 1998, n. 873, T.A.R. Lazio, I, 15 aprile 1999, n. 873.

64 Come, non a caso, rileva A.M. SANDULLI, *op. e loc. ult. cit.*, p. 594 a proposito della discrezionalità tecnica.

65 Corte cost., sent. n. 270/2010.

6. Considerazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni svolte, e con riguardo precipuo al caso oggetto della sentenza in commento, è possibile provare a svolgere qualche sintetica considerazione conclusiva.

In particolare, valorizzando le potenzialità valutative insite nella discrezionalità tecnica che connota il potere dell'AGCM, si potrebbe astrattamente raggiungere la conclusione che, per "riempire" di significato la nozione di abuso di posizione dominante, essa debba effettuare un'opera di valutazione del concetto di compromissione dell'equilibrio economico dei contratti di servizio pubblico, di cui all'art. 59 della l. n. 99/2009.

Più precisamente, secondo questa prospettiva, l'Autorità *antitrust* al fine di qualificare la condotta di Trenitalia ed RFI come abusiva, avrebbe necessariamente dovuto, in via prodromica, attestare la sussistenza del rischio oggettivo di compromissione economica del servizio pubblico. E a tale opera è coesistente l'interpretazione sia dell'art. 59 della legge n. 99/2009, sia delle linee guida URSF. Così ragionando la valutazione sull'impatto dei servizi proposti dal concorrente sull'equilibrio del servizio pubblico verrebbe ad essere qualificata in termini strettamente tecnico-economici.

Tuttavia, una conclusione siffatta determinerebbe un'antinomia insuperabile all'interno dell'ordinamento; un conflitto insanabile tra due organi (AGCM e URSF), che verrebbero investiti entrambi della valutazione della medesima fattispecie, con conseguente compromissione del principio di certezza del diritto. Ci si potrebbe, infatti, potenzialmente trovare nella condizione in cui la medesima situazione fattuale venga ad essere qualificata allo stesso tempo come compromissione dell'equilibrio del servizio pubblico, da un organo, e come stato compatibile con esso, da un altro organo; con la conseguenza ultima che il medesimo comportamento verrebbe ad essere avallato oppure qualificato e sanzionato come abuso di posizione dominante. E proprio il caso di specie dimostra che l'ipotesi non è affatto singolare, essendo il motivo del contendere, per l'appunto, la differente valutazione dei due organi in merito alla compatibilità di una determinata pratica con il mantenimento dell'equilibrio economico del servizio pubblico.

Alla luce di tale rilievo, allora, proprio la concreta vicenda oggetto del giudizio sembra suggerire una diversa qualificazione della potestà valutativa di cui all'art. 59 della legge n. 99/2009, la quale vada nel senso di connotarla in senso più politico che tecnico.

Si tratta, più nel dettaglio, di riferire all'attività dell'URSF quella opera di valutazione e ponderazione di interessi che è stata poc'anzi negata con riguardo all'attività dell'Autorità *antitrust*.

Vero è che, stando alla lettera della legge, l'URSF dispone le eventuali limitazioni al servizio in base ad un'analisi economica oggettiva e a criteri prestabiliti, ma non si dimentichi che i medesimi criteri vengono dettati dall'Ufficio stesso, come è avvenuto con il ricordato decreto del 6 maggio 2010.

Pertanto, non sembra peregrino riferire alla potestà dell'URSF un'attività di ponderazione di interessi e di tutela diretta del fine sociale, estranea invece, come visto, al ruolo e ai poteri dell'Autorità garante.

Occorre, peraltro, rilevare che il modello appena riconosciuto come operante nella prassi delle funzioni svolte dall'URSF si pone in evidente contrasto con il paradigma scelto dal legislatore europeo.

Invero, secondo il disegno originario, contemplato dalla ricordata direttiva 2001/14/CE, l'Ufficio avrebbe dovuto essere strutturato come organo indipendente con funzioni tecniche di regolazione del mercato, chiamato a garantire la corretta attuazione del diritto dell'Unione ⁶⁶, non come organo di ponderazione discrezionale di interessi.

La scelta italiana di incardinare il regolatore presso una struttura ministeriale si è in concreto tradotta, benché così non fosse nelle intenzioni, nel trasferimento di alcune delle ragioni sottese alla stessa istituzione dell'organo.

Ciò risulta maggiormente evidente se si considera la decisione del legislatore italiano di istituire l'Autorità di Regolazione dei Trasporti ⁶⁷, con conseguente soppressione dell'URSF. La costituzione di un organo corrispondente al modello delle autorità amministrative indipendenti, infatti, è evidentemente frutto dell'esigenza di riallineare le scelte attuative del diritto dell'Unione rispetto agli obiettivi perseguiti dalle stesse norme attuate.

Tale istituzione, inoltre, sposta i termini della questione qui affrontata. Infatti, se è parso in queste pagine di poter ravvisare nel carattere della politicità derivante dalla prassi operativa di un ufficio ministeriale la chiave di lettura per recuperare una qualche razionalità pratica nei rapporti con l'AGCM, la medesima operazione interpretativa non potrà essere compiuta nei riguardi di un organo la cui stessa struttura è pensata per renderla indipendente dal potere politico.

Detto altrimenti, in futuro il problema dei rapporti tra valutazioni regolatorie e valutazioni antitrust non potrà più essere risolto sul piano della più marcata politicità delle prime. Nel momento in cui la valutazione circa l'impatto della concorrenza sull'equilibrio economico dei contratti di servizio, infatti, verrà sottratta alla valutazione politica delle strutture ministeriali, essa riacquisterà la sua naturale qualifica tecnico-economica e considerarla estranea all'opera dell'AGCM potrebbe finire, alla lunga, per "spuntarne le armi".

Solo nel quadro della ricostruzione appena proposta, e quindi anche nei suoi limiti, appaiono, dunque, condivisibili le conclusioni cui è pervenuto il giudice amministrativo nella sentenza in commento, laddove ha sostenuto che «la competenza dell'AGCM coesiste con la competenza dell'organismo preposto allo specifico settore dei servizi ferroviari, vale a dire, l'URSF, in ragione della differente finalità delle funzioni svolte dai due istituti» ⁶⁸.

Di contro, l'assunto secondo il quale l'Autorità nel caso di specie si sia di fatto sostituita all'URSF nell'esercizio di competenze ad esso affidate dalla legge merita alcune puntualizzazioni.

Esso pare condivisibile, per così dire, allo stato dell'arte ritratto dalla sentenza. Alla luce delle considerazioni precedentemente svolte circa la concreta natura dei poteri esercitati dall'URSF nella prassi, infatti, la scelta del giudice amministrativo può essere accolta come tentativo di assicurare il principio di certezza del diritto e di trovare una soluzione pratica al problema dei rapporti di competenza con l'AGCM.

Una simile impostazione, però, per le ragioni sopra richiamate, non potrà

⁶⁶ Ai sensi del considerato 46 della direttiva 2001/14/CE, infatti, «la gestione efficiente e l'utilizzo equo e non discriminatorio dell'infrastruttura ferroviaria richiedono l'istituzione di un organismo di regolamentazione che controlli l'applicazione delle norme comunitarie e che intervenga come istanza di appello, ferma restando la possibilità di sindacato giurisdizionale».

⁶⁷ L'Autorità è stata istituita ai sensi dell'art. 37, d.l. n. 201/2011.

⁶⁸ Punto 4.1 delle *considerazioni in diritto*.

più essere praticata allorquando nelle medesime posizioni degli attori della vicenda in commento vi saranno, da un lato, l'AGCM e, dall'altro, l'Autorità per la Regolazione dei Trasporti. In quel caso, come detto, la valutazione di impatto sull'equilibrio economico vedrà riesperire il proprio carattere tecnico e si porrà, nuovamente, come criterio di guida nell'accertamento dell'illecito.

Pertanto, nel rinnovato contesto, non si potrà negare all'AGCM la possibilità di procedere ad una autonoma analisi delle, per usare le parole del Collegio, «sottostanti questioni sotto il profilo strettamente regolatorio, ovvero mediante una valutazione di merito sull'impatto dei servizi proposti [...] sull'equilibrio del servizio pubblico svolto da Trenitalia», anche ponendosi «in assoluta contraddizione con quanto ritenuto dall'organismo di regolazione in tema di correttezza di un criterio di calcolo del profitto».



COMMENTI

Il Decreto Alstom: illustrazione della disciplina e prime valutazioni di compatibilità con il diritto comunitario

di **Andrea Pericu**

Il Décret n. 2014-479 del 14 maggio 2014 relativo agli investimenti stranieri soggetti ad autorizzazione preventiva (meglio noto, in base ad una definizione adottata dalla stampa specialistica, come “Decreto Alstom” o anche come Decreto Montebourg dal nome del Ministro che ne ha promosso l’adozione) ha modificato la parte regolamentare del “Code monétaire et financier” francese (“Codice monetario e finanziario” – di seguito “Code”), estendendo l’ambito oggettivo di applicazione della speciale autorizzazione rilasciata dal Ministro dell’economia francese in caso di acquisizioni di imprese o rami di azienda francesi operanti in settori strategici da parte di investitori stranieri. Nel presente lavoro, dopo avere sintetizzato la normativa francese in materia, mettendo in particolare evidenza le modifiche apportate dal Decreto Alstom, si tenta di fornire alcune prime indicazioni sulla valutazione di compatibilità del Decreto con i principi del Trattato UE, anche in chiave comparata, avuto riguardo alle analoghe disposizioni interne contenute nella legge n. 56 del 2012 e nei conseguenti decreti di attuazione anche di recente adozione da parte del Governo Italiano.

SOMMARIO: 1. La disciplina francese previgente. – 1.1. Investimenti effettuati da soggetti di “paesi terzi” (extra-UE). – 1.2. Investimenti effettuati da soggetti di paesi UE o dello Spazio Economico Europeo. – 1.3. Investimenti effettuati da imprese francesi controllate da soggetti stranieri. – 2. Le novità introdotte dal Decreto Alstom. – 2.1. Restrizione dell’ambito soggettivo di applicazione relativamente all’individuazione degli investitori dei paesi UE. – 2.2. Ampliamento dell’ambito oggettivo di applicazione relativamente all’autorizzazione preventiva. – 2.3. Le regole per il rilascio dell’autorizzazione ministeriale dopo il Decreto Alstom. – 3. Il Decreto Alstom e i principi di libera circolazione dei servizi e dei capitali. – 4. Alcune brevi considerazioni conclusive per una rilettura critica in chiave comparata della disciplina in materia di poteri speciali.

1. La disciplina francese previgente

Anche prima dell’adozione del Decreto Alstom¹, il Code prevedeva un’au-

¹ La denominazione trae origine dalla circostanza che il Decreto sia intervenuto in coincidenza con il tentativo di acquisizione della società francese Alstom da parte di alcuni gruppi industriali tra i quali General Electric e Siemens. Per la denominazione assunta dal Decreto la circostanza richiama la vicenda interna relativa all’emanazione del Decreto Legge c.d. anti-EDF da parte del governo Amato nel 2001 (d.l. 25 maggio 2001, n. 192, convertito in legge 20 luglio 2001, n. 301, poi fatto oggetto di una sentenza della Corte di giustizia del 2005 contro l’Italia, con la quale la stessa Corte lo ha dichiarato incompatibile con il Trattato).

torizzazione ministeriale per “investimenti” in imprese nazionali da parte di soggetti stranieri².

La struttura della normativa sulla materia, che rimane invariata anche a seguito delle modifiche introdotte dal Decreto Alstom, comprende infatti una disposizione all'interno della parte legislativa del *Code* (art. L151-3), secondo cui sono soggetti all'autorizzazione preventiva del Ministero dell'economia gli investimenti stranieri in un'impresa francese che, anche occasionalmente, (i) partecipi all'esercizio di un pubblico potere, o riguardi (ii) attività in settori che possano avere un impatto sull'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o gli interessi della difesa nazionale, o (iii) attività di ricerca, produzione o commercio di armi, munizioni, polveri e sostanze esplosive.

La disposizione legislativa – che richiama le deroghe ammesse dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ai principi in materia di libera circolazione di servizi e capitali – viene attuata dalla parte regolamentare del *Code*, la cui disciplina, modificata dal Decreto Alstom nei sensi di cui si dirà, conosce delle differenze a seconda delle caratteristiche dell'investitore. In particolare, vengono distinte le ipotesi di investimenti effettuati da (i) soggetti di “paesi terzi” (extra-UE), (ii) soggetti di paesi UE o di stati inclusi nello Spazio Economico Europeo e infine (iii) imprese di diritto francese controllate da soggetti stranieri. Nei prossimi paragrafi verrà sintetizzata la regolamentazione relativa alle tre categorie menzionate.

1.1. Investimenti effettuati da soggetti di “paesi terzi” (extra-UE)

Nella versione precedente al Decreto Alstom, l'art. R153-2 del *Code* individuava come investitori di paesi terzi:

(i) le persone fisiche non cittadine di uno stato membro dell'Unione Europea o di uno stato dello spazio economico europeo che avessero concluso una “convenzione di assistenza amministrativa” con la Francia;

(ii) le imprese non aventi sede in detti stati;

(iii) le persone fisiche di nazionalità francese, ma non residenti in detti stati.

Ai sensi dell'art. R153-1 del *Code* (non modificato dal Decreto Alstom), per “investimento” da parte di soggetti di paesi terzi si intendeva invece:

(i) l'acquisizione del controllo, ai sensi del Codice del Commercio francese, di un'impresa la cui sede sia stabilita in Francia;

(ii) l'acquisizione totale o parziale di un ramo di attività di un'impresa la cui sede sia stabilita in Francia;

(iii) il superamento della soglia del 33,33% del capitale o dei diritti di voto di un'impresa la cui sede sia stabilita in Francia.

Le attività interessate dalla disciplina, prima delle modifiche introdotte dal Decreto Alstom, rientravano nei settori del gioco d'azzardo, della sicurezza privata, della lotta al terrorismo, delle intercettazioni, della sicurezza informatica e della difesa.

Ai sensi dell'art. R153-2 del *Code* nella versione precedente al Decreto Al-

² Sul Decreto Alstom, nella dottrina francese, A. GAUDEMET, *Investissements étrangers en France: le décret Montebourg est-il viable?*, <http://www.affiches-parisiennes.com>, 2014. Sulla disciplina previgente prevista dal *Code*, J.-P. KOVAR, *Le patriotisme économique à l'épreuve du droit communautaire*, in *Journal de Droit Européen*, n. 163, 2009; G. DE VRIES, *Investissements étrangers en France: le nouveau régime issu du décret du 30 décembre 2005*, in *JCP Entreprise et affaires*, n. 22, 2006; L. IDOT, *Brefs propos sur le <patriotisme économique>*, in *Revue Europe*, n. 4, 2006.

stom, la disciplina si applicava a tutta una serie di attività economiche (individuate in un elenco molto dettagliato³) che risultavano rilevanti nel settore della difesa e, più in generale, della sicurezza nazionale anche sul piano dei flussi finanziari.

1.2. Investimenti effettuati da soggetti di paesi UE o dello Spazio Economico Europeo

Prima dell'adozione del decreto Alstom il *Code* (all'art. R153-3 e ss.) prevedeva inoltre un'autorizzazione del ministro dell'economia per "investimenti" in imprese nazionali da parte di soggetti di paesi UE o di paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo.

L'ambito soggettivo di applicazione in questo caso riguardava:

(i) persone fisiche cittadine di uno stato membro dell'Unione Europea o di uno stato dello Spazio Economico Europeo che abbia concluso una "convenzione di assistenza amministrativa" con la Francia;

(ii) imprese aventi sede in detti stati;

(iii) persone fisiche di nazionalità francese e residenti in detti stati.

Ai sensi dell'art. R153-3 del *Code*, la nozione di "investimento" (non modificata neanche in questo caso dal Decreto Alstom) comprendeva in tale ipotesi soltanto:

(i) l'acquisizione del controllo di un'impresa la cui sede sia stabilita in Francia;

(ii) l'acquisizione totale o parziale di un ramo di attività di un'impresa la cui sede sia stabilita in Francia.

Gli "investimenti" erano soggetti ad autorizzazione ministeriale soltanto per alcune delle attività elencate dall'art. R153-2. In particolare, ai sensi dell'art. R153-4, le attività interessate erano le seguenti:

1. attività relative a mezzi per utilizzo di linguaggi cifrati che non abbiano come unico scopo l'autenticazione o il controllo dell'integrità di documenti;

3 Più precisamente, l'art. R153-2 del *Code*, individua le seguenti attività:

1. attività nei settori del gioco d'azzardo (esclusi i casinò);

2. attività regolamentate di sicurezza privata;

3. attività di ricerca, sviluppo e produzione finalizzate alla lotta al terrorismo (in particolare attività di ricerca, sviluppo o produzione relative ai mezzi destinati a far fronte all'utilizzazione illecita, nell'ambito di attività terroristiche, di agenti patogeni o tossici e a prevenire le conseguenze sanitarie di una tale utilizzazione);

4. attività che coinvolgano mezzi finalizzati all'intercettazione di corrispondenza e di conversazioni, autorizzata ai sensi del codice penale francese;

5. attività di servizio nell'ambito dei centri di valutazione per la certificazione della sicurezza dei prodotti e dei sistemi della tecnologia dell'informazione;

6. attività di produzione di beni o prestazione di servizi di sicurezza nel settore della sicurezza nei sistemi d'informazione da parte di un'impresa che sia parte contrattuale di operatori pubblici o privati che svolgano attività nel settore della difesa;

7. attività relative ai beni e alle tecnologie cd. "a duplice uso", ai sensi del Regolamento (CE) n. 428/2009 sul regime comunitario di controllo delle esportazioni, del trasferimento, dell'intermediazione e del transito di prodotti a duplice uso (trattasi di prodotti che possono avere un utilizzo sia civile che militare);

8. previsione del codice della difesa francese – "*Code de la défense*";

9. attività di ricerca, produzione o commercio di armi, munizioni, esplosivi destinati a fini militari o di materiali di guerra e assimilati regolamentati dal codice della difesa francese;

10. attività esercitate da imprese che abbiano concluso un contratto di studio o di fornitura di dotazioni per il Ministero della difesa, sia direttamente che per mezzo di subcontratto, per la realizzazione di beni e servizi nei settori della difesa.

2. attività esercitate da imprese depositarie di segreti inerenti alla difesa nazionale (operanti in attività classificate di difesa nazionale o con clausole di sicurezza in conformità alle previsioni del codice della difesa francese);

3. attività di ricerca, produzione o commercio di armi, munizioni, esplosivi destinati a fini militari o di materiali di guerra e assimilati regolamentati dal codice della difesa francese;

4. attività esercitate da imprese che abbiano concluso un contratto di studio o di fornitura di dotazioni per il Ministero della Difesa, sia direttamente che per mezzo di subcontratto, per la realizzazione di beni e servizi nei settori della difesa.

L'acquisizione totale o parziale di un ramo di azienda di un'impresa con sede stabilita in Francia, secondo una previsione (art. R153-5) non modificata dal Decreto Alstom, era inoltre soggetta ad autorizzazione in alcuni casi specifici legati al settore della difesa, della lotta al terrorismo e alla criminalità⁴.

1.3. Investimenti effettuati da imprese francesi controllate da soggetti stranieri

Prima dell'adozione del decreto Alstom il *Code* (all'art. R153-2) prevedeva infine un'autorizzazione del Ministro dell'economia per "investimenti" in imprese nazionali da parte di imprese francesi controllate da soggetti stranieri.

L'ambito soggettivo di applicazione in questo caso riguardava le imprese di diritto francese controllate (i) da una persona fisica cittadina di uno stato diverso dalla Francia; (ii) da imprese aventi sede in stati diversi dalla Francia, (iii) da persone fisiche di nazionalità francese, ma residenti al di fuori dalla Francia.

Ai sensi dell'art. R153-5-1 del *Code* (non modificato neanche in questo caso dal Decreto Alstom), per "investimento" si intendeva in tale ipotesi l'acqui-

4 In particolare, in base all'art. R153-5, la disciplina si applicava (e si applica anche oggi) alle seguenti attività:

1. attività di sicurezza privata, se l'impresa esercente (i) fornisce una prestazione considerata "vitale" ai sensi del codice della difesa francese, o (ii) partecipa direttamente e specificamente a missioni di sicurezza così definite dalle disposizioni applicabili in materia di aviazione civile e porti marittimi, o (iii) interviene in zone cd. "protette" o "riservate" ai sensi delle disposizioni del codice della difesa francese relative alla protezione dei segreti militari nazionali;

2. attività di ricerca, sviluppo o produzione relative ad (i) agenti patogeni e altre sostanze considerate dal già menzionato Regolamento (CE) n. 428/2009 sul regime dei cd. "beni a doppio uso", (ii) misure di contrasto agli agenti proibiti ai sensi delle convenzioni internazionali sul divieto di impiego di armi chimiche, purché l'esigenza del controllo sull'investimento derivi da finalità connesse alla lotta al terrorismo;

3. attività di ricerca, sviluppo o produzione che coinvolgano mezzi finalizzati all'intercettazione di corrispondenza e di conversazioni, autorizzata ai sensi del codice penale francese, nella misura in cui l'autorizzazione all'investimento sia necessaria per finalità connesse alla lotta al terrorismo e alla criminalità;

4. attività di servizio nell'ambito dei centri di valutazione per la certificazione della sicurezza dei prodotti e dei sistemi della tecnologia dell'informazione, nella misura in cui tali attività siano svolte a favore di servizi statali e l'autorizzazione all'investimento sia necessaria per finalità connesse alla lotta al terrorismo e alla criminalità;

5. attività di produzione di beni o prestazione di servizi di sicurezza nel settore della sicurezza nei sistemi d'informazione da parte di un'impresa che sia parte contrattuale di operatori pubblici o privati che svolgano attività nel settore della difesa, limitatamente all'attività necessaria per la protezione di impianti e installazioni di importanza "vitale" ai sensi del codice della difesa francese;

6. attività relative ai beni e alle tecnologie c.d. "a duplice uso", ai sensi del regolamento europeo già citato, esercitate a favore di imprese rilevanti per la difesa nazionale.

sizione totale o parziale di un ramo di attività di un'impresa la cui sede fosse stabilita in Francia.

Nell'ipotesi di cui al presente paragrafo, l'autorizzazione ministeriale era considerata necessaria per tutte le attività elencate nel caso di investimento da parte di soggetto di uno stato membro dell'UE e che sono state indicate nel precedente paragrafo (v. sopra, *sub par.* 1.2).

2. Le novità introdotte dal Decreto Alstom

Rispetto alla disciplina brevemente descritta sopra, le novità introdotte del Decreto Alstom riguardano in particolare (i) la restrizione dell'ambito dei soggetti sottoposti alla disciplina per gli investitori di "paesi UE", (ii) l'estensione dell'ambito oggettivo di applicazione dell'autorizzazione ministeriale, e (iii) alcune modifiche nei presupposti per la concessione o la negazione dell'autorizzazione da parte del ministro.

Si descriveranno più nel dettaglio questi tre ordini di modifiche nei paragrafi seguenti.

2.1. Restrizione dell'ambito soggettivo di applicazione relativamente all'individuazione degli investitori dei paesi UE

La versione degli articoli R153-2, R153-4 e R153-5 del *Code* successiva al Decreto Alstom dispone che la disciplina prevista per gli investitori di stati UE (cfr. *supra*, paragrafo 0) si applichi anche agli investitori (persone fisiche o imprese) di stati parti dell'accordo sullo Spazio Economico Europeo (come nella precedente versione delle disposizioni menzionate), ma solo se tali stati abbiano concluso con la Francia una convenzione diretta alla lotta contro la frode e l'evasione fiscale. Negli altri casi agli investitori stranieri, anche se stabiliti in stati parte dello Spazio Economico Europeo, si applica la disciplina prevista per gli investitori di stati "extra-UE" (di cui al paragrafo 0, *supra*).

2.2. Ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione relativamente all'autorizzazione preventiva

La novità più rilevante introdotta dal Decreto Alstom è l'estensione dell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina sull'autorizzazione ministeriale preventiva. Come indicato nel paragrafo 1 *supra* infatti, l'ambito di applicazione dell'autorizzazione ministeriale per gli investimenti stranieri in imprese francesi prima del Decreto Alstom riguardava genericamente i settori della sicurezza nazionale, della lotta al terrorismo, delle intercettazioni, della sicurezza informatica e della difesa. Le modifiche al *Code* introdotte dal Decreto Alstom (in particolare all'art. R153-2, paragrafo 12, del *Code*) prevedono, invece, un'estensione della disciplina al settore dei servizi pubblici, e in particolare alle attività che riguardino mezzi, prodotti o prestazioni di servizi – ivi comprese le attività relative alla sicurezza e al buon funzionamento di impianti e dotazioni – essenziali per garantire gli interessi nazionali in materia di ordine pubblico, sicurezza pubblica o difesa nazionale. In particolare, gli interessi nazionali rilevanti elencati dalla nuova versione della disposizione in esame sono i seguenti:

- (i) integrità, sicurezza e continuità dell'approvvigionamento di elettricità, gas, idrocarburi o altre fonti energetiche;
- (ii) integrità, sicurezza e continuità dell'approvvigionamento di risorse idriche nel rispetto delle norme adottate nell'interesse della salute pubblica;
- (iii) integrità, sicurezza e continuità dell'utilizzo delle reti e dei servizi di trasporto;
- (iv) integrità, sicurezza e continuità dell'utilizzo delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica;
- (v) integrità, sicurezza e continuità dell'utilizzo di uno stabilimento, un impianto o un'opera di importanza vitale così come identificati dal codice della difesa;
- (vi) protezione della salute pubblica.

L'estensione dell'ambito oggettivo delle disposizioni vale per tutti i casi di investimenti di soggetti stranieri in imprese francesi: dunque nel caso di soggetti di paesi UE, di soggetti di "paesi terzi" o di imprese francesi controllate da soggetti stranieri.

2.3. Le regole per il rilascio dell'autorizzazione ministeriale dopo il Decreto Alstom

L'art. R153-6, non modificato dal Decreto Alstom, prevede che siano in ogni caso esclusi dall'obbligo di preventiva autorizzazione (i) gli investimenti che coinvolgano imprese appartenenti allo stesso gruppo (con l'eccezione di quelli che comportano un trasferimento all'estero di rami di attività), e (ii) gli investimenti che comportino il superamento della soglia del 33% del capitale sociale o delle partecipazioni sociali che attribuiscono al relativo titolare il diritto di voto, qualora l'investitore interessato sia già stato autorizzato ad acquisire il controllo dell'impresa.

Altre due disposizioni non modificate dal Decreto Alstom sono le seguenti:

(i) l'art. R153-7, secondo cui l'investitore interessato può richiedere al Ministro di indicare se una data operazione sia soggetta o meno all'obbligo di preventiva autorizzazione (il Ministro è tenuto a rispondere a tale richiesta entro due mesi, ma la mancata risposta non esonera l'investitore dall'obbligo di richiedere l'autorizzazione qualora essa sia necessaria in base alle disposizioni in esame);

(ii) l'art. R153-8, secondo cui il Ministro deve pronunciarsi sulla richiesta di autorizzazione entro due mesi (in questo caso la mancata risposta nei termini equivale al rilascio dell'autorizzazione).

Gli articoli R153-9 e R-153-10 sono stati invece parzialmente modificati dal Decreto Alstom laddove enunciano le condizioni e i termini per il rilascio dell'autorizzazione ministeriale.

Viene previsto in particolare che il Ministro debba valutare, tenendo anche conto del principio di proporzionalità, se la preservazione degli interessi nazionali possa essere ottenuta anche nel caso in cui il rilascio dell'autorizzazione sia sottoposto ad una o più condizioni, che riguardino in particolare (i) il mantenimento da parte dell'investitore della continuità dell'attività, delle capacità industriali, delle capacità di ricerca e di sviluppo o del *know-how* associabili all'attività; (ii) l'integrità, la sicurezza e la continuità delle forniture; (ii) l'integrità, la sicurezza e la continuità dello sfruttamento di uno stabilimento, di un impianto o di un'opera d'importanza "vitale", in base a quanto previsto dal codice della difesa francese; (iii) l'integrità, la sicurezza e la continuità dello sfrut-

tamento o delle reti o servizi di trasporto o di comunicazione elettronica; (iv) la tutela della sanità pubblica, o (v) l'adempimento di obbligazioni contrattuali dell'impresa, come parte di un contratto o di un subcontratto avente ad oggetto pubbliche forniture o come parte di contratti rilevanti per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, gli interessi della difesa nazionale o della ricerca, la produzione o il commercio di armi, munizioni, polvere o sostanze esplosive.

Il Ministro può inoltre subordinare il rilascio dell'autorizzazione alla circostanza che i soli rami di attività considerati strategici ai sensi del *Code* siano ceduti ad un'impresa indipendente dall'investitore straniero acquirente.

L'autorizzazione è negata con decisione motivata se il Ministro ritiene, previa esame della domanda:

(i) che sussista un serio rischio che l'investitore possa commettere un reato relativo al traffico e alla vendita di stupefacenti, alla circonvenzione di incapace, al favoreggiamento della prostituzione, al riciclaggio, al terrorismo, alla corruzione, all'associazione a delinquere o alla ricettazione;

(ii) che le condizioni a cui si possa subordinare il rilascio dell'autorizzazione non siano sufficienti a garantire la protezione dell'interesse nazionale, in quanto non possa essere garantita (a) la continuazione delle attività, (b) l'integrità, la sicurezza e la continuità nella prestazione dei servizi erogati mediante impianti o dotazioni "vitali", e (c) l'adempimento di obbligazioni di rilevanza pubblica.

Ai sensi dell'art. R153-12, il Ministro può ricorrere alla cooperazione internazionale per verificare l'esattezza delle informazioni fornite dall'investitore, con particolare riguardo all'origine dei fondi impiegati per finanziare l'acquisizione.

Nel caso in cui un'operazione sia stata avviata senza la richiesta della prescritta autorizzazione, l'art. L151-3 del *Code* prevede che il Ministro – previa concessione di un termine all'interessato per le opportune osservazioni – possa inviare una diffida richiedendo, a seconda dei casi, l'adozione di uno o più tra i seguenti comportamenti o provvedimenti: (i) l'interruzione dell'operazione di acquisizione, (ii) la modifica delle condizioni sulla cui base è posta in essere, o (iii) il ripristino della situazione precedente all'avvio dell'operazione stessa (entro un termine, ai sensi dell'art. R153-11 del *Code*, non superiore a 12 mesi). In caso di ulteriore inadempimento alle richieste formulate dal Ministro, quest'ultimo – anche in questo caso, allo spirare di un termine concesso all'interessato per formulare eventuali osservazioni – può infliggere, nel rispetto del principio di proporzionalità, una sanzione pecuniaria nella misura massima del doppio del valore dell'investimento.

3. Il Decreto Alstom e i principi di libera circolazione dei servizi e dei capitali

Così illustrata la disciplina, se ne può tentare una primissima valutazione sul consueto piano della compatibilità con i principi del Trattato, anche per confronto con le disposizioni, per certi versi articolate secondo una struttura speculare, previste dalla legge n. 56/2012 e dai relativi decreti attuativi⁵.

⁵ Per un commento alle disposizioni della legge n. 56 del 2012 anche in una prospettiva comparata, cfr. ASSONIME, *I poteri speciali dello Stato sulle società operanti in settori strategici*,

Preliminarmente va osservato che, anche in base ad una opinione espressa nei primi commenti al Decreto Alstom, lo stesso, nell'estendere il campo oggettivo della sua applicazione, abbia travalicato i confini posti dal *Code* e segnatamente dall'art. L. 151-3. Infatti, come già osservato, questo articolo sottopone generalmente al regime di autorizzazione ministeriale preventiva gli investimenti stranieri aventi ad oggetto un'impresa nazionale che, anche occasionalmente, partecipi all'esercizio di un pubblico potere, ovvero riguardi attività in settori che possano avere un impatto sull'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o gli interessi della difesa nazionale, ovvero, ancora, attività di ricerca, produzione o commercio di armi, munizioni, polveri e sostanze esplosive.

Orbene, le imprese o le attività economiche alle quali il Decreto Alstom ha esteso il suo campo di applicazione (vale a dire, energia, acqua, trasporti, comunicazioni elettroniche e protezione della salute pubblica) solo difficilmente (*i.e.*, in assenza di ulteriori specificazioni) potrebbero essere fatte rientrare nell'ambito di quelle attività che partecipano o all'esercizio di pubblici poteri, ovvero tra le attività che potrebbero mettere a repentaglio l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o gli interessi della difesa nazionale, ovvero ancora tra le attività di ricerca, produzione o commercio di armi, munizioni, polveri e sostanze esplosive. È del tutto evidente che solo un'interpretazione molto ampia delle nozioni di ordine pubblico o di sicurezza pubblica (eventualmente nella prospettiva della lotta al terrorismo internazionale, che pure è ben presente nelle disposizioni del *Code* laddove si disciplinano le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione) potrebbe sostenere l'estensione del campo di applicazione del regime autorizzativo alle attività introdotte dal Decreto. Una simile operazione interpretativa, però, determinerebbe una situazione di incertezza a carico dei soggetti che rimarrebbero assoggettati al regime autorizzativo, ovvero (ma è la stessa cosa, in una prospettiva diversa) consegnerebbe alle autorità francesi un margine di discrezionalità troppo ampio nell'applicazione del *Code*; il che – come tra breve si evidenzierà – risulta intollerabile sul piano del diritto comunitario.

Non solo, ma una interpretazione troppo ampia o estensiva delle nozioni di ordine pubblico e di sicurezza pubblica (come pure dimostra la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di poteri speciali) non sarebbe neppure legittima sia sul piano di diritto comunitario, posto che le norme che pongono limitazioni ai principi di libera circolazione sono eccezionali e, quindi, di stretta interpretazione, sia sul piano del diritto interno, tenuto conto che il *Code*, nel suo primo articolo L 151-1, consacra il principio fondamentale in base al quale *“le relazioni finanziarie tra la Francia e gli stranieri sono libere”*.

Le precedenti considerazioni rendono per certi versi agevole tentare la disamina delle novità introdotte dal Decreto Alstom sul piano del diritto comunitario.

Al riguardo va considerato che l'arricchimento della lista di attività e/o di im-

Circolare n. 21/2014, in *Riv. soc.*, 2014, p. 888 ss. Per limitarsi agli ultimi interventi, nell'ambito della dottrina che si è occupata di poteri speciali, cfr. R. MAGLIANO, *Il labile confine tra tutela degli interessi nazionali e «sviamento protezionistico»*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 319. ss., ove anche ampi riferimenti bibliografici in materia. F. BASSAN, *Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato nell'economia*, *Studi sull'integrazione europea*, IX (2014); A. SACCO GINEVRI-F.M. SBARBARO, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *Nuove leggi civ.*, 2013, I, p. 109; L. ARDIZZONE-M.L. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 919.

prese la cui acquisizione è soggetta al regime di autorizzazione preventiva sembra porre in crisi il principio di certezza del diritto posto a base di numerose pronunce della Corte di giustizia in materia di poteri speciali.

Si ricorda che, proprio nei confronti della Repubblica Francese, la Corte aveva già avuto modo di sancire l'illegittimità sia del decreto del 29 dicembre 1989, sia del successivo decreto 7 marzo 2003 (che ne aveva sostituito le disposizioni in materia di autorizzazione preventiva)⁶. In queste decisioni, la Corte aveva messo in evidenza che la lista delle attività ivi considerate era espressa in termini tali da non consentire ad un investitore di conoscere le circostanze specifiche in base alle quali poteva essere richiesto di ottenere l'autorizzazione. In altri termini, la legittimità delle disposizioni limitative dei principi di libera circolazione va valutata non solo sul piano della specificazione dei presupposti che potrebbero fondare l'assentimento o il diniego dell'autorizzazione, ma anche considerando il grado di determinatezza delle fattispecie legislative nell'ambito delle quali scatta l'obbligo di richiedere l'autorizzazione preventiva.

In questo quadro, sembra di potere ritenere che l'ulteriore estensione della lista di attività introdotta dal decreto Alstom non possa che condurre ad una ulteriore dichiarazione di illegittimità sulla base dei medesimi principi già affermati dalla Corte di giustizia.

Infatti, mi pare si possa affermare che, in assenza di ulteriori specificazioni, la lista di attività ampliata dal Decreto potrebbe essere ricondotta agli obiettivi di tutela dell'ordine pubblico, della sicurezza pubblica o della salute pubblica solo con un notevole sforzo interpretativo, che – va notato – è peraltro completamente rimesso alle valutazioni di quei soggetti che la cui libertà di investimento sarebbe incisa in caso di applicazione del regime autorizzativo.

Passando, in conclusione, brevemente a considerare (sempre nella prospettiva della compatibilità con il diritto comunitario) la disciplina italiana di recente emanazione, va evidenziato che la legge n. 56/2012 indica un elenco chiuso di settori di interesse economico generale rispetto ai quali possono essere esercitati i poteri speciali. Come è noto, similmente alle disposizioni francesi, i settori indicati sono quelli della difesa e sicurezza nazionale, nonché quelli dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni. A differenza della disciplina francese, però, la legge n. 56/2012 rimette alla normativa secondaria (recentemente completata⁷) il compito di determinare precisamente le circostanze in base alle quali un'attività può essere considerata strategica (per quanto concerne i settori della difesa e della sicurezza nazionale), ovvero quando possono essere qualificati come di rilevanza strategica reti, impianti, rapporti e beni relativamente ai settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.

Spetterà, poi, agli interpreti (ed eventualmente al giudice comunitario) valutare se il nostro Governo abbia svolto correttamente il compito affidatogli dalle norme di rango primario. Resta il fatto che la nostra disciplina secondaria, a differenza di quella d'oltralpe, abbia quanto meno tentato di completare e circoscrivere precisamente le fattispecie che suscitano l'applicazione della disci-

⁶ Corte di giustizia, sentenza 14 marzo 2000, *Association Eglise Scientologie de Paris*, C-54/99, par. 21-22.

⁷ D.P.C.M 30 novembre 2012, n. 253 e d.P.C.M 2 ottobre 2013, n. 129, per l'individuazione delle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza pubblica; d.p.r. 25 marzo 2014, n. 85, che individua gli elementi patrimoniali e i rapporti di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni. Per un primo commento, cfr., ASSONIME, *I poteri speciali sulle società operanti in settori strategici*, cit., p. 902 ss.

plina in materia di poteri speciali, ricollegando tali fattispecie agli obiettivi generali enunciati dalla legge. In questa prospettiva di valutazione comparata, la disciplina interna – a differenza di quella francese – sembrerebbe posta al riparo da eventuali contestazioni sul piano della certezza del diritto o – se si vuole – dell'eccesso di discrezionalità, dietro la quale si celano – come noto – le applicazioni governative ispirate da inconfessabili obiettivi di protezionismo di tipo patriottico.

4. Alcune brevi considerazioni conclusive per una rilettura critica in chiave comparata della disciplina in materia di poteri speciali

Dopo queste prime considerazioni, alcune brevi notazioni conclusive come appunti da usare per futuri approfondimenti.

L'affermazione del valore della certezza del diritto, oltre che del principio di proporzionalità, quale parametro per lo scrutinio di legittimità delle norme in materia di poteri speciali o dei regimi autorizzativi per gli investimenti comunitari, potrebbe offrire una chiave interpretativa per ricostruire in una prospettiva storica e comparata l'evoluzione della disciplina in materia.

Infatti, la prospettiva storica è rilevante sotto la lente d'ingrandimento della certezza del diritto, dato che, come è assolutamente evidente, le fattispecie normative si sono via via precisate e circoscritte, partendo da affermazioni generalissime ed indeterminate (poste alla base dell'intervento statale limitativo della libertà d'investimento) per arrivare alla definizione di fonte normativa secondaria di fattispecie sempre più circoscritte e definite in funzione degli obiettivi di interesse pubblico ammissibili, in quanto riconducibili alle deroghe ai principi di libertà previsti dal Trattato. In questa chiave, la certezza del diritto è, ovviamente, salvaguardata nella misura in cui la fonte legislativa sia in grado di fornire all'interprete indicazioni chiare e determinabili a priori sull'ambito di applicazione dei regimi limitativi della libertà di investimento.

In secondo luogo, diventa rilevante l'esame dell'evoluzione delle discipline nei vari paesi comunitari in chiave comparata. Infatti, adottando questa prospettiva sembra emergere una forte asimmetria tra i regimi autorizzativi previsti nei vari paesi. In alcuni di questi, le fattispecie ed il campo di applicazione delle norme, dopo i primi tentativi, si sono andati via via precisando e restringendo; in altri Stati membri le formulazioni appaiono ancora ampie ed indeterminate, nonché difficilmente riconducibili alle eccezioni ai principi di libertà ammissibili in base al Trattato. Naturalmente per dare conto di questo asimmetrico andamento dell'evoluzione delle fattispecie normative nei diversi paesi membri sarebbe necessario abbandonare un approccio ermeneutico di stampo squisitamente positivista per estendere il campo d'indagine all'orientamento politico del legislatore e, più in generale, alle diverse componenti della Costituzione economica prevalenti in un dato momento storico nei diversi contesti nazionali, in ambito comunitario e, anche, sul piano della scena economica internazionale, data la stretta connessione di questa con regimi di tipo protezionistico. Una simile indagine, travalica, però, i confini di queste brevi note di mera illustrazione della nuova disciplina francese introdotta dal Decreto Alstom e, pertanto, la si rinvia a future occasioni di lavoro di più ampio respiro.



COMMENTI

Intermediari Finanziari ed *Equity Crowdfunding*: profili di compliance

di Salvatore Rizzo

“d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese)”

Art. 30 – Raccolta di capitali di rischio tramite portali on line e al interventi di sostegno per le start-up innovative

«1. All'art. 1, dopo il comma 5-octies TUF, sono inseriti i seguenti:

«5-novies. Per "portale per la raccolta di capitali per le start-up innovative" si intende una piattaforma online che abbia come finalità esclusiva la facilitazione della raccolta di capitale di rischio da parte delle start-up innovative, comprese le start-up a vocazione sociale. (...)

È gestore di portali il soggetto che esercita professionalmente il servizio di gestione di portali per la raccolta di capitali per le start-up innovative ed è iscritto nel registro di cui al comma 2.

L'attività di gestione di portali per la raccolta di capitali per le start-up innovative è riservata alle imprese di investimento e alle banche autorizzate ai relativi servizi di investimento nonché ai soggetti iscritti in un apposito registro tenuto dalla Consob, a condizione che questi ultimi trasmettano gli ordini riguardanti la sottoscrizione e la compravendita di strumenti finanziari rappresentativi di capitale esclusivamente a banche e imprese di investimento (...). La Consob determina, con regolamento, i principi e i criteri relativi:

a) alla formazione del registro e alle relative forme di pubblicità; b) alle eventuali ulteriori condizioni per l'iscrizione nel registro, alle cause di sospensione, radiazione e riammissione e alle misure applicabili nei confronti degli iscritti nel registro; c) alle eventuali ulteriori cause di incompatibilità; d) alle regole di condotta che i gestori di portali devono rispettare nel rapporto con gli investitori, prevedendo un regime semplificato per i clienti professionali.

La Consob esercita la vigilanza sui gestori di portali per verificare l'osservanza delle disposizioni di cui al presente articolo e della relativa disciplina di attuazione.

3. Dopo l'art. 100-bis, del d.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998, è inserito il seguente:

«Art. 100-ter (Offerte attraverso portali per la raccolta di capitali). – 1. Le offerte al pubblico condotte esclusivamente attraverso uno o più portali

per la raccolta di capitali possono avere ad oggetto soltanto la sottoscrizione di strumenti finanziari emessi dalle start-up innovative e devono avere un corrispettivo totale inferiore a quello determinato dalla Consob ai sensi dell'articolo 100, comma 1, lettera c).

2. La Consob determina la disciplina applicabile alle offerte di cui al comma precedente, al fine di assicurare la sottoscrizione da parte di investitori professionali o particolare categorie di investitori dalla stessa individuate di una quota degli strumenti finanziari offerti, quando l'offerta non sia riservata esclusivamente a clienti professionali, e di tutelare gli investitori diversi dai clienti professionali nel caso in cui i soci di controllo della start-up innovativa cedano le proprie partecipazioni a terzi successivamente all'offerta.».

5. La Consob detta le disposizioni attuative del presente articolo entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto (...).”.

SOMMARIO: 1. Le iniziative legislative a sostegno della crescita economica. – 2. Gli intermediari finanziari: gestori di diritto dei portali *on line*. – 3. Gli intermediari finanziari perfezionatori degli ordini: le regole di condotta applicabili. – 3.1. Segue. – 4. La prestazione del servizio di consulenza in materia di investimenti.

1. Le iniziative legislative a sostegno della crescita economica

Con l'obiettivo di arginare i pesanti effetti negativi prodotti sull'economia nazionale a seguito della profonda crisi economica, in atto oramai da circa sei anni, e nel contempo favorire la ripresa degli investimenti e l'avvio di nuove attività d'impresa, il legislatore nazionale ha realizzato una numerosa serie di interventi di semplificazione normativa¹. Tra questi interventi, ai fini del presente lavoro, rileva in particolare il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, c.d. Decreto crescita *bis*, mediante il quale è stata introdotta nel nostro ordinamento la nuova figura societaria della *Start up* innovativa² a cui è strettamente collegato il nuovo ed alternativo canale di finanziamento della stessa rappresentato dal c.d. *Equity based crowdfunding*³. La *start up* innovativa si arriva a caratterizzare principalmente in

1 Cfr., il c.d. Decreto Salva Italia, d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, in G.U. 6 dicembre 2011, n. 284, Suppl. Ord. n. 251, convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214, recante "Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici", in G.U. 27 dicembre 2011, n. 300, Suppl. Ord. n. 276.

2 Ai sensi dell'art. 25, comma 2, d.l. n. 179/2012, la *start-up* innovativa è la società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, di diritto italiano ovvero una *Societas Europaea*, residente in Italia ai sensi dell'art. 73 del d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917, le cui azioni o quote rappresentative del capitale sociale non sono quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione, che possiede i seguenti requisiti: a) i soci, persone fisiche, detengono al momento della costituzione e per i successivi ventiquattro mesi, la maggioranza delle quote o azioni rappresentative del capitale sociale e dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria dei soci; b) è costituita e svolge attività d'impresa da non più di quarantotto mesi; c) ha la sede principale dei propri affari e interessi in Italia; d) a partire dal secondo anno di attività della *start-up* innovativa, il totale del valore della produzione annua, così come risultante dall'ultimo bilancio approvato entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio, non è superiore a 5 milioni di euro; e) non distribuisce, e non ha distribuito, utili; f) ha, quale oggetto sociale, esclusivo o prevalente, lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico; g) non è stata costituita da una fusione, scissione societaria o a seguito di cessione di azienda o di ramo di azienda; h) possiede almeno uno dei seguenti ulteriori requisiti: 1) le spese in ricerca e sviluppo sono uguali o superiori al 20 per cento del maggiore valore fra costo e valore totale della produzione della *start-up* innovativa. 2) impiego come dipendenti o collaboratori a qualsiasi titolo, in percentuale uguale o superiore al terzo della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di titolo di dottorato di ricerca o che sta svolgendo un dottorato di ricerca presso un'università italiana o straniera, oppure in possesso di laurea e che abbia svolto, da almeno tre anni, attività di ricerca certificata presso istituti di ricerca pubblici o privati, in Italia o all'estero; 3) sia titolare o depositaria o licenziataria di almeno una privativa industriale relativa a una invenzione industriale, biotecnologica, a una topografia di prodotto a semiconduttori o a una nuova varietà vegetale direttamente afferenti all'oggetto sociale e all'attività di impresa. Per un approfondimento sulle *start up* innovativa cfr., ASSONIME, *L'impresa start up innovativa*, Circolare 26 maggio 2013, n. 11; V. SANTORO-E. TONELLI, *Equity crowdfunding e imprenditorialità innovativa*, in www.dirittobancario.it, 2014, 1 ss.; M. CIAN, *Le società start-up innovative. Problemi definitivi e tipologici*, in *AIDA*, 2013, p. 410 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Una società a responsabilità limitata da tre soldi (o da un euro)?*, in *Riv. Soc.*, 2013, 1088; P. SPADA, M. MALTONI, *L'impresa start up innovativa costituita in società a responsabilità limitata*, in *Riv. not.*, 2013, I, p. 1116 ss.

3 Cfr. A. BOLLETTINARI, *Il crowdfunding: la raccolta del capitale tramite piattaforme on line nella prassi e nella recente legislazione*, in *Nuovo dir. soc.*, 2013, 2, p. 9 ss.; U. PIATTELLI, *Il crowdfunding in Italia, una regolamentazione all'avanguardia o un'occasione mancata?*, Torino, 2013; A. LAUDONIO, *La folla e l'impresa: prime riflessioni sul crowdfunding*, reperibile sul sito in-

forza dell'esclusiva *mission* (*rectius* oggetto sociale) prescritto dalle disposizioni di legge, ovvero lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto contenuto tecnologico. Per agevolare l'avvio di simili attività d'impresa e, nel contempo, permettere alle stesse di reperire le necessarie risorse finanziarie, in maniera alternativa rispetto agli ordinari canali di finanziamento (ovvero il ricorso a finanziamenti bancari), il legislatore ha ritenuto di agire lungo un doppio binario; per un verso, ha previsto in favore delle *start up* innovative una corposa serie di deroghe rispetto alla disciplina societaria sia in tema di società per azioni sia, soprattutto, con riguardo alle disposizioni in tema di società a responsabilità limitata⁴ a cui sono state affiancate numerose agevolazioni di natura tributaria⁵; per altro verso, ha introdotto nel nostro ordinamento la nuova ed innovativa disciplina, di derivazione americana⁶, dell'*equity based crowdfunding*, ovvero la possibilità che le azioni e le quote partecipative al capitale di società qualificabili come *start up* innovative possano costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari attraverso portali *on line* per la raccolta di capitali "nei limiti previsti dalle leggi speciali"⁷.

Proprio il rispetto di detti limiti imposti dalle leggi speciali ha comportato il consequenziale intervento di adeguamento della disciplina di cui al TUF (d.lgs. n. 58/1998) affidando alla competente Autorità di vigilanza di settore, la Consob, l'onere di provvedere alla definizione della regolamentazione di secondo livello riguardante questi portali per la raccolta di capitali per le *start up* innovative ed i relativi soggetti "Gestori". Tale intervento di adeguamento si è tradotto – in concreto – nell'introduzione, ad opera dell'art. 30, commi 2 e 3 del Decreto Crescita *bis*, all'interno del TUF di due nuove previsioni: l'art. 50 *quinquies*

ternet www.orizzontideldirittocommerciale.it, 2014; E. FREGONARA, *Il crowdfunding: un nuovo strumento di finanziamento per le start up innovative*, ibidem, 2014; I. CAPELLI, *L'equity based crowdfunding e i diritti del socio*, ibidem, 2014; G.D. MOSCO, a cura di, *Aspetti giuridici del crowdfunding*, Roma, 2014, disponibile all'indirizzo www.crowdfuture.net.

4 Cfr. art. 26, comma 5 del d.l. 179/2012 per cui in deroga al divieto ex art. 2468 comma 1, c.c. «le quote di partecipazione in start up innovative costituite in forma di società a responsabilità limitata possono costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari anche attraverso i portali per la raccolta di capitali di cui all'articolo 30 del presente decreto, nei limiti previsti dalle leggi speciali».

5 Cfr. art. 26, comma 8, art. 27 *bis* ed art. 29 del d.l. n. 179/2012.

6 Il *crowdfunding* ha avuto un primo sviluppo negli USA e in Australia (poi in UK, Olanda e molti altri Paesi) e, ad oggi, solo gli USA hanno adottato una specifica disciplina nell'aprile 2012 (c.d. JOBS ACT) delegando alla SEC la predisposizione, entro 270 giorni, di una regolamentazione attuativa non ancora emanata. Per una disamina della letteratura in argomento cfr., *ex multis*: T.A. MARTIN, *The Jobs Act of 2012: Balancing Fundamental Securities Law Principles with the Demands of the Crowd*, in <http://ssrn.com/abstract=2040953>, 2013; P. BELLEFLAMME-T. LAMBERT-A. SCHWIENBACHER, *Crowdfunding: Tapping the right crowd*, in <http://ssrn.com/abstract=1578175>; J. MACLEOD HEMINWAY-S.R. HOFFMAN, *Proceed at your peril: crowdfunding and the Securities Act of 1933*, in <http://ssrn.com/abstract=1875584>; A.C. FINK, *Protecting the Crowd and Raising Capital through the Jobs Act*, in <http://ssrn.com/abstract=2046051>; C. STEVEN BRADFORD, *The New Federal Crowdfunding Exemption: Promise Unfulfilled*, in *Securities Regulation Law Journal*, 2012, 195 ss.; T.I. HAZEN, *Crowdfunding or Fraudfunding*, in <http://ssrn.com/abstract=1954040>, 2012; E. MOLLICK, *The Dynamics of Crowdfunding: Determinants of Success and Failure*, in <http://ssrn.com/abstract=2088298>, 2012; B.J. RUBINTON, *Crowdfunding: Disintermediate Investment Banking*, in <http://ssrn.com/abstract=1807204>; BRADFORD, *Crowdfunding and the federal securities law*, in *Columbia Law Review*, 2012, 1, p. 10 ss.; L. TRAEGER, T.W. KASSINGER, Z.D. KAUFMANN, *Democratizing entrepreneurship: an overview of the past, present and future of crowdfunding*, in *Securities Regulation & Law Report*, 2013, 209 s.; D.H. JENG, *The JOBS Act: Rule 506, crowdfunding and the balance between efficient capital formation and investor protection*, 2012, p. 18 ss., in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2238624, p. 18 ss.

7 Cfr. art. 26, comma 5, d.l. n. 179/2012.

ed il successivo art. 100 *ter*. Ai sensi del (nuovo) art. 50 *quinquies*, comma 2, l'attività professionale di gestione di portali per la raccolta di capitali per le *start-up* innovative viene riservata alle imprese di investimento ed alle banche autorizzate ai relativi servizi di investimento nonché ai soggetti (diversi dagli intermediari finanziari) iscritti in un apposito registro tenuto dalla Consob, a condizione che questi ultimi trasmettano gli ordini riguardanti la sottoscrizione e la compravendita di strumenti finanziari rappresentativi di capitale esclusivamente a banche e imprese di investimento.

Nel contempo, il successivo art. 100 *ter*, ha precisato che le offerte al pubblico condotte esclusivamente attraverso uno o più portali per la raccolta di capitali possono avere ad oggetto soltanto la sottoscrizione di strumenti finanziari emessi dalle *start-up* innovative e devono avere un corrispettivo totale inferiore a quello determinato dalla Consob ai sensi dell'art. 100, comma 1, lett. c), ovvero cinque milioni di euro, così come previsto dall'art. 34 *ter*, lett. c) del Regolamento di attuazione del TUF, concernente la disciplina degli emittenti, adottato dalla Consob con delibera 14 maggio 1999, n. 11971. Coerentemente, tenuto conto dell'assoluta peculiarità del nuovo istituto è stato affidato alla Consob il compito, invero non semplice, di provvedere alla determinazione della disciplina in concreto applicabile per la tenuta del registro dei Gestori di detti portali *on line* l'attività di vigilanza sugli stessi, sia la disciplina di regolamentazione delle offerte al pubblico. In questa prospettiva, l'Autorità di controllo, all'esito di una pubblica consultazione, con la Delibera 26 giugno 2013, n. 18592 ha provveduto ad emanare il nuovo Regolamento sulla raccolta di capitali di rischio da parte di *start up* innovative tramite portali *on line*⁸. Il nuovo Regolamento Consob, costituito da circa 25 articoli, si struttura in tre parti riguardanti rispettivamente disposizioni di carattere generale (artt. 1-3), registro e disciplina dei gestori dei portali (artt. 4-23), disciplina delle offerte al pubblico tramite portali (artt. 24-25). Al Regolamento si affiancano, infine, tre allegati, volti a fornire una serie di indicazioni per gli operatori del settore in maniera da standardizzare le varie fasi procedurali in cui si articola la nuova tecnica di finanziamento, contenenti le istruzioni per la presentazione della domanda di iscrizione nel registro dei gestori; lo schema della relazione sull'attività d'impresa e sulla struttura organizzativa; lo schema per la pubblicazione delle informazioni sulla singola offerta, sui rischi connessi, sull'emittente, sugli strumenti finanziari oggetto dell'offerta e su termini di quest'ultima. Nel prosieguo si esaminerà la predetta nuova disciplina nella prospettiva di valutare l'effettiva portata della stessa rispetto alla vigente regolamentazione finanziaria soffermandosi, in maniera particolare, sulle questioni che la stessa pone rispetto alla prestazione dei servizi ed attività di investimento da parte di banche ed imprese di investimento nonché i rischi di *compliance* a cui quest'ultime risultano in concreto esposte.

2. Gli intermediari finanziari: gestori di diritto dei portali *on line*

Il primo elemento che emerge dall'esame delle disposizioni in commento

⁸ Delibera 26 giugno 2013, n. 18592 pubblicata in G.U. 12 luglio 2013, n. 162. Alla predetta delibera ha fatto successivamente seguito, in data 1° agosto 2013 la Comunicazione Consob n. 66128 riguardante lo svolgimento da parte di banche ed imprese di investimento dell'attività di gestione di portali *on line* per la raccolta di capitali per le *start up* innovative, mediante la quale la Consob ha cercato di chiarire alcuni profili della nuova regolamentazione.

può essere identificato nella dichiarata riconduzione del fenomeno dell'*equity based crowdfunding* nell'alveo delle operazioni di offerta al pubblico di prodotti finanziari di cui agli artt. 93 e ss. TUF (Titolo II, capo I). Il medesimo art. 100 *ter* è stato collocato all'interno di detto Capo benché mediante tale previsione siano state definite le soglie quantitative al di sotto delle quali, in analogia con quanto disposto dal precedente art. 100 TUF, non troveranno applicazione per i soggetti "protagonisti" di un'operazione di offerta al pubblico tramite portali *on line* le vigenti disposizioni in materia di prospetto informativo⁹.

Come intuibile, si tratta di una semplificazione di sicuro vantaggio posto che diversamente l'intera operazione di offerta al pubblico avrebbe determinato per la società emittente (la *start up* innovativa) e i propri ausiliari, la necessità di dover provvedere ad un'imponente serie di adempimenti (ed ai relativi costi), primo tra tutti la predisposizione del prospetto informativo che, di fatto, avrebbero decretato l'insuccesso della stessa operazione di raccolta del capitale¹⁰. Dall'altro lato, risulta altrettanto innegabile che, nonostante l'esimente introdotta dal legislatore per favorire il successo dell'offerta al pubblico tramite portali *on line* di strumenti prodotti finanziari emessi da *start up* innovative, rimanga del tutto immutata l'esigenza di assicurare per i terzi investitori, potenzialmente interessati ad acquistare le azioni o le quote partecipative al capitale di *start up*, un set informativo minimo idoneo, in ogni caso, a favorire l'assunzione scelte di investimento consapevoli e ponderate¹¹. Nella prospettiva di comporre queste diverse esigenze, la Consob ha provveduto a definire, all'interno del proprio Regolamento, una serie di importanti obblighi informativi verso i terzi, tutti posti a carico dei c.d. "Gestori di portali" *on line*, ex art. 50 *quinquies* TUF. In altri termini si è, di fatto, spostato gran parte degli obblighi informativi incombenti sull'emittente (la *start up*) a carico del soggetto che riveste la qualità di "Gestore" del portale *on line* attraverso il quale l'offerta viene in concreto promossa presso il pubblico, così assolvendo ad una funzione anche pubblicitaria.

Come noto, il citato art. 50 *quinquies* TUF riserva in via esclusiva l'attività professionale di gestione di portali *on line* per la raccolta di capitali di *start up* innovative a due categorie di soggetti. Da un lato, vi sono i c.d. gestori "privati" di portali *on line*¹² iscritti in un apposito registro¹³ tenuto dalla Consob¹⁴ per i

9 La mancata collocazione dell'eccezione in esame all'interno del vigente articolo 100 TUF pare potersi giustificare solo alla luce di quanto previsto nel comma 2 dell'art. 100 *ter*, ovvero la previsione di meccanismi di tutela dei terzi investitori non professionali nel capitale di *start up* innovative mediante clausole statutarie che riconoscono il diritto di recesso o il diritto di co-vendita a favore di quest'ultimi.

10 Ovviamente ove l'offerta, anche tramite i portali *on line*, fosse effettuata per un corrispettivo totale di importo superiore alla soglia di franchigia prevista, sarebbero nuovamente applicabili gli obblighi di cui agli artt. 93 *bis* e seguenti del TUF. Cfr., G. CARATOZZOLO, *La disciplina italiana dell'equity crowdfunding: tra incentivazione degli emittenti e tutela degli investitori*, in *Riv. dir. econ.*, 2013, 4, p. 268 ss.

11 Cfr., G. FERRARINI, *I costi dell'informazione societaria per le PMI: mercati alternativi, crowdfunding e mercati privati*, in *AGE*, 2013, 1, p. 203 ss.

12 Per i gestori privati di portali *on line* è previsto l'esplicito divieto di detenere le somme versate dai terzi sottoscrittori aderenti alle offerte, ex art. 17 comma 6 del Regolamento Consob.

13 Alla data di pubblicazione del presente articolo presso il registro tenuto dalla Consob risultano iscritti n. 9 gestori privati ed 1 solo gestore di diritto.

14 I nuovi gestori verranno iscritti in un apposito registro tenuto dalla Consob in presenza delle condizioni tassativamente richieste. Tale iscrizione – a differenza del regime pubblicitario applicabile ai gestori di diritto che prevede la loro annotazione in un'apposita sezione speciale del registro – sembra avere natura costitutiva, in quanto può avvenire solo a seguito della verifi-

quali è imposto l'obbligo di trasmettere gli ordini riguardanti la sottoscrizione e la compravendita di strumenti finanziari rappresentativi di capitale esclusivamente a banche e imprese di investimento beneficiando dell'esenzione rispetto alle previsioni di cui agli artt. 21 e ss. del TUF in materia di regole di condotta da rispettare in occasione della prestazione dei servizi ed attività di investimento. In aggiunta ai primi, l'attività di gestione di portali *on line* potrà essere esercitata anche dalle imprese di investimento e dalle banche (qualificate anche come "gestori di diritto" di portali *on line*) che risultino "*autorizzate ai relativi servizi di investimento*".

Emerge, quindi, un primo profilo di possibile coinvolgimento degli intermediari finanziari (banche e delle imprese di investimento) nell'attività di *equity based crowdfunding*, quella appunto di "gestori di diritto" di portali, rispetto alla quale appare utile verificare quali siano – in concreto – le attività loro richieste e, di riflesso, gli oneri/rischi di *compliance* che sono chiamati a governare. In via preliminare, deve evidenziarsi come pone qualche perplessità la qualificazione "di diritto" riconosciuta dalla citata disposizione di legge alle banche ed alle imprese di investimento le quali, per il semplice fatto di essere autorizzate alla prestazione dei "*relativi*" servizi di investimento (così si esprime testualmente l'art. 50 *quinquies*, comma 2, TUF) possono automaticamente assumere la veste di gestori di detti portali. Risulta, infatti, difficile comprendere la connessione che viene instaurata tra l'autorizzazione degli intermediari alla prestazione dei "relativi servizi investimento" e la gestione di diritto di simili portali.

In altri termini, non è chiaro se sia sufficiente la mera autorizzazione ad un qualsiasi servizio di investimento perché l'intermediario possa – di *default* – essere autorizzato anche alla gestione di detti portali oppure se sia necessario che ricorra il legame con un ben definito servizio di investimento¹⁵. Probabilmente la gestione dei portali avrebbe potuto essere classificata – più coerentemente – in termini di mero servizio accessorio, ex art. 1, comma 5 *decies* TUF. Ciò precisato, l'intermediario che volesse assumere la gestione di un portale *on line* – analogamente ai gestori privati – sarà chiamato, secondo quanto prescritto dal citato Regolamento Consob, a condurre una numerosa serie di attività, sia a carattere amministrativo che di verifica e controllo, tanto nei confronti della società emittente quanto nei confronti del pubblico indistinto. Più in dettaglio, l'intermediario gestore sarà chiamato, in via preliminare, ad acquisire dalla società emittente tutte le necessarie informazioni prescritte dagli artt. 13 (in materia di obblighi del gestore e relative regole di condotta), 15 (in materia di informazioni relative all'investimento in *start up* innovative) e 16 (in materia di informazioni da rendere relativamente a singole offerte) del Regolamento Consob le quali, a loro volta, dovranno essere pubblicate a cura del

ca, da parte della Consob, della presenza dei requisiti prescritti dall'art. 50 *quinquies* TUF in capo al gestore. A seguito di tale verifica, come previsto per gli intermediari, la Consob svolgerà, ex art. 6 del Regolamento, godendo di ampia discrezionalità, un'ulteriore attività di valutazione della capacità del soggetto richiedente di esercitare correttamente la gestione del portale, facendo riferimento al parametro della correttezza della gestione in luogo di quello della sana e prudente gestione previsto per gli intermediari.

15 Al riguardo, peraltro, maggiori chiarimenti non sono pervenuti neanche con la Comunicazione Consob 1 agosto 2013, n. 66128 con la quale l'Autorità si è limitata a ribadire che l'attività di gestione di portali *on line* da parte di gestori di diritto (banche e imprese di investimento) «(...) *implica la prestazione di servizi di investimento quantomeno di tipo esecutivo*» in relazione ai quali sono chiamate ad osservare le pertinenti disposizioni dettate dal TUF e dalla relativa disciplina di attuazione.

gestore sul proprio portale, in maniera chiara corretta e non fuorviante, secondo lo schema analitico di cui all'Allegato n. 3 al Regolamento Consob. Quest'ultimo a sua volta, nelle proprie linee generali, sembra replicare – seppur in una scala ridotta e maggiormente semplificata – la struttura di un vero e proprio *prospetto informativo*, ex art. 94 e ss. TUF.

In realtà, accanto a questi importanti obblighi di condotta e verifica (*ex ante*) l'attività dell'intermediario gestore non potrà ritenersi esaurita ma, al contrario, continuerà ad esplicarsi anche successivamente alla chiusura dell'offerta al pubblico promossa tramite il portale *on line*. In questi termini, vanno intese le attività di verifica *ex post* di cui all'art. 24, comma 1 del Regolamento Consob, avente per oggetto il compito per il gestore di assicurare la verifica della previsione all'interno dello statuto dell'emittente di espresse clausole disciplinanti il diritto di recesso in favore degli investitori diversi dagli investitori professionali e dalle altre categorie di investitori quali fondazioni bancarie e incubatori di *start up*, in ipotesi di trasferimento del controllo dell'emittente subito dopo la chiusura dell'offerta, per un arco temporale di ben 3 (tre) anni dalla conclusione della stessa, nonché l'ulteriore attività, ex art. 24, comma 1, lett. *b*) e comma 2, avente ad oggetto la verifica della ricorrenza (anche dopo l'offerta) – di patti parasociali tra i soci dell'emittente *start up* innovativa ed, infine, l'accertamento – ai fini del “perfezionamento” dell'offerta – dell'avvenuta sottoscrizione di almeno il 5% del capitale da parte di investitori professionali (banche, fondazioni, incubatori di *start up*).

Ebbene, tutte queste attività – chiaramente finalizzate ad assicurare la massima tutela possibile dell'investitore, in ragione della particolarità ed aleatorietà dell'investimento proposto – rischiano, tuttavia, di rappresentare degli oneri, sia sul piano economico che soprattutto sotto il profilo organizzativo, niente affatto secondari tanto per un gestore “privato” quanto per un intermediario finanziario “gestore di diritto”. In altri termini, si è certamente conseguito il risultato di alleggerire gli oneri relativi all'informativa societaria obbligatoria a carico dell'emittente ma, dall'altro lato, detti oneri, seppur in parte semplificati, sono stati posti a carico del soggetto gestore del portale *on line*¹⁶, il quale arriverebbe quasi ad assumere la qualità di un vero e proprio *gatekeeper*¹⁷, ovvero di un soggetto rispetto al quale il rischio di compromettere la propria reputazione in operazioni similari dovrebbe essere elemento di per sé sufficiente per assicurarne la relativa imparzialità rispetto alle parti dell'operazione ed in particolare nei confronti della società emittente¹⁸. Peraltro, simili oneri gestionali è verosimile che difficilmente potrebbero essere coperti dal corrispettivo che il gestore arriverà a percepire sia dall'emittente a titolo di compenso per la

16 Cfr., G. FERRARINI, *I costi dell'informazione*, cit., p. 215.

17 Relativamente alla teoria dei *Gatekeepers* in dottrina vedasi, P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 318; R.H. KRAAKMAN, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-party Enforcement Strategy*, in *Law Econ. & Org.*, 1986, p. 53 ss.; K.J. HOPT, *Die Vernetztheit der Banken bei Emissionen*, 1991 di cui si è reperita la traduzione italiana: *Le banche nel mercato dei capitali. Collocamento di valori mobiliari e responsabilità*, Milano, 1995, p. 38 ss.; J.C. COFFEE, *Understanding Enron: «It's About the Gatekeepers, Stupid»*, in *Bus. Law*, 2002, 57, p. 1403 ss.; G. FERRARINI-P. GIUDICI, *Scandali finanziari e ruolo dell'azione privata: il caso Parmalat*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. econ., Mercato finanziario e tutela del risparmio*, a cura di F. GALGANO-G. VISENTINI, Cedam, Padova, 2009, p. 198 ss.

18 Peraltro, a ben riflettere, il rischio reputazionale in operazione di appello al pubblico per il tramite di portali *on line* ha – proprio nella piattaforma comunicativa impiegata – la capacità intrinseca di arrecare danni notevoli ad un intermediario gestore.

pubblicazione e gestione dell'offerta sul portale on line o dalle commissioni sugli ordini di negoziazione. Nonostante il citato Regolamento Consob abbia espressamente previsto l'avvertenza da pubblicare in occasione di ogni offerta su portali *on line* secondo la quale – ancora una volta in analogia con l'analoga previsione ex art. 94, commi 8 e 9, TUF in tema di prospetti informativi – *“l'emittente è l'esclusivo responsabile della completezza e della veridicità dei dati e delle informazioni dallo stesso fornite (...)”* – simile strumento rischia di non essere del tutto idoneo ad escludere eventuali profili di responsabilità a carico dell'intermediario gestore di un portale *on line*.

L'art. 13 del Regolamento Consob, infatti, prescrive che il soggetto gestore – sia esso tanto privato quanto di diritto – sarà tenuto ad operare secondo gli ordinari canoni di diligenza, correttezza e trasparenza; canoni che, per gli intermediari finanziari, verranno necessariamente ad assumere una natura “qualificata” proprio in ragione della professionalità che connota gli stessi. Ciò potrebbe avere un impatto negativo significativo per gli intermediari finanziari che assumessero la veste di gestori di portali *on line* giacché, ove a seguito dell'offerta al pubblico tramite il portale, emergessero delle criticità relativamente alla coerenza ed affidabilità delle informazioni fornite dall'emittente e pubblicate dall'intermediario gestore del portale o, nella peggiore delle ipotesi, si accertassero delle vere e proprie frodi finanziarie ai danni dei terzi investitori, l'intermediario gestore – proprio in ragione di quell'affidamento che potrebbe determinare nei terzi investitori la sua qualifica professionale di banca o impresa di investimento – potrebbe correre il rischio di non riuscire ad evitare l'emersione di profili di responsabilità a proprio carico – con tutti i connessi profili risarcitori – semplicemente invocando l'avvertenza pubblicata sul portale, né tantomeno allegando l'adempimento dello strumento di cui all'art. 15, comma 2 del Regolamento Consob¹⁹.

Alla medesima conclusione si perviene anche in relazione all'ulteriore fattispecie prevista dall'art. 24 comma 2 del Regolamento Consob, laddove il buon fine dell'operazione di offerta al pubblico tramite portali *on line* viene subordinata alla sottoscrizione di almeno il 5% delle azioni/quote partecipative offerte da parte di investitori professionali (banche, fondazioni bancarie o incubatori di *start up*). Premesso che risulta difficile comprendere per quale motivo sia stata inserita simile previsione posto che la buona riuscita di simile iniziativa non è certo riconducibile né ricollegabile all'ingresso di tali soggetti, non è chiaro se detta adesione debba essere preliminare o se, invece, possa intervenire in qualsiasi momento, finanche all'ultimo istante, assicurando il “perfezionamento dell'offerta”.

Quest'ultima considerazione, a ben riflettere, rischia di non essere affatto secondaria posto che se l'investimento del 5% del capitale della *start up* viene effettuato da un investitore professionale, quale ad esempio una banca/impresa di investimento – addirittura, per complicare le cose, dalla medesima ban-

19 – L'art. 15, comma 2 del Regolamento Consob, delibera 18592, prevede che:

«Il gestore assicura che possano accedere alle sezioni del portale in cui è possibili aderire alle singole offerte solo gli investitori diversi dagli investitori professionali che abbiano:

a) preso visione delle informazioni di investor education previste dall'articolo 14, comma 1, lettera k) e delle informazioni di cui al comma 1;

b) risposto positivamente ad un questionario comprovante la piena comprensione delle caratteristiche essenziali e dei rischi principali connessi all'investimento in *start up* innovative per il tramite di portali;

c) dichiarato di essere in grado di sostenere economicamente l'eventuale intera perdita dell'investimento che intendono effettuare».

ca/impresa di investimento gestore “di diritto” del portale *on line* – in fase di avvio dell’offerta, è evidente che tale informazione sarà certamente in grado di produrre degli effetti notevoli sulle successive decisioni di investimento dei terzi investitori interessati. Quest’ultimi, infatti, nonostante tutti i presidi di trasparenza imposti al gestore e le ulteriori cautele imposte agli intermediari perfezionatori, potrebbero in concreto fondare la propria valutazione nella “semplice” ma concreta considerazione per cui se vi ha aderito una banca, o nell’esempio formulato, vi ha aderito la medesima banca che gestisce il portale *on line*, allora l’investimento deve essere profittevole²⁰. Il rischio, pertanto, di esporsi a profili di responsabilità, unitamente ai correlati significativi rischi reputazionali costituirà verosimilmente un forte disincentivo per l’avvio di simili iniziative da parte degli intermediari finanziari. Da ultimo, non deve essere sottovalutato un ulteriore profilo di criticità, anch’esso foriero di possibili complicazioni per un intermediario finanziario che volesse assumere la gestione di simili portali, ovvero la necessità di dover assicurare il pieno rispetto e conformità rispetto ai doveri imposti dalla disciplina antiriciclaggio, sia sotto lo specifico profilo degli obblighi di identificazione ed adeguata verifica delle proprie controparti sia per quanto concerne gli obblighi in materia di tracciabilità dei flussi finanziari²¹. la normativa infatti nulla precisa sul punto ma è evidente – perlomeno per gli intermediari gestori di diritto²² – che quest’ultimi saranno tenuti a rispettare la predetta normativa in forza di quanto prescritto dal d.lgs n. 231/2007.

20 Probabilmente, sarebbe stato preferibile che, oltre alla previsione in favore dei soci diversi da quelli di controllo di un diritto di recesso (*way out*) in caso di trasferimento del controllo societario della *start up*, ex art. 24, comma 1, lett. a) del Regolamento, simile diritto fosse stato previsto anche e soprattutto nell’ipotesi ulteriore in cui l’investitore professionale (non di controllo) – dopo il “perfezionamento dell’offerta” – arrivi a cedere la propria partecipazione.

21 A titolo comparativo, la SEC (*Securities and Exchange Commission*) ha emanato una proposta di regolamentazione attuativa del JOBS Act che vorrebbe estendere anche ai portali di *crowdfunding* le misure antiriciclaggio già previste per gli intermediari finanziari registrati dal *Chapter X* del *Code of Federal Regulation*. Ad avviso della SEC, i portali di *crowdfunding* avrebbero infatti un ruolo centrale nel rilevare, prevenire e segnalare casi di riciclaggio o di altri reati finanziari quali la frode e la manipolazione del mercato, e questo indipendentemente dal fatto che il portale possa o meno movimentare, gestire o possedere denaro o titoli dei propri clienti. Ricomprendo un ruolo simile a quello dei cosiddetti *introducing brokers* dunque, i portali di *crowdfunding*, intrattenendo un rapporto diretto con i clienti, sarebbero nella posizione migliore per poter identificare e monitorare le attività sospette e potenzialmente illecite connesse alle operazioni di finanziamento di progetti imprenditoriali promosse tramite il portale stesso. A tale scopo, la regolamentazione proposta dalla SEC richiede dunque ai gestori dei portali di *crowdfunding* di predisporre e conservare un efficace programma antiriciclaggio, di redigere ed implementare una procedura di identificazione dei clienti, di monitorare e segnalare le attività sospette agli organismi competenti e di conformarsi alle richieste di informazioni provenienti dal *Financial Crimes Enforcement Network*. Gli adempimenti specifici relativi a ciascuna delle suddette attività vengono poi dettagliati nel documento di lavoro della SEC, che identifica l’obiettivo di tali oneri nella precisa volontà di proteggere i partecipanti finali al progetto di finanziamento dalle attività illegali che potrebbero potenzialmente infiltrare le nuove opportunità di investimento via *web*. Cfr., S. COLOMBO, *Crowdfunding e antiriciclaggio*, 2014, in *Rivista on line www.diritto bancario.it*; U. PIATTELLI, *Il Crowdfunding in Italia, una regolamentazione all’avanguardia o un’occasione mancata?*, Torino, 2013, in part. p. 28 ss.; A. LAUDONIO, *La folla e l’impresa*, cit., in part. p. 36.

22 I gestori privati potrebbero a mio avviso essere ritenuti al momento ritenuti esentati rispetto ai prescritti obblighi in materia di antiriciclaggio perlomeno fintanto che non vi sarà un’estensione del perimetro soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 231/2007.

3. Gli intermediari finanziari perfezionatori degli ordini: le regole di condotta applicabili

La normativa in esame risulta essere potenzialmente problematica per gli intermediari finanziari anche sotto il distinto profilo dell'attività di "mero perfezionamento" degli ordini di sottoscrizione di azioni o quote offerte tramite detti portali. In questo caso, infatti, la nuova regolamentazione deve necessariamente essere esaminata alla luce della vigente disciplina in materia di servizi ed attività di investimento e relative regole di condotta di cui al TUF ed al relativo Regolamento Intermediari²³.

In via preliminare, occorre ricordare come, secondo il disposto di cui all'art. 1, comma 5, TUF, i servizi e attività di investimento sono qualificabili come tali soltanto qualora abbiano ad oggetto "strumenti finanziari". Ai sensi dell'art. 1, comma 2, TUF sono qualificabili come "strumenti finanziari" i valori mobiliari, gli strumenti del mercato monetario, le quote di un organismo di investimento collettivo del risparmio e gli strumenti derivati descritti alle lettere da (d) a (j) della medesima disposizione.

A loro volta, i "valori mobiliari" sono definiti dall'art. 1, comma 1 *bis*, TUF come i valori che possono essere negoziati nel mercato dei capitali (quali, ad esempio, le azioni di società o altri titoli equivalenti, le obbligazioni e altri titoli di debito e qualsiasi altro titolo che permetta di acquisire o vendere i valori indicati precedentemente). Il requisito comune tipico di tutti gli strumenti finanziari risiede nella loro idoneità ad essere oggetto di negoziazione sul mercato dei capitali. Tale requisito, tra l'altro, permette di differenziare gli strumenti finanziari all'interno della più ampia categoria dei "prodotti finanziari". Questi ultimi vengono definiti dall'art. 1, comma 1, lett. u), TUF come «*gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria*». Il significato di investimento di natura finanziaria non viene espressamente definito dal legislatore. Tuttavia, la dottrina²⁴ in materia, qualifica come investimenti di natura finanziaria le operazioni che comportino l'impiego di capitali, a fronte di un'attesa di rendimento, correlata al rischio sottostante, con la precisazione ulteriore che il rischio deve presentare una connotazione finanziaria, ossia deve essere correlato alla remunerazione del capitale investito. Nel ricostruito contesto normativo, risulta evidente che le quote di partecipazione al capitale di *start up* innovativa che abbiano adottato la forma giuridica di società a responsabilità limitata sono certamente qualificabili come prodotti finanziari, in quanto integrano una forma di investimento di natura finanziaria, ma non an-

²³ Adottato dalla Consob con delibera 29 ottobre 2007, n. 16190 e successivamente modificato con delibere 18 dicembre 2008, n. 16736; 3 dicembre 2010 n. 17581 e 9 maggio 2012, n. 18210.

²⁴ Cfr. F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 331; P. FIORUZZI-E.S. DE NARDIS-N.B. PUPPIENI, Sub art. 94, in M. FRATINI-G. GASPARRI (a cura di), *Il testo unico della finanza*, Giappichelli, Torino, 2012, t. II, p. 1062; E. RIGHINI, sub art. 1, in *Commentario T.u.f., decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni*, a cura di F. VELLA, Giappichelli, Torino, 2012, t. I, p. 12; V. CHIONNA, *Strumenti finanziari e prodotti finanziari nel diritto italiano*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 1; V. SANTORO, sub art. 1, in *L'attuazione della direttiva mifid*, a cura di A. IRACE-M. RISPOLI FARINA, Giappichelli, Torino, 2010, p. 11 ss; A. POMELLI, *I confini della fattispecie "prodotto finanziario" nel Testo Unico della Finanza*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 103 ss; M. ONZA-L. SALAMONE, *Prodotti, strumenti finanziari e valori mobiliari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 5, p. 567; G.F. CAMPOBASSO, sub art. 1, in *Testo Unico della finanza, Commentario*, diretto da G.F. CAMPOBASSO, Giappichelli, Torino, 2002, I, p. 8 ss.

che come strumenti finanziari, poiché tali partecipazioni difetterebbero del requisito essenziale degli strumenti finanziari, ovvero della negoziabilità sul mercato dei capitali²⁵. Ne consegue che la regolamentazione in commento – in linea teorica – non determinerà l'applicazione della disciplina sui servizi di investimento perlomeno nell'ipotesi in cui le offerte tramite portali *on line* abbiano per oggetto quote di partecipazione al capitale di S.r.l.²⁶. Ciò nonostante, l'Autorità di vigilanza, con l'adozione del nuovo Regolamento in materia di *equity based crowdfunding*, nella prospettiva evidentemente di assicurare la maggiore tutela possibile per gli investitori, ha imposto alle banche ed alle imprese di investimento il rispetto delle regole di condotta prescritte in occasione della prestazione dei servizi di investimento non soltanto quando l'offerta tramite portali *on line* abbia per oggetto l'emissione di azioni di società per azioni, ma anche quando interessi quote partecipative al capitale di società a responsabilità limitata.

3.1. Segue

Ciò precisato, l'esame della nuova regolamentazione dell'*equity based crowdfunding* dallo specifico punto di vista della disciplina in materia di servizi di investimento permette di ipotizzare ben tre distinte ipotesi operative. La prima ricorre nell'eventualità in cui la banca o l'impresa di investimento si limiti a svolgere il ruolo di mero gestore del portale *on line*; la seconda, quando l'intermediario finanziario si limiti unicamente ad effettuare l'attività di perfezionamento degli ordini ad esso trasmessi dal gestore del portale, sia esso privato o di diritto. La terza, infine, può essere individuata nella diversa circostanza in cui l'intermediario finanziario abbia assunto, contemporaneamente, il ruolo di "gestore" del portale *on line*, ex art. 4 e seguenti del Regolamento Consob, ed il ruolo di intermediario "perfezionatore" degli ordini disposti dagli investitori, ex art. 17, comma 2 del citato Regolamento²⁷.

La prospettata differenziazione operativa assume un significato rilevante giacché al ricorrere delle predette ipotesi l'attività dell'impresa di investimento potrà essere ricondotta a molteplici tipologie di servizi di investimento, per cui esercizio sarà evidentemente necessario l'ottenimento preventivo della relativa autorizzazione²⁸. Ricorrendo la prima fattispecie, ad un primo sguardo, si potrebbe ipotizzare che nessun servizio di investimento possa essere effettivamente prestato dall'intermediario gestore. Quest'ultimo, infatti, si limiterebbe, per un verso, ad effettuare tutte le attività prescritte dal Regolamento circa la pubblicazione dell'offerta sul portale e la messa a disposizione del pubblico indistinto di tutte le pertinenti informazioni, previa loro verifica e, nel contempo, arriverebbe a trasmettere ad un diverso intermediario gli ordini di acqui-

²⁵ Vedasi, in questi termini, la Comunicazione Consob 18 giugno 2001, n. DEM/1043775.

²⁶ Tale aspetto permette di ipotizzare che anche per i gestori privati di portali *on line* non sia ravvisabile – in caso di offerte aventi per oggetto quote di S.r.l. – una violazione del regime di riserva che assiste la prestazione dei servizi di investimento nella specie del collocamento presso il pubblico di strumenti finanziari.

²⁷ Invero, tale ipotesi potrebbe anche realizzarsi in due momenti; l'intermediario finanziario prima avvia l'attività di gestione di un portale *on line* e, dopo, per valutazioni ad esempio di tipo meramente commerciali (le commissioni sugli ordini perfezionati) decide di effettuare direttamente anche l'attività di perfezionamento degli ordini dei sottoscrittori.

²⁸ Così permettendo, tra l'altro di dare un contenuto sostanziale alla generica formulazione dell'art. 50 *quinques*, comma 2, TUF.

sto/sottoscrizione formulati via web dai terzi investitori, al fine di assicurarne il relativo perfezionamento.

In realtà, anche nella prospetta modalità operativa, ad avviso dello scrivente, è possibile identificare la prestazione da parte dell'intermediario gestore di uno specifico servizio di investimento. Più in dettaglio, l'attività di quest'ultimo potrebbe essere ricondotta all'interno del servizio di ricezione e trasmissione ordini, ex art. 1, comma 5 lett. e) TUF e, verosimilmente, anche nella connessa attività di mediazione, ex art. 1, comma 5 *sexies* TUF, ovvero «nell'attività consistente nel mettere in contatto due o più investitori rendendo così possibili la conclusione di un'operazione fra loro»²⁹.

In realtà, la medesima Consob, con la Comunicazione 1° agosto 2013, n. 0066128, su questo specifico aspetto ha chiarito – invero con scarso successo – che l'attività di gestione di portali *on line* da parte di banche e imprese di investimento (gestori di diritto) implica la prestazione di servizi di investimento «(...) quantomeno di tipo esecutivo» senza altro precisare, mentre nella propria relazione sull'analisi d'impatto allegata alla bozza di regolamentazione posta in pubblica consultazione, seppur con specifico riferimento all'attività di gestione da parte di gestori "privati", ha ricondotto l'attività del portale al «servizio di ricezione e trasmissione ordini in esenzione facoltativa rispetto all'applicazione della direttiva Mifid così come ammesso dal relativo articolo 3»³⁰.

Se, dunque, quanto precisato in ordine ai gestori privati permette di inquadrare in modo analogo l'attività dell'intermediario gestore di diritto nell'ambito dell'accennato servizio di ricezione e trasmissione ordini, dall'altro lato, tale conclusione pone delle questioni operative non secondarie. Infatti, come noto, il servizio di ricezione e trasmissione ordini si connota in quanto l'intermediario raccogliitore dell'ordine non provvede a dare esecuzione allo stesso ma, al

29 Cfr. M. PINTO, *L'equity based crowdfunding in Italia al di fuori delle fattispecie regolate dal "Decreto Crescita"*, in *Società*, 2013, 7, in part. p. 826.

30 L'art. 3 della direttiva MiFID prevede quanto segue:

«1. Gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare la presente direttiva alle persone rispetto alle quali essi sono lo Stato membro d'origine che:

- non sono autorizzate a detenere fondi o titoli appartenenti ai clienti e che per questo motivo non possono mai trovarsi in situazione di debito con i loro clienti, e

- non sono autorizzate a prestare servizi di investimento, tranne la ricezione e la trasmissione di ordini in valori mobiliari e quote di organismi d'investimento collettivo e l'attività di consulenza in materia di investimenti relativa a tali strumenti finanziari, e nell'ambito della prestazione di tali servizi sono autorizzate a trasmettere ordini soltanto a:

- i. imprese di investimento autorizzate ai sensi della presente direttiva,

- ii. enti creditizi autorizzati ai sensi della direttiva 2000/12/CE,

- iii. succursali di imprese di investimento o di enti creditizi che sono autorizzati in un paese terzo e che sono tenuti ad ottemperare e ottemperano a norme prudenziali considerate dalle autorità competenti almeno altrettanto rigorose quanto quelle stabilite nella presente direttiva, nella direttiva 2000/12/CE o nella direttiva 93/6/CEE,

- iv. organismi d'investimento collettivo autorizzati in virtù della legislazione di uno Stato membro a vendere quote al pubblico, nonché ai dirigenti di siffatti organismi,

- v. società di investimento a capitale fisso, quali definite all'articolo 15, paragrafo 4 della seconda direttiva del Consiglio, del 13 dicembre 1976, 77/91/CEE, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società di cui all'articolo 58, secondo comma, del Trattato, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa, i cui titoli sono quotati o negoziati in un mercato regolamentato in uno Stato membro a condizione che le attività di tali persone siano regolamentate a livello nazionale.

2. Le persone escluse dall'ambito d'applicazione della presente direttiva a norma del paragrafo 1 non godono delle libertà di prestare servizi e/o di effettuare attività di investimento o di stabilire succursali previste, rispettivamente, dalle disposizioni dell'articolo 31 e dell'articolo 32».

contrario, trasmette l'ordine ad un altro e diverso intermediario negoziatore che provvederà a darvi esecuzione³¹.

Orbene, la raggiunta qualificazione dell'attività svolta dall'intermediario gestore di diritto comporterà per lo stesso l'obbligo di assicurare in favore del terzo investitore (non professionale) il rispetto degli obblighi di condotta ad esso imposti dagli artt. 21 e ss. del TUF nonché l'effettuazione quantomeno di una valutazione di appropriatezza, ex artt. 41 e seguenti del Reg. Interm., dell'investimento in corso di realizzazione con la complicazione ulteriore per cui – di regola – nessun rapporto contrattuale verrà in concreto ad instaurarsi tra quest'ultimo e l'investitore ricorrendo, piuttosto, tale ultima circostanza (la stipula di un contratto quadro in materia di servizi di investimento) nel rapporto tra l'investitore e l'intermediario a cui il gestore avrà trasmesso l'ordine per il suo perfezionamento.

Risulta, quindi, evidente il livello di eccessiva proceduralizzazione che – ricorrendo l'ipotesi in esame – verrebbe a realizzarsi e, di conseguenza, anche gli eccessivi oneri (soprattutto economici) che graverebbero tanto sull'intermediario gestore quanto e, forse soprattutto, sull'investitore il quale si vedrebbe costretto a dover concludere ben due contratti quadro con 2 distinti intermediari (il gestore da un lato ed il perfezionatore dall'altro) verosimilmente per un solo ordine di sottoscrizione di azioni o quote partecipative al capitale di *start up* innovative.

Le uniche ed effettive circostanze in occasione delle quali l'intermediario gestore potrebbe operare in deroga agli obblighi di condotta innanzi richiamati possono essere identificate nelle ipotesi previste dall'art. 17 commi 3 e 4 del Regolamento Consob, ovvero in occasione di ordini "sotto soglia" disposti rispettivamente da investitori persone fisiche e investitori persone giuridiche³². Soltanto al ricorre di tali condizioni, infatti, l'intermediario gestore pur svolgendo un servizio di investimento – la ricezione dell'ordine espresso tramite il portale *on line* – potrebbe essere esonerato dal dover adottare nei confronti dell'investitore tutte le cautele imposte della citata normativa³³.

Come innanzi accennato, l'attività dell'impresa di investimento gestore di portali *on line* potrebbe anche essere qualificata come attività di mediazione identificando tale modalità nella messa in contatto di due investitori così rendendo possibile fra loro la conclusione di un'operazione di investimento. In effetti, nelle operazioni di *equity based crowdfunding* l'offerta tramite portali delle azioni o quote partecipative al capitale della *start up* innovativa non rappre-

31 Cfr., M. DE MARI-L. SPADA, *Intermediari finanziari e promotori finanziari*, Zanichelli, Bologna, 2005, p. 64 ss.; L. ENRIQUES, sub *articolo 1, comma 5*, in *Il testo unico della intermediazione finanziaria, Commentario*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI, Giuffrè, Milano, 1998, p. 22.

32 L'art. 17, commi 3 e 4 del Regolamento Consob così dispongono:

«3. Le banche e le imprese di investimento che ricevono gli ordini operano nei confronti degli investitori nel rispetto delle disposizioni applicabili contenute nella parte II del Testo unico e nella relativa disciplina di attuazione.

4. Le disposizioni contenute nel comma 3 non si applicano quando ricorrano le seguenti condizioni:

a) gli ordini siano impartiti da investitori persone fisiche e il relativo controvalore sia inferiore a cinquecento euro per singolo ordine e a mille euro considerando gli ordini complessivi annuali;

b) gli ordini siano impartiti da investitori persone giuridiche e il relativo controvalore sia inferiore a cinquemila euro per singolo ordine e a diecimila euro considerando gli ordini complessivi annuali».

33 L'unica debole misura adottata per contrastare elusioni di tale soglia consiste nella presentazione di un'attestazione da parte dell'investitore (art. 17, comma 5).

sentia nient'altro che una nuova ed alternativa modalità di incontro di due o più controparti; la *start up* emittente, da un lato, ed i terzi potenziali investitori dall'altro, sarebbero messi in condizione di perfezionare tra loro un'operazione economica³⁴.

Circa la seconda modalità operativa, anche in questo caso, l'attività dell'intermediario "mero perfezionatore" degli ordini potrebbe essere ricondotta nell'ambito del servizio di ricezione e trasmissione degli ordini. Infatti, quest'ultimo una volta ricevuti gli ordini formulati sul portale *on line* dal relativo gestore (sia esso privato o di diritto), dovrà procedere con il perfezionamento fermo restando in ogni caso, anche in questa ipotesi, il dovere per l'intermediario coinvolti nel processo di "perfezionamento dell'ordine" di assicurare il rispetto di tutte le regole di condotta. In realtà, la prospettata qualificazione dell'attività dell'intermediario potrebbe essere effettivamente riconducibile nella ricezione e trasmissione ordini solo se lo stesso non provvede direttamente all'esecuzione dell'ordine ma lo trasmette, a propria volta, ad un diverso intermediario³⁵. Ne consegue che – ove tale eventualità non si verificasse – come pure di seguito meglio precisato l'attività potrebbe probabilmente essere ricondotta nell'ambito del servizio di mera esecuzione ordini ex art. 1 ex art. 1, comma 5, lett. b), TUF.

Più complessa, infine, appare la valutazione della terza ed ultima modalità operativa, ossia l'ipotesi in cui l'intermediario finanziario svolga contestualmente l'attività di gestore e di perfezionatore degli ordini raccolti tramite il portale *on line*. Anche in simile eventualità si potrebbe fondatamente sostenere che l'attività prestata dall'intermediario finanziario che si trovi in questa particolare situazione soggettiva, potrebbe essere ricondotta nel precitato servizio di ricezione e trasmissione ordini. Tale conclusione, tuttavia, non sembra essere del tutto convincente nel momento in cui si consideri il particolare coinvolgimento dell'intermediario nella complessiva operazione di offerta al pubblico.

Ricorrendo detta ipotesi, infatti, l'intermediario finanziario partecipa in maniera assai più attiva a tutte le fasi dell'operazione d'investimento: dall'attività di preliminare definizione dell'offerta, anche assistendo la *start up* emittente, alla verifica e pubblicazione delle informazioni sul portale *on line*, allo svolgimento di un'attività a carattere promozionale (a cui evidentemente si affiancherà anche un'attività pubblicitaria) per arrivare sino alla raccolta e perfezionamento degli ordini di sottoscrizione dei terzi investitori "sollecitati"³⁶. Ebbene, in simile fattispecie, l'alternativa circa l'identificazione e classificazione dell'attività svolta dall'intermediario finanziario è tra una riconduzione della stessa nell'ambito del servizio di "semplice" esecuzione di ordini, ex art. 1, comma 5, lett. b), TUF, nella specie si tratterebbe di *execution only*, ex art. 45, comma 6, Reg. Interm. o, nel diverso e più ampio – in particolare sotto il profi-

34 Cfr., R. COSTI-L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, Cedam, Padova, 2004, vol. VIII, p. 244; M. DE MARI-L. SPADA, *Intermediari finanziari*, cit., p. 68 ss.; Comunicazione Consob 18 dicembre 1991, n. SGE/RM/91007447; del 13 giugno 1996, n. DAL/RM/960005724 e del 7 gennaio 2007, n. DAL/RM/970000174.

35 Dando luogo in quest'ultima ipotesi alla c.d. raccolta ordini "a catena" secondo quanto espressamente riconosciuto dalla Consob nelle comunicazioni 18 gennaio 1993, n. BOR/RM/93000351 e 10 luglio 2007, n. DAL/97006081.

36 Risulta evidente la forte assonanza con la vigente disciplina in materia di operazioni di appello al pubblico risparmio ed in particolare con l'attività di assistenza che banche ed imprese di investimento forniscono alle società emittenti nella predisposizione dell'intera operazione finanziaria.

lo degli obblighi di condotta e di trasparenza – servizio di collocamento, ex art. 1, comma 5, lett. *c-bis*), TUF.

L'adozione della prima opzione interpretativa sarebbe, dal punto di vista dell'intermediario finanziario, quella maggiormente preferibile dato che la stessa comporterebbe per lo stesso una sicura limitazione rispetto ai potenziali rischi operativi, legali, reputazionali. Quest'ultimo, infatti, sarebbe sollevato, in modo più o meno ampio, dal dovere di conoscere il proprio cliente e, di conseguenza, dal dovere di effettuare una valutazione perlomeno in termini di appropriatezza degli ordini di sottoscrizione disposti rispetto alla sua complessiva situazione finanziaria, alla propensione al rischio, agli obiettivi di investimento, all'esperienza in materia di investimenti del risparmiatore. In altri termini, l'intermediario si limiterebbe ad eseguire l'ordine "secco" del cliente – previa sottoscrizione di un contratto "quadro" – senza effettuare valutazioni ulteriori (anche se simile condotta dovrebbe poi essere letta alla luce dei criteri generali di condotta di cui agli artt. 21 e ss. del TUF).

Simile ricostruzione, tuttavia, rischia di non essere del tutto convincente sia da un punto di vista strutturale, poiché l'intermediario non ricerca per conto della *start up* emittente una controparte con cui eseguire l'ordine di acquisto o di vendita ricevuto, agendo come *broker* dell'emittente medesima, sia per la difficile coerenza rispetto alle finalità sottese alla nuova disciplina dirette, come più volte sottolineato, ad offrire particolare protezione all'investitore, tenuto conto della particolare aleatorietà dell'investimento nel capitale di *start up* innovative. D'altro canto, se il legislatore e l'Autorità di vigilanza avessero voluto qualificare, in questi termini, l'attività dell'intermediario – proprio in quanto già prevista e regolata – non avrebbe dovuto fare altro che dichiararlo in modo esplicito. Inoltre, se effettivamente l'attività dell'intermediario può essere qualificata come di "mera esecuzione" degli ordini, allora non avrebbe più molto significato la previsione di cui all'art. 17, comma 3 del Regolamento per cui le banche e le imprese di investimento che ricevono gli ordini devono operare nel rispetto delle regole di condotta prescritte dal TUF, così come successivamente ribadito con la Comunicazione n. 0066128/2013.

La necessità di individuare una soluzione interpretativa che tenga in debito conto queste esigenze di protezione dell'investitore e, nel contempo, assicuri il rispetto della disciplina generale in materia di servizi investimento consente, pertanto, di poter ricondurre l'attività dell'intermediario finanziario che sia, nel contempo, gestore del portale e perfezionatore degli ordini dei terzi investitori all'interno del servizio di collocamento, ex art. 1, comma 5, lett. *c*) e *c-bis*), TUF³⁷. A sostegno di tale conclusione ricorrono molteplici considerazioni. In primo luogo, sul piano sistematico, una conferma può essere individuata nella collocazione all'interno della disciplina sulla operazioni di appello al pubblico dell'art. 100 *ter* TUF, mediante la quale – pur riconoscendosi espressamente detta natura a tali operazioni – queste vengono espressamente esentate dall'obbligo della predisposizione di un prospetto informativo³⁸.

37 Cfr. C. COMPORTI, *La sollecitazione all'investimento*, in *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, a cura di A. PATRONI GRIFFI-M. SANDULLI-V. SANTORO, Giappichelli, Torino, 1999, p. 551 ss.; R. COSTI-L. ENRIQUES, *Il mercato*, cit., p. 242 ss.; F. ANNUNZIATA, *La disciplina*, cit., p. 173 ss.; F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011, p. 70 ss.

38 Peraltro, deve evidenziarsi come anche nella regolamentazione in commento il gestore del portale è tenuto alla redazione di un documento riepilogativo dell'offerta complessivamente

In secondo luogo, non deve sottovalutarsi che nelle operazioni di *equity based crowdfunding*, come innanzi precisato, l'intermediario finanziario verrebbe preliminarmente a concludere un accordo con la società emittente funzionale a regolare le retrocessioni economiche spettanti all'intermediario, le modalità di esecuzione dell'offerta al pubblico tramite il portale, nonché definendo nel dettaglio le attività di carattere "promozionale" che verranno effettuate tramite il portale *on line*. Infine, che l'offerta di prodotti finanziari tramite il portale *on line* risulti coerente con l'opzione interpretativa proposta trova conferma – sotto lo specifico aspetto delle modalità operative con cui viene realizzata – negli stessi orientamenti della Consob³⁹, secondo la quale «*il servizio di collocamento consiste nell'offerta in vendita o sottoscrizione, a condizioni predefinite, di un determinato quantitativo di prodotti finanziari, ad una cerchia di possibili investitori, sulla base di un accordo preventivo che intercorre tra l'intermediario collocatore e il soggetto che emette o vende i prodotti finanziari*».

Infatti, l'offerta viene promossa tramite un portali *web*, quindi nei confronti di una platea indefinita ed indefinibile di controparti (il c.d. popolo della rete) a condizioni standardizzate e predefinite specificatamente illustrate nella documentazione d'offerta messa a disposizione sul portale. Secondo l'interpretazione proposta risulta, dunque, chiaro che il ruolo dell'intermediario, al contempo gestore e perfezionatore degli ordini raccolti tramite il portale *on line*, viene ad assumere una connotazione ed un contenuto ben differente, sia sotto il profilo degli obblighi sia sotto il profilo dei rischi di *compliance* a cui lo stesso risulterà esposto. L'intermediario finanziario sarà tenuto, in primo luogo, ad adempiere a tutta una serie di imponenti ed assai pervasivi obblighi di *disclosure* ben superiori a quanto prescritto dal Regolamento per i gestori di portali nonché a rispettare ben precisi canoni di condotta in favore dei terzi investitori, non potendosi evidentemente limitare ad effettuare un mero rinvio all'informativa sull'investimento in *start up* innovative pubblicata sul portale *on line*, ex art. 15 del Regolamento, né tantomeno invocando – a propria esimente – l'affidamento da lui riposto nell'affidabilità e veridicità dei dati trasmessi dalla *start up* emittente e resi disponibili per il pubblico mediante l'informativa predisposta per ogni offerta secondo quanto prescritto dall'art. 16, comma 1, lett. a) e dal relativo allegato n. 3 al Regolamento.

Al contrario, come ben hanno dimostrato i passati scandali, in simili circostanze l'intermediario sarà gravato di una responsabilità – discendente dalla propria insita qualifica di intermediario "professionale" – certamente in grado, in potenza, di incidere in modo significativo sulle future scelte degli investitori terzi potenzialmente interessati. L'intermediario ha il dovere di ben conoscere i prodotti che colloca (pur non avendo concorso alla definizione – anche solo in parte – della documentazione di offerta posta a corredo) così come deve ben conoscere e valutare la situazione complessiva del cliente, ivi inclusi i suoi obiettivi di investimento e di propensione al rischio tollerato. In questi esatti termini, deve essere intesa la Comunicazione 1° agosto 2013, n. 0066128 con la quale l'Autorità ha chiarito che gli intermediari devono rivolgere massima attenzione alla prestazione di un'efficace informazione in favore degli investitori

intesa, redatto in conformità con quanto prescritto dall'Allegato n. 3 del citato Regolamento, il quale replica al proprio interno – seppur in una scala ridotta e maggiormente semplificata – la struttura di un vero e proprio *prospetto informativo*, ex art. 94 e ss. TUF.

³⁹ Cfr., Comunicazione Consob 9 luglio 1997, n. DIN/9700642; Comunicazione 20 maggio 2003, n. DEM/3033091.

sulle caratteristiche complessive dell'operazione proposta, evidentemente non limitandosi ad un formale rinvio alle informazioni rese disponibili da parte del gestore sul proprio portale ex artt. 14, 15 e 16 del Regolamento.

Nell'ipotesi operativa prospettata, risulta chiaro che l'intermediario – proprio perché al contempo gestore e perfezionatore degli ordini – risulterà gravato in entrambi i casi da significativi obblighi di *disclosure* in favore dei terzi investitori. Esso infatti dovrà, come gestore del portale, predisporre l'informativa da pubblicare sul portale e successivamente, in qualità di intermediario perfezionatore degli ordini, dovrà rendere edotto l'investitore su tutte le caratteristiche dell'investimento proposto.

Risulta altrettanto evidente che – in una simile circostanza – se, per un verso, i rischi a cui l'intermediario risulterà esposto sono quelli “classici” connessi con la prestazione dei servizi di investimento; dall'altro lato la probabilità che tali rischi arrivino a concretizzarsi in richieste di risarcimento danni da parte degli investitori danneggiati (in caso di *default* della *start up* emittente) risulterà essere molto elevata. L'investitore, infatti, anche sulla base di una semplice valutazione di opportunità e convenienza, ove volesse promuovere un'azione risarcitoria a seguito della perdita dell'investimento in azioni/quote partecipative di *start up*, certamente preferirà agire contro la banca/impresa di investimento “perfezionatrice” dell'ordine oppure contro il gestore del portale piuttosto che nei confronti degli amministratori della *start up* medesima. Non fosse altro che per la maggiore solvibilità dell'intermediario rispetto ad altri soggetti.

4. La prestazione del servizio di consulenza in materia di investimenti

Indipendentemente dall'opzione interpretativa tra quelle proposte a cui si ritenga di aderire, deve sottolinearsi come la prestazione di servizi di investimenti connessa ad operazioni *equity based crowdfunding* deve – in via principale – tenere in debita considerazione la particolare natura dei prodotti finanziari oggetto dell'offerta al pubblico.

Come già accennato in precedenza, le operazioni in esame interessano azioni e/o quote partecipative al capitale di società (le *start up* innovative) verosimilmente di nuova costituzione e, quindi dotate, di una patrimonializzazione iniziale molto fragile e le cui prospettive di crescita economica sono sostanzialmente legate all'effettiva capacità di essere realmente “innovative”, ossia di produrre ritrovati tecnologici capaci di affermarsi sul mercato e, quindi, di assicurare dei ritorni economici significativi. Solo e soltanto al realizzarsi di tale evento l'investimento nel capitale di una *start up* acquisirà un valore economico consistente. A tale circostanza deve aggiungersi l'ulteriore considerazione relativa alla mancanza di un mercato organizzato (sia esso regolamentato o meno) presso il quale le partecipazioni al capitale di dette *start up* possono essere scambiate nel continuo né la regolamentazione in oggetto pare lasciare spazi per ritenere ammissibile una successiva evoluzione dei portali *on line* come piattaforme di negoziazione alternative.

Le partecipazioni al capitale di *start up* si connotano per una condizione di illiquidità assoluta che rischia – in concreto – di rendere l'investitore “prigioniero” del proprio investimento a cui, qui il problema, verosimilmente è stato in-

dotto non sulla base di una propria autonoma valutazione, ma perché consigliato/suggerito dalla sua banca o intermediario finanziario di fiducia. La considerazione di tutte questi elementi pone, pertanto, la questione ultima della obbligatorietà o meno per gli intermediari perfezionatori di prestare il servizio di consulenza nei confronti dell'investitore in occasione di simili operazioni. Risulta chiaro che se così fosse, la prestazione della consulenza con la connessa valutazione in termini di adeguatezza dell'investimento in programma (ed il relativo divieto per l'intermediario di eseguire l'operazione in caso di esito negativo del test di adeguatezza⁴⁰ costituirebbe un ulteriore importante elemento del complessivo sistema di tutela (di tipo prevalentemente informativa) predisposto in favore degli investitori.

Sorprendentemente, però, la Consob nulla ha disposto né nel regolamento né con la successiva comunicazione dell'agosto 2013 limitandosi unicamente a raccomandare ai gestori di diritto di «*graduare l'applicazione delle regole di condotta in ragione dei tipi di servizi di investimento effettivamente prestati nei confronti della clientela*». In realtà, è possibile ritenere anche in operazioni del genere gli intermediari siano tenuti ad erogare (ovviamente se abilitati) il servizio di consulenza in materia di investimenti. Significative al riguardo sono le indicazioni operative (benché non propriamente a carattere vincolante) trasmesse agli operatori dalla Consob mediante la Comunicazione 2 marzo 2009, n. 9019104⁴¹ in materia di obblighi di comportamento in caso di collocamento/offerta di prodotti finanziari illiquidi e, più recentemente, gli Orientamenti in materia di valutazione di adeguatezza emanati dall'ESMA nel dicembre 2012⁴².

Ad ogni modo se l'obiettivo fondamentale è di assicurare un'adeguata informativa funzionale all'assunzione di ponderate e consapevoli scelte di investimento che, come nel caso di specie, risultano indubbiamente connotate da un profilo di rischio particolarmente elevato, soprattutto nell'ipotesi di offerta al pubblico di quote partecipative al capitale di *start up* innovative a responsabilità limitata, la prestazione del servizio di consulenza in associazione con gli altri servizi volta per volta applicabili dovrebbe assicurare una migliore tutela dell'investitore nonché permettere al medesimo intermediario di governare i rischi insiti in simili iniziative esattamente alla pari degli ulteriori rischi a cui è esposto nell'ordinaria e tradizionale attività finanziaria. Rimane, tuttavia, immutata la questione di fondo: fino a che punto ci si potrà spingere verso una sempre maggiore responsabilizzazione degli intermediari finanziari e, nel contempo, a partire da quale momento si inizierà a riflettere su di una maggiore responsabilizzazione ed educazione finanziaria degli investitori nelle prospettive di far comprendere loro il rischio insito in operazioni di investimento in strumenti finanziari.

40 Cfr., artt. 39 e 40 del Reg. Intern.

41 La Consob ha, altresì, avviato una pubblica consultazione in tema di "Distribuzione di prodotti complessi ai clienti *retail*" conclusasi lo scorso 21 luglio 2014 nella quale oltre a prospettare il divieto di offerta a clienti *retail* di prodotti finanziari complessi indicati nell'elenco 1 al predetto documento intende "raccomandare" agli intermediari produttori la prestazione di una consulenza "bloccante", ovvero non superabile – in caso di esito negativo – con la prestazione della sola valutazione di appropriatezza.

42 Il documento è disponibile all'indirizzo: www.esma.europa.eu/system/files/2012-387_it.pdf.



COMMENTI

Taxing financial transactions as an alternative to the regulation of financial markets

di **Camilla Buzzacchi**

*Proposal for a
COUNCIL DIRECTIVE
implementing enhanced cooperation in the area
of financial transaction tax
COM(2013) 71
(Extract)*

Chapter I

Subject matter and definitions

Article 1

Subject matter

1. *This Directive implements the enhanced cooperation authorised by Decision 2013/52/EU by laying down provisions for a harmonised financial transaction tax (FTT).*
2. *Participating Member States shall charge FTT in accordance with this Directive.*
(....)

Chapter II

Scope of the common system of FTT

Article 3

Scope

1. *This Directive shall apply to all financial transactions, on the condition that at least one party to the transaction is established in the territory of a participating Member State and that a financial institution established in the territory of a participating Member State is party to the transaction, acting either for its own account or for the account of another person, or is acting in the name of a party to the transaction.*
2. *This Directive, with the exception of paragraphs 3 and 4 of Article 10 and paragraphs 1 to 4 of Article 11, shall not apply to the following entities:*
 - (a) *Central Counter Parties (CCPs) where exercising the function of a CCP;*
 - (b) *Central Securities Depositories (CSDs) and International Central Securities Depositories (ICSDs) where exercising the function of a CSD or ICSD;*
 - (c) *Member States, including public bodies entrusted with the function of managing the public debt, when exercising that function.*
3. *Where an entity is not taxable pursuant to paragraph 2, this shall not preclude the taxability of its counterparty.*
4. *This Directive shall not apply to the following transactions:*
 - (a) *primary market transactions referred to in Article 5(c) of Regulation (EC) No*

- 1287/2006, including the activity of underwriting and subsequent allocation of financial instruments in the framework of their issue;
- (b) transactions with the central banks of Member States;
 - (c) transactions with the European Central Bank;
 - (d) transactions with the European Financial Stability Facility and the European Stability Mechanism, transactions with the European Union related to financial assistance made available under Article 143 of the TFEU and to financial assistance made available under Article 122(2) of the TFEU, as well as transactions with the European Union and the European Atomic Energy Community related to the management of their assets;
 - (e) without prejudice to point (c) and (d), transactions with the European Union, the European Atomic Energy Community, the European Investment Bank and with bodies set up by the European Union or the European Atomic Energy Community to which the Protocol on the privileges and immunities of the European Union applies, within the limits and under the conditions of that Protocol, the headquarter agreements or any other agreements concluded for the implementation of the Protocol;
 - (f) transactions with international organisations or bodies, other than those referred to in points (c), (d) and (e), recognised as such by the public authorities of the host State, within the limits and under the conditions laid down by the international conventions establishing the bodies or by headquarters agreements;
 - (g) transactions carried out as part of restructuring operations referred to in Article 4 of Council Directive 2008/7/EC¹⁷.

Article 4

Establishment

1. For the purposes of this Directive, a financial institution shall be deemed to be established in the territory of a participating Member State where any of the following conditions is fulfilled:

- (a) it has been authorised by the authorities of that Member State to act as such, in respect of transactions covered by that authorisation;
- (b) it is authorised or otherwise entitled to operate, from abroad, as financial institution in regard to the territory of that Member State, in respect of transactions covered by such authorisation or entitlement;
- (c) it has its registered seat within that Member State;
- (d) its permanent address or, if no permanent address can be ascertained, its usual residence is located in that Member State;
- (e) it has a branch within that Member State, in respect of transactions carried out by that branch;
- (f) it is party, acting either for its own account or for the account of another person, or is acting in the name of a party to the transaction, to a financial transaction with another financial institution established in that Member State pursuant to points (a), (b), (c), (d) or (e), or with a party established in the territory of that Member State and which is not a financial institution;
- (g) it is party, acting either for its own account or for the account of another person, or is acting in the name of a party to the transaction, to a financial transaction in a structured product or one of the financial instruments referred to in Section C of Annex I of Directive 2004/39/EC issued within the territory of that Member State, with the exception of instruments referred to in points (4) to (10) of that Section which are not traded on an organised platform.

2. A person which is not a financial institution shall be deemed to be established within a participating Member State where any of the following conditions is fulfilled:

- (a) its registered seat or, in case of a natural person, its permanent address or, if no permanent address can be ascertained, its usual residence is located in that State;

(b) it has a branch in that State, in respect of financial transactions carried out by that branch;

(c) it is party to a financial transaction in a structured product or one of the financial instruments referred to Section C of Annex I to Directive 2004/39/EC issued within the territory of that Member State, with the exception of instruments referred to in points (4) to (10) of that Section which are not traded on an organised platform.

3. Notwithstanding paragraphs 1 and 2, a financial institution or a person which is not a financial institution shall not be deemed to be established within the meaning of those paragraphs, where the person liable for payment of FTT proves that there is no link between the economic substance of the transaction and the territory of any participating Member State.

4. Where more than one of the conditions in the lists set out in paragraphs 1 and 2 respectively is fulfilled, the first condition fulfilled from the start of the list in descending order shall be relevant for determining the participating Member State of establishment.

Chapter III

Chargeability, taxable amount and rates of the common FTT

Article 5

Chargeability of FTT

1. The FTT shall become chargeable for each financial transaction at the moment it occurs.

2. Subsequent cancellation or rectification of a financial transaction shall have no effect on chargeability, except for cases of errors.

Article 6

Taxable amount of the FTT in the case of financial transactions other than those related to derivatives contracts

1. In the case of financial transactions other than those referred to in point 2(c) of Article 2(1) and, in respect of derivative contracts, in points 2(a), 2(b) and 2(d) of Article 2(1), the taxable amount shall be everything which constitutes consideration paid or owed, in return for the transfer, from the counterparty or a third party.

2. Notwithstanding paragraph 1, in the cases referred to in that paragraph the taxable amount shall be the market price determined at the time the FTT becomes chargeable:

(a) where the consideration is lower than the market price;

(b) in the cases referred to in point 2(b) of Article 2(1).

3. For the purposes of paragraph 2, the market price shall be the full amount that would have been paid as consideration for the financial instrument concerned in a transaction at arm's length.

Article 7

Taxable amount in the case of financial transactions related to derivatives contracts

In the case of financial transactions referred to in point 2(c) of Article 2(1) and, in respect of derivative contracts, in points 2(a), 2(b) and 2(d) of Article 2(1), the taxable amount of the FTT shall be the notional amount referred to in the derivatives contract at the time of the financial transaction.

Where more than one notional amount is identified, the highest amount shall be used for the purpose of determining the taxable amount.

Article 8

Common provisions on taxable amount

For the purposes of Articles 6 and 7, where the value relevant for the determination of the taxable amount is expressed, in whole or in part, in a currency other than that of the taxing participating Member State, the applicable exchange rate shall be the latest selling rate recorded, at the time the FTT becomes chargeable, on the most representative exchange market of the participating Member State concerned, or at an exchange rate determined by reference to that market, in accordance with the rules laid down by that Member State.

Article 9

Application, structure and level of rates

1. The participating Member States shall apply the rates of FTT in force at the time when the tax becomes chargeable.

2. The rates shall be fixed by each participating Member State as a percentage of the taxable amount.

Those rates shall not be lower than:

(a) 0.1% in respect of the financial transactions referred to in Article 6;

(b) 0.01% in respect of financial transactions referred to in Article 7.

3. The participating Member States shall apply the same rate to all financial transactions that fall under the same category pursuant to points (a) and (b) of paragraph 2.

SOMMARIO: 1. The Commission's interest in financial taxation. – 2. Financial taxation for correction of competition: similarities with the environmental tax. – 3. What is the recipe for financial market stability: taxation or regulation? – 4. The option to tax: is it a purely political choice?

1. The Commission's interest in financial taxation

In recent years European institutions have shown great conviction in taking the road of financial taxation: although – and we must point this out here – the literature has not reached any unequivocal position on the suitability of this form of taxation¹. The topic is of particular interest as a legal analysis of the intervention of European public institutions in not just economic but also social relations, as it highlights a trend worthy of attention: the European institutions, and in particular the Commission, have a special sensitivity to the objectives of

¹ The suitability is advocated by A. BOTSCH, *Financial transaction taxes in the EU*, in *ETUI Policy Brief*, n. 8, 2012, p. 1 ss., and A. TANASIE-N. MARCU, *The New Perspectives On The Tobin Tax. Could It Provide Any Support For The Euro-Area?*, in *Revista Tinerilor Economisti (The Young Economists Journal)*, n. 18, 2012, p. 182 ss.; whereas a weak conviction is formulated by M. HEINRICH, *Steuer(n) in die richtige Richtung? Betrachtungen zur Finanztransaktionssteuer*, in *Wirtschaftsdienst*, n. 4, 2013, p. 238 ss.

An adverse opinion is expressed by R. UPPAL, *A Short Note on the Tobin Tax: The Costs and Benefits of a Tax on Financial Transactions*, EDHEC-Risk Institute, 2011: following this essay the EDHEC-Risk Institute addressed a letter in 2011 to the Internal Market and Services Commissioner Michel Barnier to recommend the dismissal of the project.

The question is variously commented in the forum *The Financial Transaction Tax – Boon or Bane?*, in *Intereconomics*, n. 2, 2012, p. 76 ss.

“social justice” which can be pursued through regulatory measures and the rescaling of competition and the market. The purpose of this article is therefore to propose the introduction of a framework for taxation of financial transactions, based on essentially social and distributive grounds; it therefore concerns the willingness of the EU to take charge of economic and social imbalances, which today represent inequalities and prevent people from exercising the rights to which they are entitled.

Back in 2010, the first communication from the Commission entitled *Financial Sector Taxation*² set out the reasons for a tax on these particular activities. The first reference document therefore consists of an act of so-called *soft law*, a non-binding but already very significant statement on the position taken by the European institutions in this area; despite the absence of any legal status, it is of particular interest for the approach adopted to “fiscal policy”.

The context is that of the economic and financial crisis within which this new mode of taxation would be an appropriate contribution to achieving a threefold goal. First, it would probably improve the stability of the financial sector, by discouraging certain high-risk activities and at the same time making it a source of tax revenue. Second, the new taxes would affect a sector that has been judged to be largely responsible for the onset and extent of the crisis and its negative effects on public debt across the world. As a result, these taxes could be seen as a contribution which the financial sector, to which some governments have provided massive support during the crisis, makes to the economic systems, as the resources so collected could achieve a fiscal consolidation and create reserve funds. And finally, since the majority of European financial services are exempt from value added tax, it appears to the Commission that the demand for a more substantial contribution from the financial sector to public finances is also an equitable option for distributive justice.

The communication identifies two urgent political challenges that are pressing today not only at EU but also at the international level and which require substantial budgetary resources; such resources, according to the Union, should be collected through new tax instruments. Here then is the close connection between two objectives – protection of the climate and development – and unprecedented fiscal measures whose adoption requires a coordinated approach to ensure that different national taxes, calculated on different bases, do not encourage tax arbitrage and produce distortions in their allocation between financial markets in Europe. The most recent trend is unfortunately in this direction; France and Italy introduced forms of financial taxation in 2013, leading six German banking associations at the end of the year to submit formal complaints to the European Commission on the grounds of breach of the freedom of movement of capital.

With this communication, the Commission proceeded to identify these fiscal measures, advancing a twofold proposal: a Financial Transaction Tax (FTT) which will be based on the value of individual transactions, applicable to a wide range of financial instruments from shares to bonds and from currencies to derivatives; and a Financial Activities Tax (FAT), designed to impact profits and overall compensation. While the former would apply to every single player in the market on the basis of their financial transactions, the second would apply to companies: the communication estimates the amount of revenue that

2 Com(2010) 549.

could be produced if both forms are carried out³, but more attention is given to the idea of a tax on financial activities.

It is interesting to observe how an argument already known in the field of environmental taxation is being used for these instruments: the FTT in particular would be suitable for implementing the principle of “the polluter pays”. This mechanism could be used to internalise the potentially negative external effects of financial sector activities. In fact, a broadly applied FTT could help to reduce undesirable speculative trading and transactions on financial markets. Indeed, social scientists and public finance economists now agree that in principle a tax – at the Community as well as national level – on financial transactions could play a very positive role in terms of better regulation and rationalisation of financial markets and, above all, the objective of putting the brake on the excessive financial speculation that has been seen in recent years⁴. However, the document recognises that it is not certain that such a measure would result in an increase in efficiency, and in particular it acknowledges that there is a risk that such a taxation could cause a displacement of trading activity, which would be averted only by a general application of the tax in all financial centres. This may in fact be the reason why this measure has not received the full support of the Commission: it does however give it a unique role, namely to remedy the phenomenon of “financial pollution”⁵, as if such a tax was a new kind of financial *carbon tax* at EU level; which, moreover, serves the purpose of transferring the tax burden from employment and enterprise to capital and activities with massively negative external effects.

The idea of a levy on financial transactions – a revival of the well-known *Tobin tax*, i.e. the mechanism intended to “throw some sand into the gears of finance”, according to the original formulation⁶, which in any case was to cover only the foreign exchange market and currency transactions⁷ – has been further developed by the Commission, which has advanced two proposals for different directives due to the non-linear process of acceptance by the Member States.

The first was presented in 2011 and concerns a system of common financial transaction taxes⁸, which was intended as an amendment to Directive 2008/7/EC on indirect taxes on the raising of capital. To this end, the proposal

3 A report prepared for the International Regulatory Strategy Group by London Economics in 2013, *The Impact of a Financial Transaction Tax on Corporate and Sovereign Debt*, offers data and estimates at this regard.

4 Cf. F. GALLO, *Mercati finanziari e fiscalità*, in *Rass. trib.*, n. 1, 2013, p. 44.

5 The expression must be credited to F. GALLO, *Mercati finanziari e fiscalità*, cit., p. 50.

6 As regards the origins of the financial taxation based on the model created by James Tobin see K. RAFFER, *The Tobin Tax: Reviving a Discussion*, in *World Development*, n. 3, 1998, p. 529 ss.; and S. CIPOLLINA, *Profilo della de-tax*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, n. 2, 2002, p. 247 ss.

7 R.P. BUCKLEY, *A Financial Transaction Tax: The One Essential Reform*, in *The Financial Transaction Tax – Boon or Bane?*, cit., p. 102, remarks that «forty years ago, the Nobel laureate James Tobin proposed a tax on currency transactions in an effort to improve the workings of the foreign exchange markets». It is clear that a levy on the financial transactions would be «a much more broadly based tax than one just on currency and is thus far more difficult to transact around and avoid. In fact, an FTT was first proposed by Keynes in 1936 when he wrote, “the introduction of a substantial government transfer tax on all transactions might prove the most serviceable reform available, with a view to mitigating the predominance of speculation over enterprise in the US”», J. M. KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, New York, 1936, p. 156.

8 Com(2011) 594.

outlined the essential structure of the tax on financial transactions (FTT), with the objective of taxing gross transactions before any downstream remunerative payments. A wide range of applications was provided in this regard, since the objective was to cover transactions involving all types of financial instruments, including instruments tradable on the capital market, money market instruments, units or shares in collective investment schemes and derivatives contracts. The scope of the tax would not be limited to transactions on organised markets, but also cover other types of OTC transactions; transactions with the European Central Bank and the national central banks, on the other hand, were to be excluded in order to avoid any impact on possibilities for refinancing financial institutions or monetary policies in general.

Despite the favourable opinions expressed in 2012 by the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, numerous reservations were expressed by the Member States; consequently the Council on 22 June and 10 July 2012, in view of the need to establish a common FTT system and the desirability of a harmonised tax on financial transactions, issued a different decision: based on the request of eleven of the Member States (Belgium, Germany, Estonia, Greece, Spain, France, Italy, Austria, Portugal, Slovenia and Slovakia), the Commission presented the Council with a proposal to authorise more cooperation on this matter.

Based on this authorisation the Commission in 2013 proceeded to the second proposal to implement more cooperation in the area of a financial transactions tax⁹, which, although going beyond the previous 2011 proposal, still retains the objectives and respects the essential principles, with some changes. First of all no change is made to the amendment of the 2008 Directive, as this must necessarily remain unchanged for the States not involved in the enhanced cooperation; and secondly, the intention is to enhance the dimension of the prevention of tax evasion primarily through the use of the “principle of establishment”, with the “principle of issue” being used only complementarily and as a subordinate measure. In this way it is believed that attempts at tax evasion, distortions and transfers through other jurisdictions can be prevented, because financial operators will find it less advantageous to transfer assets and domiciles outside the jurisdiction of the ITF, while securities sales will in any case be subject to tax on issue within the ITF jurisdiction.

In this context it may be interesting to add another element that can clarify the expectations that the Commission is encouraging in relation to financial taxation. The system of so-called “Own Resources” of the Union has been under discussion for some years now. The most recent proposal for a Council decision¹⁰ drafted by the Commission dates from 2011 and is aimed at overcoming the current system of raising resources, in respect of the framework of legal instruments now provided by the Lisbon Treaty. Article 311 TFEU in fact gives the Council the power to establish, by regulation, new categories of own resources and to remove existing categories. Now, the Commission has already put forward the idea of abolishing own resources based on VAT; given both the administrative complexity associated with this resource and the current modest collection rates, the approach envisaged is not that of phasing out, but complete abolition as of a specific date. To replace this source of revenue, the 2011 proposal provides for the creation of a new resource that is still

9 Com(2013) 71.

10 Com(2011) 510.

linked to VAT but within the context of harmonized national systems; and above all, to the extent of its relevance here, the proposal provides for investment in taxation of financial transactions, which is expected, as well as benefits in the form of the stabilisation of financial markets, to have much more wide-ranging consequences. The scenario therefore seems quite complex: we see that there are many obvious reasons for the Commission to favour financial taxation, but at the same time we do not see the Member States being equally excited about the proposals¹¹.

As we wait to follow the developments in this new field of taxation designed by and intended for implementation at the national level, we can note that the principal supporters of the tax at Member State level are Germany and France, and the latter in particular has recently introduced it; the United Kingdom is much more hostile¹², being unwilling to constrain the financial transaction sector that is so crucial for its economy. The 2013 Italian law on stability – no. 228/2012 – introduced a tax along the lines of the EU model that imposes a financial transaction tax only on share transfers, equity financial instruments and related derivatives. These measures are still quite limited, but attest to a willingness to comply with the EU guidelines.

If we consider the Italian case, the data about the revenues in 2013 are quite disappointing: a billion euro was expected before the enforcement of the new rules, but only € 159 millions have been actually collected. What's more, the tax produced a significant collapse in the stock markets: the analysts evaluated a reduction of the transactions of 15-20% – in some cases also 25% – corresponding to € 17,5 billions each month.

Also the forecast of the French institutions, who introduced a similar taxation in 2012, were not confirmed: the tax was expected to generate €170 million in additional revenue for 2012 and another €500 million in 2013. But the really problematic question, apart from the revenue, was represented by the strong reduction of the transactions. Such results will require a careful consideration for the future.

2. Financial taxation to correct competition: similarities with the environmental tax

The basic premise of the latest proposal of the Commission, which in 2013 sought to enhance cooperation, is quite unusual when compared with the purposes that have led in the past to the Community harmonisation of indirect

11 J. VELLA, *The Financial Transaction Tax Debate: Some Questionable Claims*, in *The Financial Transaction Tax – Boon or Bane?*, cit., p. 95, points out that «the strength of the opposition of some states to the FTT is well known. The adoption of an FTT by these states is not more realistic than the adoption of other taxes on the financial sector. Indeed, the Commission's statement that its proposal "should pave the way towards a coordinated approach with the most relevant international partners" appears to be no more than an expression of hope, which some might term fanciful».

12 An analysis of the House of Commons, A. SEELY, *The Tobin Tax: recent developments*, 2013, p. 1, supports this hostility: «although this idea received support from some EU States, the Coalition Government has been strongly opposed, on the grounds that such a tax would only be viable if implemented on a global scale, and that the UK's own banking levy, which was introduced in January 2011, meets many of the aims set for an FTT without some of its possible drawbacks».

taxes. The Commission with the proposed directive takes an unusual position in relation to financial market dynamics, identifying those markets among the causal factors of the recent economic and financial crisis and providing a specific intervention for them which is intended to produce a correction, not to say outright compensation. The financial sector is singled out as a major contributor to the economic crisis, the costs of which were borne by governments and European citizens but not by the financial operators themselves. The Commission therefore embodies the opinion, widespread in Europe as well as internationally¹³, that the financial sector should “contribute more fairly given the costs related to management of the crisis and the current insufficient taxation”.

In particular, financial taxation is intended to achieve three objectives: first, it should harmonise legislation on indirect taxation of financial transactions, which is necessary to ensure the proper functioning of the internal market of financial instrument taxation and avoid distortions in the competition between instruments, operators and financial markets throughout the European Union. Secondly, taxation in this manner is expected to ensure a fair and reasonable contribution from financial institutions in order to cover the costs of the recent crisis, as well as to ensure a level playing field with other sectors in fiscal terms; and ultimately the aim is to create appropriate mechanisms that would demotivate transactions that do not contribute to the efficiency of financial markets, in order to avoid future crises.

This set of objectives is considered achievable only through the initiative of the Union; only this “could in fact prevent financial markets from becoming fragmented across the activities and states and at the level of products and operators, by ensuring equal treatment of EU financial institutions and therefore, ultimately, the proper functioning of the internal market. The development of a system of common financial transaction taxes in the Union reduces the risk of market distortion due to the geographical relocation of the activities induced by the tax system”¹⁴.

The peculiarity of the process started – whose ultimate outcome cannot be predicted – lies in the Commission’s emphasis on the responsibilities of the financial sector in the course of the current crisis, and on the need to find adequate responses to opportunistic and speculative behaviour by financial operators, which the market alone has shown itself incapable of effectively curbing. These curbs are considered to take the form of taxation which on the one hand should act as a disincentive to such opportunistic behaviour, while on the other ensuring compensation, by allowing the collection of resources to be deployed to areas that have particularly suffered from the crisis.

¹³ A report presented by the International Monetary Fund in 2010 at the G20 summit, S. CLAESSENS-M. KEEN-C. PAZARBASIOGLU, *Financial Sector Taxation. The IMF’s Report to the G-20 and Background Material* answers to the request of the G20 summit in 2009 to «prepare a report for our next meeting [June 2010] with regard to the range of options countries have adopted or are considering as to how the financial sector could make a fair and substantial contribution toward paying for any burden associated with government interventions to repair the banking system»: the *fair and substantial contribution* expresses the same concern of the Commission that the sector of finance must in some way return to the system of the real economy at least a part of what it received in order to overcome the situation of crisis.

¹⁴ *Proposal for a Council directive implementing enhanced cooperation in the area of financial transaction tax*, Com(2013) 71, cit., p. 2 ss. Such common system is said to ensure tax neutrality through harmonisation with a broad scope, notably to also cover very mobile products such as derivatives, mobile actors and market places, thus also contributing to less double-taxation or double-non-taxation.

The argument that would supposedly apply to such a tax seems to resume and revive the argument for taxation in the environmental sphere, which we will therefore briefly revisit.

Using the same legal foundation created by the Treaties in the field of environmental protection, which it is not necessary to discuss here, the Union has produced a series of soft laws, which have proven to be particularly suitable tools for fiscal objectives. This creation of soft laws has made a significant contribution to the concept of taxation and fulfilment of the tax obligation, which is especially interesting for its likely implications in relation to financial transactions.

With the communication *Environmental Taxes and Charges in the Single Market* in 1997¹⁵, the Commission defined the legal framework applicable to Member States wishing to introduce environmental taxes and charges. The Commission recognises at the outset that these new fiscal instruments can be a means to apply the principle of “the polluter pays” (OECD Recommendation No. 128 of 26 May 1972), including the environmental costs of pricing goods and services: fiscal instruments are viewed as incentives to help direct the choice of producers and consumers to make them more sustainable for the environment.

With respect to the direct link between taxation and the results of environmental protection, taxes and environmental taxes work in such a way that environmental costs are included in the prices of goods and services. The expected result is that consumers and producers can be induced to act more compatibly with ecological requirements; however, this result must be achieved in accordance with market logic, and therefore with a balanced assessment of the level of the price to be determined. The main objective is therefore to influence the choices of consumers and producers, but with an equally important effect in terms of the tax revenues generated as a result, which can be used to finance initiatives to protect the environment.

Particularly interesting is the definition provided by the communication as to what constitutes an “environmental tax”: it is a tax which must have “a tax base that has a clearly negative effect on the environment”. Whether this means emissions, and is therefore targeted at financial benefits that are directly related to the pollution caused or relates to the products, raw materials and incorporated inputs, it is the sum of the measures that can affect the choices between different technological or consumption alternatives, through the alteration of convenience in terms of costs and private benefits. In any case, the aim is to “internalise” the “environmental externalities”. The environment is used for a dual purpose: on the one hand, it represents the purpose of the tax, as the revenue is allocated to its protection; on the other hand, it is the subject of extra-fiscal protection criteria that stem from incentives and disincentives. The taxes acquire an environmental function, in the sense that the environment serves as an extra-fiscal purpose¹⁶, legitimised by the principle of “the polluter pays”. The latter, in a very peculiar manner in terms of the tradition of tax law, represents the general method of allocating the costs of environmental protection: national legislators then proceed to identify the most appropriate

¹⁵ Com(97) 9.

¹⁶ Cf. P. SELICATO, *La tassazione ambientale: nuovi indici di ricchezza, razionalità del prelievo e principi dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. trib. int.*, n. 2-3, 2004, p. 257; see also F. GALLO-F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, in *Rass. trib.*, n. 1, 1999, p. 116 ss.

tools – damages, fines, tax and financial compensation – to effectively apply this principle, in the light of the various socio-economic and legal contexts.

The significant novelty was therefore the incorporation of the environment, or rather its transformation, within the framework of the tax as the basis for calculating the tax levy. The general purpose is to reduce the source of pollution, without excluding the aim of achieving revenue to be allocated to interventions that preferably mend the damages caused by that pollution. Any production or consumption activity that could lead to an external diseconomy could take on the traits of “tax suitability”, meaning that the private individual acquisition of natural resources available in limited quantities could be regarded as a signal of the economic capacity of the acquiring person¹⁷ and therefore liable to tax.

The subsequent document, the 2001 Eurostat *Environmental taxes – a statistical guide* proposed a further definition of the environmental tax, which it qualified as a tax whose tax base is a physical unit (or a proxy of it) of something that has a proven, specific negative impact on the environment. Only the taxable amount is considered relevant for the purpose of qualifying the tax as “environmental”, while the share incentive and purpose remain additional external elements whose impact varies based on Community expectations and opinions. Finally, the Green Paper on market-based instruments for environmental and other connected purposes¹⁸ of 2007 deepened the logic regarding the use of market-based instruments¹⁹. The most common of these are duties, taxes, and systems of tradable shares, whose justification lies in the ability of these instruments to efficiently correct market failures in terms of cost. Market failure means a “situation in which markets are either entirely lacking (e.g. environmental assets having the nature of public goods) or do not sufficiently account for the ‘true’ cost or the social cost of an economic asset”. Public interventions justified in such cases can be administrative or legislative, or intended to provide for the use of market instruments, and have the advantage of using the signals of the latter to remedy their own failures. In particular, these instruments implicitly “recognise the differences between businesses and therefore provide flexibility that can substantially reduce the costs of environmental improvements”²⁰.

There is a recent communication which testifies the firm belief of the Commission as regards the environmental taxation: in 2011 the proposal for a Council directive amending Directive 2003/96/EC restructuring the Community framework for the taxation of energy products and electricity²¹ states that “since the time the ETD (Energy Taxation Directive) was adopted, the underlying policy framework changed radically. In the areas of energy and climate change, concrete and ambitious policy objectives have been defined for the

17 See P. SELICATO, *Imposizione fiscale e principio “chi inquina paga”*, in *Rass. trib.*, n. 4, 2005, p. 1158, as concerns this particular concept of economic capacity.

18 Com(2007) 140.

19 Cf. M. VILLAR EZCURRA, *Sviluppo sostenibile e fiscalità ambientale*, in *Riv. dir. trib. int.*, n. 1, 2010, p. 343 ss.

See also M. CAFAGNO, *La cura dell’ambiente tra mercato ed intervento pubblico. Spunti dal pensiero economico*, in D. DE CAROLIS-E. FERRARI-A. POLICE (eds.), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 191 ss.; M. CLARICH, *La tutela dell’ambiente attraverso il mercato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006.

20 *Libro verde sugli strumenti di mercato*, cit., p. 3.

21 Com(2011) 169.

period until 2020. The climate and energy policy package adopted in 2009 provides a policy framework to implement these objectives in a cost-effective and fair way. *Taxes on energy represent one instrument at the disposal of Member States for the purposes of reaching the objectives set*". The communication offers the case of the impact assessment underpinning the Commission proposal for the climate and energy policy package: that assessment was that the overall welfare and cost-efficiency can be increased if revenue generating instruments, such as taxation, are used to reduce emissions; and it adds that "the impact assessment confirmed the *key advantage of taxation* which, in addition to its influence on behaviour of consumers, generates revenue that can be used to finance accompanying measures and thereby indicated how distributional concerns can be addressed [*italics ours*]"²².

3. What is the recipe for financial market stability: taxation or regulation?

The process of adoption of the European legislative framework on tax on financial transactions or the Financial Transaction Tax (FTT) seems incomplete at the moment, and, since this is the indispensable condition for states to deploy it in a coherent and consistent manner, it is not possible to express an opinion on its progress, which has only just started.

Although the statistics on effect are not currently available yet, and therefore not measurable, we can still speculate about the motivation and the appropriateness of this choice. The line of argument here is however still broader as it goes beyond the analysis of this single proposal. It is necessary to reflect on the broader theme of the many instruments which could lead to financial stability. The instruments of taxation are in fact different from other instruments, which are already well known and used²³, also intended to achieve the objectives of financial stability. This is primarily in reference to the nature of regulatory approaches, which the European institutions have undertaken since the end of the last century – with the banking directives, then collected and codified in 2000 by Directive 2000/12/EC; and later supplemented by subsequent acts on financial supervision – always remaining the preferred route to achieve financial market conditions that guarantee the freedom of movement of services and establishment, and prevent actions of operators which lead to mistrust and instability. It is clear that this question cannot be answered in a definitive manner: it is only possible to allude to problematic aspects, such as stressing that until now efforts have been made only for the preparation of a framework of regulation and supervision, and highlighting how, in recent years, a profoundly different vision has surfaced, a vision that somehow advocates operating hand in hand with the regulatory setting.

With this in mind, it is necessary to reflect on the functionality and convenience of the alternative route – that of taxation as a mechanism for the recovery of stability – which is designed to produce effects and consequences that

²² Ivi, p. 5.

²³ See the considerations expressed before the economic and financial crisis by I. MECATTI, *Il futuro dei financial services in Europa: verso un European Single Regulator?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4, 2004, p. 1955 ss.

must be weighed when trying to maintain competition in financial markets.

Before proceeding with such an evaluation it is necessary to observe that taxation could be considered also a form of regulation, and not a proper alternative route. This is particularly true if we discuss just about environmental taxes. The literature agrees that “regulating by means of economic incentives might be thought to offer an escape from highly restrictive, rule bound, C & C regimes”²⁴. The reason is that “a mischief causer, say a polluter, can be induced to behave in accordance with the public interest by the state or a regulator imposing negative or positive taxes or deploying grants and subsidies from the public purse”²⁵.

At the moment ancient and innovative tools of public regulation coexist²⁶: to the old ones, represented by mechanisms of *command and control*, others have added, and the latter are mainly market instruments and incentives. These unusual means – if compared with the traditional method of regulation – are considered apt to play, in turn, a regulatory role.

As regards market instruments, they have been built on the ground of incentives as the result of the opinion, expressed by various economists, that the mechanisms of *command and control* were weak and insufficient, and the public authorities should stimulate methods based on the market²⁷. Besides these instruments, the innovation was the adoption of forms of taxation which seemed capable to achieve the same goals, or even better goals, which the regulatory way can assure: they allow the single agent or subject to evaluate the opportunity or not of exercising the activity which is destined to be taxed. This represents, according to a number of scholars, an element of superiority of the method of taxation as compared to the imposition of bans²⁸.

Actually, the conclusions of the main literature are now quite sceptic about the effects of taxation as a form of regulation: “the advantages of incentive regimes can, however, be exaggerated and a number of cautionary points should be borne in mind”: one of them is the complexity of the systems of rules in the field of taxation²⁹. But the disadvantages have shown to be not few, so it is not so easy to judge the trade-off between regulation and taxation in the perspective of the protection of the environment.

We can move the analysis from the academic contribution to the European acts. In 2011 a significant communication entitled *Roadmap to a Resource Ef-*

24 R. BALDWIN-M. CAVE, *Understanding regulation. Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 41. The Authors quote the following scientific works: A. OGUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1994, ch. 11; T. DAINITH, *The Techniques of Government*, in J. JOWELL-D. OLIVER (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1994; S. BREYER-R. STEWART, *The Discontents of Legalism: Interest Group Relations in Administrative Regulation*, in *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 685; R.B. STEWART, *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004.

25 R. BALDWIN-M. CAVE, *Understanding regulation*, cit., p. 41.

26 M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e regolazione*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 89 ss.

27 M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 400. The Author refers to further literature: S. AMOROSINO, *Ambiente e privatizzazione delle funzioni amministrative*, in S. GRASSI-M. CECCHETTI-A. ANDRONIO (eds.), *Ambiente e diritto*, Olschki, Firenze, 1999 p. 349 ss.; F. DE LEONARDIS, *La disciplina dell'ambiente tra Unione europea e WTO*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 513 ss.; T. TIETENBERG, *Economia dell'ambiente*, McGraw-Hill, Milano, 2006, p. 55 ss.

28 T. VENTRE, *I principi fondamentali e le dinamiche della tassazione ambientale nel sistema giuridico multilivello*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 47 ss.

29 R. BALDWIN-M. CAVE, *Understanding regulation*, cit., p. 42.

*efficient Europe*³⁰ certified the attitude of the Commission as concerns environmental taxes and market instruments in general. Facing the problem of a scarcely efficient use of the resources and fearing for their disappearance the Commission recognized that “market based instruments have a strong role to play in correcting market failures – for example by introducing environmental taxes, charges, tradable permit schemes, fiscal incentives for more environmentally-friendly consumption or other instruments. New policies should help to align the prices of resources that are not appropriately valued on the market, such as water, clean air, ecosystems, biodiversity, and marine resources. These may need to be part of a broader approach involving regulation for example where resources are common goods”. In this document markets instruments and taxes are viewed as something belonging to the field of regulation, which is still considered the correct approach in order to maintain an economy sustainable and based on competition.

If we now come back to the sector of the financial markets, it is possible to observe that the model of the *self-regulation* has been considered the best solution at the end of the last century: but the eruption of the financial scandals has lead to a renewed claim to forms of regulation capable to ensure transparency, correctness and stability³¹.

The assessment about the alternative regulation/taxation – if this can be really considered an alternative – must necessarily rely on the analysis of economists³² and therefore, without going into details of calculations and estimates, it is necessary to proceed on the basis of such studies to be able to comment on the merits of the new form of taxation.

Various initiatives have been taken on regulating the financial sector: the European legal order initially sought the liberalisation of the market for such services based on a stronger synchronization approach, but later moved to a less restrictive philosophy based on minimum synchronization, mutual recognition and *home country control*³³. In 1999, the *Financial Service Action Plan* came into existence, which, among other objectives, attempted to determine European financial standards for prudential supervision, geared to the reduction of risk³⁴; this was followed by the adoption by the European Council in Stockholm in 2001 of the *Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of the European Securities Market* in order to achieve a harmonised regulatory framework for the financial markets. Known as the Lamfa-

30 Com(2011) 571.

31 M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e regolazione*, cit., p. 88; D. HELD-A. MC GREW, *Globalismo e antiglobalismo*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 134.

32 Various scholars dealt with James Tobin's proposal: see J.E. STIGLITZ, *Using tax policy to curb speculative short-term trading*, in *Journal of Financial Services Research*, n. 3, 1989, p. 101 ss.; L. SUMMERS-V.P. SUMMERS, *When financial markets work too well: a cautious case for a securities transaction tax*, in *Journal of Financial Services Research*, n. 3, 1989, p. 261 ss.; W.G. SCHWERT-P.J. SEGUIN, *Securities transaction taxes: an overview of costs, benefits, and unresolved questions*, in *Financial Analysts Journal*, 1993, p. 27 ss.; J. DOW-R. RAHI, *Should speculators be taxed?*, in *Journal of Business*, n. 1, 2000, p. 89 ss.; C.M. JONES-P.J. SEGUIN, *Transaction costs and price volatility: evidence from commission deregulation*, in *The American Economic Review*, n. 4, 1997, p. 728 ss.; A. SUBRAHMANYAM, *Transaction taxes and financial market equilibrium*, in *Journal of Business*, n. 1, 1998, p. 81 ss.

33 I. MECATTI, *Il futuro dei financial services in Europa*, cit., p. 1955. A wide literature is recalled.

34 Cf. K. ALEXANDER, *Establishing a new European securities regulator: is the European Union an optimal economic area for securities regulation?*, CERF Working Paper n.7, Cambridge, 2002.

lussy Report, the *Final Report* highlighted the malfunction and the gaps in the regulation of European securities markets, and indicated the solution as reforming the existing legislation. The goal was to simplify and shorten the procedures for the adoption of Community rules in this area, although it was soon found that proper European standardisation could be insufficient in ensuring the stability of financial markets, if the implementation at the state level remained weak. One of the causes of the malfunctioning of the harmonised rules was largely attributed to the fragmentation of supervisory powers provided for in the national contexts.

On the other hand, especially with the eruption of the crisis, it has become clear and undeniable that surveillance limited to individual national markets had become unsatisfactory and that the problem had to be faced from a European perspective, possibly with the establishment of a specific authority presiding over that authority: this goal, however, is difficult to achieve given the lack of specific skills in this regard on the part of the Union.

The last set of steps was triggered by the creation in 2008 – and therefore already during the state of crisis – of a group of experts headed by the Governor of the Bank of France, de Larosière, with a remit to pinpoint the instruments to strengthen European cooperation in the surveillance of financial stability risks of macro-prudential type. The findings of the work of the group, which reaffirmed the principle that “good regulation is a necessary condition for the preservation of stability”, were in particular, once again, the lack of supervisory functions and the recommendation to keep supervisory mechanisms as well as macro-and micro-prudential mechanisms strictly connected; its analysis stated that “the present crisis results from the complex interaction of market failures, global financial and monetary imbalances, inappropriate regulation, weak supervision and poor macro-prudential oversight. It would therefore be simplistic to believe that these problems can be ‘resolved’ just by more regulation. Nevertheless, it remains the case that good regulation is a necessary condition for the preservation of financial stability”³⁵. But above all, the *de Larosière Report* led in 2009 to the establishment of the European Systemic Risk Board (ESRB), a body responsible for macro-economic and macro-prudential surveillance, with no legally binding powers but able to provide evaluations of high quality, especially on risk situations³⁶. Opinions on the operation of this system are not totally favourable today, but we need not go into that here. The scenario to date is that currently the stability of financial markets has been entrusted to the European System of Financial Supervisors (ESFS), which is designed as a decentralised system with tiered micro-prudential and macro-prudential authorities. However, the situation is still likely to change, given that in the meantime a banking union has been created,

35 http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf, p. 13.

36 The *Report de Larosière* and the legal transposition which followed are analyzed by I. BEGG, *Regulation and Supervision of Financial Intermediaries in the EU: The Aftermath of the Financial Crisis*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 5, 2009, p. 1107 ss.; R. BEETSMA-S. EIJJFINGER, *The restructuring of financial supervision in the EU*, in *European View*, 2009, p. 3 ss.; R. MASERA, *La crisi globale: finanza, regolazione e vigilanza alla luce del rapporto de Larosière*, in *Riv. trim. dir. ec.*, n. 3, 2009, p. 147 ss.; G. GODANO, *Le nuove proposte di riforma della vigilanza finanziaria europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 1, 2010, p. 75 ss.; F. CIRAULO, *Il processo di integrazione del mercato unico dei servizi finanziari, dal metodo Lamfalussy alla riforma della vigilanza finanziaria europea*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2, 2011, p. 415 ss.; E. GALANTI, *L'acquisizione di partecipazioni in intermediari finanziari fra regole comunitarie uniformi e discrezionalità delle autorità di controllo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 2, 2012, p. 194 ss.

which will necessarily require a revision of the ESFS as early as this year.

The point now is simply to give prominence to a change of setting at the European level: after having invested in improving and strengthening the regulatory approach, the trend seems to be moving dramatically, because the expectations in terms of financial stability appear to be changing into a tool of a very different nature, as a mechanism of taxation could well be.

One can surmise that the modest results obtained with regulatory interventions have led the European institutions to act on a totally different front: they have probably perceived the persistent scepticism about regulatory ambitions, since it has been observed that the legal regulation of the market in question is largely influenced by a mechanism of mutual interdependence, which is obviously not limited to the European financial centres, but extends globally. The result is that “beyond any utopian vision of global governance of financial economics” that very fact is “the greatest obstacle to any attempt to establish in this sector, even if only in limited geographic areas, a comprehensive and consistent legal framework”. The difficulty lies in identifying clearly the optimal manner and extent of this regulation and legislation on controls and sanctions, because it has to be determined how many and what rules would be needed for the operation of financial markets, but also “it must be understood who is responsible for dictating the rules and who is then able to really enforce them”³⁷.

In addition, there is no doubt that inside and outside the European Union, there is sort of a competition between jurisdictions, to the point that there is even talk of a kind of “market in rules” that each operator uses to its advantage by choosing, at any given time, the country believed to be best for it to carry out its business. This has made it impossible to avoid the risk that competition between jurisdictions awards the system with less protection for investors or consumers, therefore “triggering a race to the bottom: that is, the rules which ensure more rights to all do not have the upper hand, but rather those that agree to the best interest of the subjects with greatest economic power (and sometimes also in a position to impose such power to the legislators themselves)”³⁸.

If, therefore, the need for a surveillance system both at the EU and at the national level is now widely recognised, the challenge of a mechanism consistent with a quasi-federal structure, which at the same time is based on specific European powers and safeguards the peculiarities of national markets, is time consuming and difficult, and it proves that, in the end, the crisis produces effects far wider than economic difficulties, decisively influencing the integration model of the Union³⁹.

On the other hand the solution represented by a levy on financial transactions does not prove less of a problem in order to ensure more stable conditions. For a complex set of reasons, economists opposed this method of taxation in the years preceding the crisis. First of all, the Arrow-Debreu model⁴⁰ on

³⁷ R. RORDORF, *La dimensione europea dei mercati finanziari*, in *Federalismi*, n. 13, 2012, p. 2 ss.

³⁸ *Ivi*, p. 5. Critical opinions about the European regulatory approach are expressed also by M. LAMANDINI, *Towards a New Architecture for European Banking Supervision*, in *European Company Law*, n. 1, 2009, p. 6 ss.

³⁹ See the comment of I. BEGG, *Regulation and Supervision of Financial Intermediaries in the EU*, cit.

⁴⁰ K.J. ARROW-G. DEBREU, *Existence of an equilibrium for a competitive economy*, in *Econometrica*, n. 3, 1954, p. 265 ss.

the equilibrium of a competitive economy has long established the view that innovation in the financial sector would make the relative markets more complete, would promote better *management* and would favour the distribution of risk. Moreover, it was long believed that financial markets in which large volumes were exchanged with high frequency were particularly capable of providing liquidity and therefore tended to create efficient prices: such was the position taken by the European Central Bank (ECB), *Opinion of the European Central Bank of 4 November 2004 at the request of the Belgian Ministry of Finance on a draft law introducing a tax on exchange operations Involving foreign exchange, banknotes and currency*⁴¹.

Secondly, the opponents of the FTT have denied the empirical basis of the claim that exaggerated exchange activities was the cause of significant price fluctuations and their deviations from fundamental values; and actually proving that excessive transactions were the cause of inefficient pricing is rather difficult, since the establishment of the “right” price⁴² does not respond to existing and predictable models. Although traditional economic theory argues that the “price mechanism works to bring together willing buyers and willing sellers to complete an exchange which is mutually beneficial, while at the same time achieving an optimum allocation of scarce resources in a society”⁴³ so that “a transaction, as described, between two willing participants each acting for her own benefit is voluntary, and therefore just”, today it is undeniable that “few economists would argue that such a ‘perfect’ transaction exemplifies the modern market system. There are, most agree, market failures, and these failures include transactions that are characterised by externalities (effects of an activity are felt by parties not participating in the exchange), and by information asymmetries (parties to the transaction have dissimilar knowledge of the transaction or of its effects). When either of these two characteristics are present, social costs may result, the transaction is no longer entirely voluntary, and it may result in injustice”⁴⁴. It is therefore now clear that the doctrine of price formation is the result of many complex factors⁴⁵, which are not always predictable and not reducible to topics related to the poorly controlled expansion of financial markets and transactions.

Referring again to the predominant doctrine, all arguments against this mode of taxation derived from an estimated growth of tax evasion⁴⁶; there was

41 Com/2004/34.

42 S. SCHULMEISTER, *Implementation of a General Financial Transactions Tax*, WIFO Monographs, Wien, 2011.

43 Cf. R.A. PHILLIPS, *Stakeholder Theory and a Principle of Fairness*, in *Business Ethics Quarterly*, n. 1, 1997, p. 51 ss.; R.G. LIPSEY, *Globalization and National Government Policies: An Economist's View*, in J.H. DUNNING (ed.), *Governments, Globalization, And International Business*, Oxford University Press, New York, 1999, p. 73 ss.

44 S. L. CHRISTENSEN-B. GRINDER, *Justice and Financial Market Allocation of the Social Costs of Business*, in *Journal of Business Ethics*, 2001, p. 106.

45 See the study of M. CIPRIANI-A. GUARINO, *Transaction costs and informational cascades in financial markets*, in *Journal of Economic Behavior & Organization*, 2008, p. 581 ss., regarding the impact of transaction costs (as in the case of Tobin's financial tax) on the choices of the investors.

46 P. M. GARBER, *Issues of enforcement and evasion in a tax on foreign exchange transactions*, p. 129 ss., and P.B. KENEN, *The feasibility of taxing foreign exchange transactions*, p. 109 ss., in M. UL HAQ-I. KAUL-I. GRUNBERG (eds.), *The Tobin Tax, Coping with Financial Volatility*, Oxford University Press, New York, 1996; J.G. STOTSKY, *Why a two-tier Tobin Tax won't work*, in *Finance and Development*, n. 2, 1996, p. 28 ss.

also a fear that so-called *tax competition* would be triggered, which would not have helped the creation of the internal market: as has been noted, “it is not surprising in this context to observe a general opposition to proposals such as those of the European Commission for a uniform minimum withholding tax. In the face of exemptions on domestic capital income for a large share of investments, far from helping to complete the Internal Market, a uniform withholding tax would result in further discrimination between countries and reverse tax competition if not appropriately levied. Harmonisation would occur for the benefit of ‘domestic’ investments but with vast misallocations of capital”⁴⁷. Finally, there was scepticism regarding the possibility of curbing speculation in trade in foreign currency, while a negative impact on the flow of trade was feared⁴⁸.

The most recent doctrine holds different beliefs, because, while there are still those who question the suitability of the tax⁴⁹ on the grounds that the volatility of the markets would not be redimensioned⁵⁰ but rather the volume of trade would decrease, on the other hand, a different view has developed, first of all stimulated by the crisis but also by the Commission’s proposal, which deemed that the impossibility of such proof could not justify opposition to the FTT. Unfortunately the forecast of the reduction of the volume of trade has been already confirmed by the trends of the financial transactions in France and Italy in the last two years. But the events that characterized the financial markets before and during the crisis urge a reflection which goes further.

Before 2008 the markets were repeatedly invaded by new products which, in retrospect, proved to be not so much instruments of completion as instruments that channelled funds towards ill-defined assets and actions whose risk level was difficult to assess. The “bubbles” which appeared from 2007 onwards have not been more than long-term deviations of the actual price compared to the “right price”, which refute “the paradigm of efficient price formation in highly liquid financial markets”⁵¹. Therefore the question raised here is far from solved: the regulatory instruments have not produced the results expected, and the new route which is now being conceived is based on the attempt to apply in the financial markets what has been experimented in the sector of environment. The new question concerns the possibility of transferring that logic to completely different markets: and in particular the challenge is to verify the performance of the solutions created for the environmental pollu-

47 J.S. ALWORTH, *Taxation and Integrated Financial Markets: The Challenges of Derivatives and Other Financial Innovations*, in *International Tax and Public Finance*, n. 5, p. 528.

48 P. DAVIDSON, *Are Grains of Sand in the Wheels of International Finance Sufficient to Do the Job When Boulders are Often Required?*, in *The Economic Journal*, n. 442, 1997, p. 671 ss.

49 The following literature supports this position: J. HUBER-D. KLEINLERCHER-M. KIRCHLER, *The impact of a financial transaction tax on stylized facts of price returns-Evidence from the lab*, in *Journal of Economic Dynamics & Control*, n. 8, 2012, p. 1248 ss.; K. MANNARO-M. MARCHESI-A. SETZU, *Using an artificial financial market for assessing the impact of Tobin-like transaction taxes*, in *Journal of Economic Behavior & Organization*, n. 2, 2008, p. 445 ss.; J. LENDVAI-R. RACIBORSKI-L. VOGEL, *Macroeconomic effects of an equity transaction tax in a general-equilibrium model*, in *Journal of Economic Dynamics & Control*, n. 2, 2013, p. 466 ss.

50 See the analysis produced by T. MATHESON, *Security transaction taxes: issues and evidence*, in *Int. Tax Public Finance*, 2012, p. 884 ss.

51 Cf. D. SCHÄFER, *Financial Transaction Tax Contributes to More Sustainability in Financial Markets*, in *The Financial Transaction Tax – Boon or Bane?*, cit., p. 77. See also S. SCHULMEISTER, *A General Financial Transactions Tax: Strong Pros, Weak Cons*, in the same Review, p. 89 ss.

tion. The idea that “regulating by means of economic incentives might be thought to offer an escape from highly restrictive, rule bound, C & C regimes” because “a mischief causer, say a polluter, can be induced to behave in accordance with the public interest by the state or a regulator imposing negative or positive taxes or deploying grants and subsidies from the public purse”⁵² is still to be verified.

A large part of the economic analyses continue to deem the regulatory tools the most appropriate means to ensure well-functioning markets, provided they do not generate mechanisms of capital flight towards less regulated and more attractive exchange platforms in terms of expected gains; these tax instruments are regarded by some as distorting interventions, in turn intended to induce the phenomena of emigration of capital to trading venues that do not transact. In this respect, there is a very interesting study, *Implications of a Financial Transaction Tax for the European Regulatory Reform Agenda*, commissioned by the City of London from the independent audit and consulting firm Deloitte Touche Tohmatsu and published in 2014, concentrating in particular on the possible conflicts of a new form of taxation with the regulatory arrangements applied today in global financial markets. It demonstrates what has already been argued about environmental taxes: the choice for taxation instead of regulation is a question which has not found ultimate answers, not only because the advantages and disadvantages of the trade-off are difficult to determine, but also in the sense that the instruments of taxation could be also considered a form of regulation.

In part, however, there is a different tendency, which, starting from a broader evaluation of the complex context of the crisis, sees in taxation policy a desirable option in this area. The final considerations are dedicated to this.

4. The option to tax: is it a purely political choice?

It is now quite clear that the world view that has predominated in the economic and political environment in recent decades has been guided by the principle according to which “the ‘freest’ markets, i.e. the financial markets, cannot produce systematically wrong price signals, the type of signals one would see if trending were the most characteristic property of asset price dynamics”: such a cultural context can only be contrary to any form of taxation on transactions⁵³.

And yet, despite the lack of predisposition on the part of government institutions, financial institutions and traders in this direction, the most recent literature has highlighted the fact that using this method of taxation “Governments have an additional instrument at hand to influence trading activity” since the levy aims to reduce “regulatory arbitrage, flash trades, overactive portfolio management, excessive leverage and speculative transactions of financial institutions – activities that have contributed to the financial crisis”. In a perspective of Business Ethics, “a Tobin-like tax on stock transactions might be just a means of achieving greater justice in the distribution of the social cost burden.

⁵² The quotation of note (24) is here repeated: R. BALDWIN-M. CAVE, *Understanding regulation*, cit., p. 41.

⁵³ Cf. once more S. SCHULMEISTER, *A General Financial Transactions Tax*, cit., p. 89.

We have noted that such a tax, implemented properly, might also be less costly and more effective in internalising the social costs of doing business than regulation”⁵⁴. And in any case, even if, contrary to expectations, the harmful transactions are not contained, at least the FTT will generate “large tax revenues that can contribute to covering the costs of the financial crisis,” although there is awareness that “attempts at tax avoidance are, of course, inevitable, and therefore the effect of the tax should be monitored closely so that the governments can react quickly if tax loopholes and tax-induced geographical relocation plans of financial institutions come to light”⁵⁵. The scale of the problem seems to be a more than sufficient reason to justify such taxation. It has been observed that supporters of FTTs generally wish to use them to achieve one or both of the following goals: raising revenue from the financial sector to help pay for the costs of the recent financial crisis or for global development; and reducing financial market risk and helping to prevent asset price bubbles. The ease of collecting such a tax on exchange-traded instruments is also frequently cited as a reason to adopt it⁵⁶.

This leads to the use of the notion of “stability” that the recent financial crisis has shown to be “a public good” because banks or other market participants cannot be excluded from the advantages of this good, nor competition in these markets cause its depletion. Stability and competition have been recognized as two coordinated values: competition is the rule, which can find a limit in stability⁵⁷. In order to guarantee the second value – stability – competition may meet some limitations: and the case we are examining demonstrates that just temporary limitations could be sufficient.

But above all, stability is an asset which cannot be provided by the financial markets themselves, with interacting individuals pursuing partial interests, but can be ensured only at the institutional level, “trading can thus be viewed as using the public good ‘financial market stability’ with respect to which the FTT is a mean to prevent over-usage and to contribute to the financing of this public good”⁵⁸. This is, after all, the conviction gained within an influential part of economic theory, which held that instability is an inevitable trait of the capitalist

54 S.L. CHRISTENSEN-B. GRINDER, *Justice and Financial Market*, cit., p. 111. See also D. MASCIANDARO-F. PASSARELLI, *Financial systemic risk: Taxation or regulation?*, in *Journal of Banking & Finance*, n. 2, 2013, p. 587 ss., as regards the choice between taxation and regulation.

55 D. SCHÄFER, *Financial Transaction Tax*, cit., p. 77. There is, anyway, awareness that «attempts at tax avoidance are, of course, inevitable, and therefore the effect of the tax should be monitored closely so that governments can react quickly if tax loopholes and tax-induced geographical relocation plans of financial institutions come to light».

R.P. BUCKLEY, *A Financial Transaction Tax*, cit., p. 101, lists the benefits of FTT: it would be «a credible measure to mitigate the entrenched culture of short-termism in markets; is likely to reduce levels of highly speculative trading; will result in a progressive incidence; could reduce opacity and excessive counterparty risk by imposing higher tax rates on OTC transactions and trading in specified complex derivative instruments; would assist policymakers and regulators to monitor market trends; and would enable more effective oversight of market trading and potential risks on a domestic and global basis».

56 A sceptical observer, T. MATHESON, *Security transaction taxes*, cit., p. 884, depicts the expectations of the supporters of FTT.

57 Cf. S. MEZZACAPO, *La concorrenza tra regolazione e mercato. Ordine giuridico e processo economico*, Cacucci Editore, Bari, 2004, p. 275. The Author uses the definition of *stable competition*.

58 D. SCHÄFER, *Financial Transaction Tax*, cit., p. 77 ss.

economic system⁵⁹. If, therefore, financial crises have endogenous origins – the reduction in risk aversion and speculative developments lead to cyclical behaviours – the correction of imbalances is unlikely to come from the markets themselves, dominated by the logic of uncertainty and risk exposure; which leads economic units – households, businesses, investors – to high levels of debt specifically at the stage of euphoria and *boom*, behaviours that then cause credit crunches and then the pathological scale of the crisis, which eventually leads to depression. And since the financial system governs the evolution of the economy, the instability of that particular market is likely to undermine the stability of all the others⁶⁰.

This analysis is also largely applicable to the most recent crisis, which showed the tendency of traders to expose themselves to debt and speculation in the first phase, which was then followed by a phenomenon of insolvency that has destabilised the markets. It thus revealed the inclination of the holders of partial interests to abuse of the public good of stability, and it is this fact that leads inevitably to designing new instruments to regulate the behaviour of financial market participants. It has been observed that “today’s institutional investors are operating in a competitive environment, characterised by continuing financial liberalisation, in which essentially they appeal to individuals as consumers of their products. The situational logic of these investors always pushes them to interpret their functions according to purely market criteria, to give priority to portfolio management rather than to seek to influence the enterprises in which they invest”⁶¹. In this context, “the introduction of an FTT, as proposed by the EU Commission, will increase transaction costs and offers the prospect of slowing down the mutually reinforcing and growing trends of an increasing number of derivative products and shorter holding periods. Therefore it can make an important contribution to stopping the decoupling of financial markets from the real economy”⁶². This means making the transition from a theoretical approach, based on the analysis of the possible reactions of the markets, to an approach of a pragmatic and realistic nature, and therefore fundamentally to a political approach: “politicians might be in a better position to make such a move than mainstream economists”⁶³. “A policy response to

59 C.P. KINDLEBERGER, *Manias, Panics, and Crashes. A History of Financial Crisis*, Basic Books, New York, 1978, and H.P. MINSKY, *Stabilizing an Unstable Economy*, Yale University Press, New Haven, 1986, Italian translation of A. LEVY-G. PADULA (eds.), *Governare la crisi: l'equilibrio di una economia instabile*, Comunità, Milano, 1989, p. 280.

This theoretical approach comes from a sort of reinterpretation of J.M. Keynes' *The General Theory*, and must be ascribed to H.P. MINSKY, *A Theory of Systemic Fragility*, in E.I. ALTMAN-A.W. SAMETZ, *Financial Crises. Institutions and Markets in a Fragile Environment*, John Wiley and Sons, New York, 1977, and *The Financial Instability Hypothesis: A Restatement*, Thames Papers in Political Economy, London, 1978.

60 Cf. H.P. MINSKY, *John Maynard Keynes*, Columbia University Press, New York, 1975, Italian translation *Keynes e l'instabilità del capitalismo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2009, p. 171.

61 J. GRAHL, *Financial integration in the EU: Policy issues and proposals*, in *Critical Perspectives on Accounting*, 2006, p. 265, asserts that «today’s institutional investors are operating in a competitive environment, characterised by continuing financial liberalisation, in which they appeal essentially to individuals as consumers of their products. The situational logic of these investors pushes them always to interpret their functions according to purely market criteria, to give priority to portfolio management rather than to seek to influence the enterprises in which they invest».

62 D. SCHÄFER, *Financial Transaction Tax*, cit., p. 83.

63 S. SCHULMEISTER, *A General Financial Transactions Tax: Strong Pros, Weak Cons*, cit., p. 89.

the new world of globalised capital, but to the political power of the finance industry that has grown so large in the richer nations” is expected⁶⁴.

The problem then appears to be predominantly political choices: against a backdrop of deterioration in the financial markets, the question that the European institutions have set for themselves, and that the more recent doctrine seems to share, is whether the threat to financial stability, which then has an impact on the real economy, requires actions that cannot remain prisoners of the analyses of economists, but must be characterised for the particular features and therefore the values pursued by the political vision that sustains them. There are even those who are totally radical, arguing that “the financial sector competes with the rest of the economy for scarce resources” and therefore “financial booms are not, in general, growth enhancing”⁶⁵; therefore, the growth of financial markets would not be a cause of growth of the real economy, but would produce opposite effects especially if rapid and precipitous⁶⁶.

This is then a political vision inspired by values that can be defined, in the final analysis, as “social justice”, which in the historical transition could be represented by a reduction of the financial markets in order to satisfy the interests of other stakeholders and other economic and social contexts. The interventions that would accompany this mode of taxation could go so far as to have defining influences on markets and therefore on competitive processes, in a much more invasive fashion than the regulatory measures have so far done: the negative trends of the financial markets would be contained through fiscal mechanisms capable of influencing the investment decisions of operators, which would no longer be taken exclusively on the basis of the dynamics of competition or ever more stringent – but actually not very effective – regulatory mechanisms. This would result in creating attainable objectives of social justice – the fight against climate change, dealing with unemployment, the pursuit of a more balanced economic development – to which the European institutions seem finally to be assigning a significant position.

And besides, a thousand economists took a position in this regard in 2011, sending the G20 a letter in which they argued that “the financial crisis has shown us the dangers of unregulated finance, and the link between the financial sector and society has been broken”; and stating that “it is time to fix this link and for the financial sector to give something back to society ... this tax is technically feasible. It is morally right”⁶⁷. Without lengthy digressions into the field of morality, it seems, however, appropriate to conclude that the case of financial taxation seems particularly unique, very different from the method of taxation used so far; it is characterised by a strong motivation at Community level, which has no precedent in the past, and reveals unprecedented sensitiv-

64 R.P. BUCKLEY, *A Financial Transaction Tax: The One Essential Reform*, cit., p. 101.

65 S.G. CECCHETTI-E. KHARROUBI, *Reassessing the impact of finance on growth*, Bank for International Settlements, 2012, p. 14, even maintain that «the financial sector competes with the rest of the economy for scarce resources» and therefore «financial booms are not, in general, growth enhancing»: according to this opinion, the growth of the financial markets would not be the condition for the growth the real economy, but it would rather produce opposite effects mainly if sudden and hasty. J.-L. ARCAND-E. BERKES-U. PANIZZA, *Too Much Finance?*, IMF Working Paper WP/12/161, 2012, sustain the same point of view.

66 M. DEMARY, *Transaction taxes, greed and risk aversion in an agent-based financial market model*, in *Journal of Economic Interaction and Coordination*, 2011, p. 1 ss., is firmly convinced of the better effectiveness of the regulative tools.

67 <http://www.theguardian.com/uk>, 13 April 2011.

ity in the European Union in relation to objectives of a “social” nature that the dynamics of the market have not been able to promote and ensure.

If the FTT will come to fruition, beyond the revenue it will produce – see the estimates of *The Impact of a Financial Transaction Tax on Corporate and Sovereign Debt*, a Report prepared for the International Regulatory Strategy Group by London Economics, 2013 – it will be a signal of the EU’s willingness to apply an atypical “regulation” to very complex and difficult markets and to pursue, through it, the purpose of greater social equity and promotion of interests which are not strictly economic. Although the FTT is “undoubtedly far from representing a panacea for financial market regulation”, it may prove to be “economically beneficial to the economy”: its “social benefits derive from its regulatory effects, as well as the additional revenue channelled into public budgets”⁶⁸.

The social aim of equally distributing sacrifices seems to prevail even over the principle of free trade. The analysis of this system of levying taxes while awaiting approval and the examination of the implementation of environmental taxes mark a new approach to EU tax policies. The concept of “tax neutrality”, which implies that taxes must not produce any distortion in trade or prevent free movement seems to be going through a somewhat innovative stage. The new ideas on taxation enable social purposes to emerge so that the taxation of environmental or financial pollution is no longer considered problematic, as it can lead to a more equitable situation.

68 A. BOTSCH, *Financial transaction*, cit., p. 4.



COMMENTI

Regolazione del mercato idroelettrico e tutela della concorrenza: la sentenza 25 febbraio 2014, n. 28 e un possibile nuovo orientamento della Corte Costituzionale

di **Gianluca Cavalieri**

«Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 37, commi 4, 5, 6 e 7, del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 7 agosto 2012, n. 134), sollevate dalle Province autonome di Bolzano e di Trento con riferimento agli artt. 117 e 118 Cost., agli artt. 8 e 103 dello statuto speciale del Trentino Alto Adige e al d.p.r. 26 marzo 1977, n. 235. Le disposizioni censurate, che disciplinano le procedure di evidenza pubblica con riguardo alla tempistica delle gare ed al contenuto dei bandi, nonché alla onerosità delle concessioni messe a gare nel settore idroelettrico, non ledono le competenze provinciali, bensì rientrano nella materia «tutela della concorrenza» di competenza legislativa esclusiva statale, essendo volte a tutelare e promuovere la concorrenza in modo uniforme su tutto il territorio nazionale. Inoltre, la stessa normativa di attuazione dello statuto speciale per il Trentino Alto Adige, all'art. 1-bis, commi 2 e 16, d.p.r. n. 235/1977, indica le materie di competenza esclusiva statale quale limite alla legislazione provinciale sulle grandi derivazioni di acque pubbliche a scopo idroelettrico e sulle relative concessioni.»

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. La disciplina transitoria delle concessioni di derivazione idroelettrica. – 3. Incertezze e antinomie nella giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di «tutela della concorrenza». – 4. Il caso delle proroghe delle concessioni idroelettriche. – 5. La sentenza n. 28/2014: un nuovo orientamento della Corte? – 6. Dall'uniformità territoriale all'uniformità (anche) «settoriale»: alcune considerazioni conclusive.

1. Il fatto

Con sentenza 25 febbraio 2014, n. 28, la Corte Costituzionale si è pronunciata su una serie di questioni di legittimità costituzionale, promosse dalle Province autonome di Trento e Bolzano con riferimento all'art. 37, commi 4, 5, 6, 7 e 8 del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese), convertito, con modificazioni, in legge 7 agosto 2012, n. 134.

La normativa contestata dalle ricorrenti disciplina in modo articolato le procedure di gara per l'assegnazione delle concessioni di grande derivazione d'acqua a scopo idroelettrico, disponendo che, cinque anni prima dello scadere della concessione, le regioni e le province autonome indicano una gara a evidenza pubblica per l'attribuzione a titolo oneroso della concessione; inoltre, sono previsti una serie di criteri alla luce dei quali effettuare la va-

lutazione comparativa tra le offerte e il periodo di durata della concessione (da venti a trenta anni rapportato all'entità degli investimenti necessari).

Il decreto legge reca altresì alcune prescrizioni puntuali relative al contenuto del bando di gara¹, che, tra l'altro, deve prevedere il trasferimento dal concessionario uscente al nuovo concessionario della titolarità del ramo d'azienda relativo all'esercizio della concessione², a fronte di un corrispettivo predeterminato tra il concessionario uscente e l'amministrazione concedente e indicato nel bando di gara³.

È inoltre previsto che i valori massimi dei canoni delle concessioni a uso idroelettrico siano stabiliti con decreto del Ministro dello sviluppo economico, previa intesa in sede di Conferenza permanente tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano⁴; infine, è abrogata la previgente disciplina in materia di trasferimento della titolarità di ramo d'azienda tra concessionario uscente e aggiudicatario⁵, stabilita ai commi 489 e 490 dell'art. 1 della legge 23 dicembre 2005, n. 266⁶.

Il nucleo fondamentale delle censure sollevate dalle ricorrenti atteneva all'asserita violazione di competenze legislative provinciali esclusive (in materia di difesa del suolo e dell'ecosistema, di opere idrauliche e di demanio idrico)⁷ e concorrenti (utilizzo delle acque pubbliche e sanità)⁸; la violazione, secondo il ragionamento delle Province, sarebbe stata ancora più evidente in considerazione dell'ampliamento delle competenze statutarie operato mediante l'attribuzione alla competenza legislativa concorrente della materia «produzione, trasporto e distribuzione nazionale di energia», prevista dall'art. 117, comma 3, Cost.

La pronuncia assume uno specifico rilievo nell'articolato dibattito⁹ che si è sviluppato intorno alle vicende delle concessioni idroelettriche in Italia, e, più in generale, al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di «tutela della concorrenza».

Con riferimento a questi due profili, al fine di un più corretto inquadramento della questione, sembra utile un breve richiamo alle vicende pregresse.

1 Si veda l'art. 37, comma 4, d.l. 22 giugno 2012, n. 83.

2 Si veda l'art. 37, comma 5, d.l. n. 83/2012.

3 Si veda l'art. 37, comma 6, d.l. n. 83/2012.

4 Si veda l'art. 37, comma 7, d.l. n. 83/2012.

5 In particolare, le disposizioni abrogate disponevano che nel bando di gara potesse essere previsto il trasferimento di ramo d'azienda tra concessionario uscente e nuovo concessionario, in cambio di un prezzo predeterminato dall'amministrazione concedente d'accordo con il concessionario uscente (comma 489), e che, in caso di mancato accordo, le determinazioni fossero stabilite da tre soggetti indipendenti. La disposizione era tuttavia formulata come mera possibilità, e non come prescrizione.

6 Si veda l'art. 37, comma 8, d.l. n. 83/2012.

7 Si veda l'art. 8, numeri 3, 5, 6, 13, 15, 17, 21 e 24, d.p.r. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige).

8 Si veda l'art. 9, numeri 9 e 10 dello statuto.

9 Si veda, in proposito, S. CORNELLA, *La proroga delle concessioni di grande derivazione e apertura al mercato del comparto idroelettrico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 795 ss.

2. La disciplina transitoria delle concessioni di derivazione idroelettrica

Com'è noto, la produzione idroelettrica costituisce la modalità di sfruttamento delle fonti di energia rinnovabile che per prima si è consolidata, tanto che in Italia è stata per molto tempo e di gran lunga la principale forma di produzione elettrica.

In origine, lo sfruttamento della risorsa idrica per la produzione di energia elettrica fu affidato all'impresa privata. Ben presto, però, lo Stato italiano intervenne in chiave autoritativa, disciplinando puntualmente il sistema dello sfruttamento della risorsa idrica finalizzato alla produzione di energia elettrica.

L'evoluzione normativa muove dalle previsioni del Testo Unico sulle acque e gli impianti elettrici, approvato con r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775.

Secondo la disciplina del Testo Unico, alla prima scadenza della concessione, l'utenza privata della grande derivazione per forza motrice avrebbe avuto definitivamente termine, e i beni realizzati dal concessionario sarebbero stati appresi dallo Stato non già per riassegnarli a un nuovo concessionario, bensì per gestirli direttamente a scopi produttivi¹⁰.

In coerenza con le politiche del tempo di espansione dell'intervento pubblico diretto nell'economia, «*si prefigurava dunque la nazionalizzazione del segmento della produzione idroelettrica, preceduta dalla possibilità per l'imprenditoria privata di sfruttare inizialmente la risorsa idrica al fine della generazione, a fronte dell'acquisto da parte dello Stato dei beni strumentali all'esercizio delle derivazioni realizzati dai concessionari*»¹¹.

In proposito, è stato autorevolmente rilevato che il Testo Unico «*prevedeva una sorta di meccanismo (surrettizio) di riserva del settore idroelettrico in capo allo Stato attraverso la previsione del ritorno dell'utenza di grande derivazione e dei rispettivi compendi aziendali allo Stato, in deroga alla normativa sul rinnovo delle concessioni*»¹².

Nel Secondo dopoguerra, tuttavia, il progressivo sviluppo industriale rese ancor più indispensabile un coordinamento statale della produzione di energia elettrica. Fu dunque istituito, con legge 6 dicembre 1962, n. 1643, l'Ente Nazionale per l'Energia Elettrica, cui furono demandate tutte le attività di produzione, importazione ed esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica da qualsiasi fonte prodotta. Di conseguenza, le imprese private furono costrette a fuoriuscire dal mercato, cedendo ad Enel i loro impianti (salvo qualche rara eccezione).

La c.d. «nazionalizzazione» del mercato elettrico durò circa un trentennio, fino a quando, anche – e forse soprattutto – grazie al forte impulso proveniente dalla Comunità Europea, emerse l'esigenza di abbandonare le statalizzazioni di grossi settori dell'economia in favore dell'apertura dei mercati alla libera concorrenza. Gli anni novanta furono dunque segnati da profondi mutamenti: nel 1992 l'Enel venne trasformato da ente pubblico a Società per Azioni¹³, anche se con

¹⁰ Si veda l'art. 25 del Testo Unico, che peraltro riprende quasi testualmente il contenuto dell'art. 22, r.d. 9 ottobre 1919, n. 2161.

¹¹ Così P. BIANDRINO, *Rinnovo della concessione e trasferimento d'azienda*, in M. DE FOCATIS-A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia*, Vol. I – *Le concessioni idroelettriche*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 73 ss.

¹² Così V. CERULLI IRELLI, voce *Acque pubbliche*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 14.

¹³ In base al d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito in l. 8 agosto 1992, n. 359.

il Ministero del Tesoro come unico azionista. In seguito, con l'emanazione della Direttiva 96/92/CE, la Comunità Europea impose agli Stati membri la – progressiva – liberalizzazione dei mercati elettrici, allo scopo di creare un mercato interno per l'energia elettrica, passando per l'apertura dei mercati nazionali alla libera concorrenza e alla libertà di iniziativa economica. L'Italia diede attuazione alla Direttiva 96/92/CE mediante l'emanazione del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, c.d. «Decreto Bersani» dal nome dell'allora Ministro dell'Industria.

In realtà, per quanto concerne l'apertura al mercato delle concessioni idroelettriche, il Decreto Bersani intervenne in termini compromissori, prevedendo un'apertura del mercato graduale e con preferenza per il concessionario uscente¹⁴.

Questa impostazione, nonostante i successivi interventi legislativi (sulle cui dichiarazioni di illegittimità costituzionale si tornerà a breve), non è stata mai del tutto superata¹⁵, anzi, le concessioni idroelettriche in corso di validità sono state a più riprese prorogate, differendo così nel tempo il definitivo passaggio da un sistema monopolistico ad uno pienamente concorrenziale.

Il regime delle concessioni idroelettriche è pertanto soggetto ormai da quindici anni¹⁶ ad un regime normativo transitorio, che dovrebbe assicurare il passaggio dalla fase di monopolio dell'Enel a un sistema di mercato libero.

3. Incertezze e antinomie nella giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di «tutela della concorrenza»

Questa singolare circostanza ha determinato l'insorgere, oltre che di profili critici di interesse – anche economico – generale¹⁷, di alcuni problemi di rilievo

14 In sostanza, l'art. 12 stabilì che, in assenza di dichiarazioni di interesse da parte di altri operatori, la concessione in essere sarebbe stata rinnovata alla scadenza; qualora, invece, fossero pervenute dichiarazioni di interesse da parte di altri operatori, sarebbe stata azionata la procedura competitiva, ma con una clausola di preferenza per il concessionario uscente. Tale disciplina fu censurata dalla Commissione Europea, che aprì una procedura di infrazione contro l'Italia (ma anche nei confronti di Spagna e Francia). La procedura di infrazione fu sospesa in seguito della dichiarazione, da parte dell'Italia, della predisposizione di un intervento legislativo correttivo rispetto alle criticità evidenziate dalla Commissione. Il superamento della preferenza per il concessionario uscente fu effettivamente sancito con la legge finanziaria per il 2006 (legge 23 dicembre 2005, n. 266, art. 1, comma 483), e la procedura di infrazione fu conseguentemente archiviata. Sul parere motivato d'infrazione emesso dalla Commissione Europea nel 2004 si veda M.A. SANDULLI, *Le concessioni per le grandi derivazioni a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, nella relazione presentata al convegno *Novità legislative e questioni aperte in tema di concessioni idroelettriche*, tenutosi a Roma il 9 maggio 2013 e pubblicata sul sito internet www.acquavaltellina.altervista.org.

15 Il riferimento è alla legge 23 dicembre 2005, n. 266 e al d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni in legge 30 luglio 2010, n. 122; in entrambi i casi, le norme che disponevano la proroga delle concessioni idroelettriche in corso di validità sono state dichiarate incostituzionali, rispettivamente con sentenze 18 gennaio 2008, n. 1, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1 e 13 luglio 2011, n. 205 in *Giur. cost.*, 2011, p. 2713.

16 A partire dal d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, c.d. «Decreto Bersani».

17 Si veda, in proposito, A. TRAVI, *La disciplina transitoria delle concessioni idroelettriche e i principi di concorrenza*, in M. DE FOCATIIS-A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia*, cit., p. 49 ss. L'Autore evidenzia, in particolare, l'oggettiva difficoltà in cui si trova il legislatore (e, per certi aspetti, il Giudice Costituzionale) che, da una parte, deve perseguire l'obiettivo di creare un mercato idroelettrico concorrenziale, ma, dall'altra, non può ignorare il legittimo affidamento ingenerato nei privati proprio dai diversi interventi legislativi che si sono

sullo specifico tema del riparto di competenze tra Stato e Regioni, con particolare riferimento alla materia «tutela della concorrenza»¹⁸.

In effetti, quello della concessione dei beni demaniali è stato solo uno degli scenari del conflitto esploso nell'ultima decade tra Stato e Regioni con riferimento al riparto di competenze legislative.

La riforma del Titolo V della Costituzione¹⁹, infatti, nel rovesciare l'equilibrio dei rapporti tra fonti statali e regionali, ha attribuito la «tutela della concorrenza» alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, tralasciando, però, di definire puntualmente l'oggetto dell'attribuzione alla competenza statale della materia prevista dall'art. 117, comma 2, lett. e).

Molti studiosi, all'indomani dell'approvazione del nuovo Titolo V, spiegarono la scelta di individuare tra le materie di competenza statale la «tutela della concorrenza», con l'esigenza di garantire unità e uniformità della disciplina a livello nazionale, per favorire il funzionamento concorrenziale del mercato ed evitare il rischio di sperequazioni territoriali²⁰.

Per quanto condivisibile – e condivisa – questa spiegazione non è però sufficiente a colmare la lacuna legislativa; a questo scopo, infatti, è indispensabile identificare con chiarezza l'oggetto della materia «tutela della concorrenza».

L'operazione si rivela, tuttavia, complessa, a causa dalla perdurante difficoltà d'inquadramento giuridico e sistematico della concorrenza come bene giuridicamente tutelato, che emerge con particolare evidenza nelle numerosissime²¹ pronunce della Corte sulla materia «tutela della concorrenza».

Un Autore che ha analizzato questi temi con particolare attenzione, già alcuni anni fa ha segnalato che, in linea generale, *«nell'approccio dei giuristi italiani al tema della concorrenza sono tuttora presenti [...] numerosi equivoci»*²².

Parte della Dottrina, prima del 2001, tentò di ancorare il riconoscimento costituzionale della concorrenza all'art. 41 Cost.²³.

susseguiti nel tempo. È opportuno considerare, infatti, che i vari interventi legislativi che si sono susseguiti nel tempo prevedevano la proroga delle concessioni allora in vigore, in cambio degli investimenti effettuati dal concessionario uscente, pur con diversi contenuti «retributivi» in merito alla durata della proroga concessa (da cinque a trenta anni, a seconda dei casi). Gli investimenti sostenuti dai privati, per conseguire il miglioramento e potenziamento degli impianti, furono ingenti. Inoltre, non bisogna neppure dimenticare che il principale attore sul mercato idroelettrico è proprio Enel S.p.A.; di talché, la mancata proroga delle concessioni in essere, per un periodo sufficiente, quantomeno, a rientrare degli investimenti già effettuati da Enel, determinerebbe un disavanzo nelle casse dello Stato. Si ringrazia vivamente l'Autore, che ha cortesemente fornito una anteprima del Suo contributo.

18 Che, com'è noto, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e), è attribuita alla competenza esclusiva dello Stato.

19 Attuata con la legge 18 ottobre 2001, n. 3.

20 Com'è stato autorevolmente rilevato, l'esplicita enunciazione della tutela della concorrenza all'art. 117 Cost. rappresenta una «barriera anche contro le limitazioni della concorrenza determinate dai pubblici poteri. La legge n. 287 del 1990 al pari di ogni altra legge ordinaria, in difetto di una garanzia costituzionale della concorrenza, non potrà mai impedire al Parlamento o ai consigli regionali di restringere la concorrenza. Perché ci sia questo effetto inibitorio occorre una clausola costituzionale di garanzia della concorrenza»: così G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 985 ss.

21 Dalla riforma del 2001 ad oggi, se ne contano almeno sessanta, distribuite nei diversi settori economici in cui il contenzioso si è sviluppato con maggiore evidenza.

22 Così M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 1429.

23 Si veda, ad esempio, A. PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di tutela della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 261 ss.; ma è opportuno precisare che lo stesso Autore ammette che

Questa soluzione lasciava però aperto il problema: l'art. 41, nel garantire la libertà di iniziativa economica privata, attribuisce al singolo una posizione giuridica individuale, ma «*la sfera di autonomia privata non riceve una protezione assoluta, e la sua compressione è costituzionalmente legittima se è preordinata a consentire il soddisfacimento di interessi costituzionalmente rilevanti*»²⁴.

Neppure la Giurisprudenza costituzionale è riuscita a colmare la lacuna legislativa; anzi, il Giudice delle Leggi, a fronte dello sforzo profuso nel dirimere le controversie tra Stato e Regioni, non si è posto «*il problema di definire sul piano assiologico ragioni e fini della tutela della concorrenza*» limitandosi invece ad adottare una interpretazione progressivamente estensiva del termine «tutela della concorrenza»²⁵; di talché, non può certo «*dirsi che, fino a questo momento, la Corte abbia dovuto impegnarsi in una definizione precisa della nozione di concorrenza, come bene giuridicamente tutelato*»²⁶.

La questione della definizione della concorrenza come bene giuridicamente tutelato non può certamente essere affrontata compiutamente in questa sede; ci si limita, pertanto, ad accogliere l'autorevole insegnamento secondo cui l'oggetto dell'attribuzione alla competenza esclusiva statale operata dalla legge n. 3/2001 è la concorrenza effettiva, nella sua accezione di «modo di funzionamento reale di un mercato», come un concetto distinto da quello di libertà di concorrenza, inteso nel senso di diritto di libertà individuale²⁷.

Con riguardo a questa definizione, è sufficiente considerare che sembra coerente con la riforma del 2001 per due ordini di ragioni: da un lato, la definizione della «tutela della concorrenza» come «modo di funzionamento reale di un mercato», attribuisce il dovuto riconoscimento costituzionale a un bene giuridico altrimenti suscettibile di essere compresso in virtù del soddisfacimento di interessi costituzionalmente rilevanti; dall'altro, consente di definire con maggiore precisione l'oggetto dell'attribuzione alla competenza legislativa statale della materia «tutela della concorrenza», garantendo alla concorrenza una tutela costituzionale autonoma rispetto alla libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41.

Sennonché, con la riforma costituzionale del Titolo V, importanti settori economici sono stati attribuiti alla potestà legislativa, concorrente o esclusiva, delle Regioni. Ed è, di per sé, intuitivo, che l'attribuzione allo Stato di una competenza esclusiva a disciplinare il «modo di funzionamento reale di un mercato» non possa che stridere con la contestuale attribuzione alle Regioni di settori economici di primaria importanza, quale è, ad esempio, quello energetico.

In effetti, il Giudice delle Leggi, come già detto, si è trovato a gestire un contenzioso di notevoli proporzioni tra Stato e Regioni, esploso con particolare forza negli anni più recenti, a testimonianza della crescente tensione tra esigenza di uniformità delle regole a livello nazionale e istanze federaliste²⁸.

l'art. 117, comma 2, lett. e) Cost., attribuisce alla concorrenza un livello di tutela superiore rispetto all'art. 41.

24 Così M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 122.

25 Così M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir., Annali III*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 196-197.

26 Si veda M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., p. 197.

27 Si veda, in proposito, M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, cit., p. 1429.

28 In particolare, analizzando la giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla tutela della

Con riferimento a quest'ultimo profilo, è stato attentamente rilevato che la Corte Costituzionale, nel risolvere i conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni, ha espresso nel tempo linee di indirizzo discordanti, rinunciando peraltro ad un discorso generale e distinguendo i filoni in ragione delle materie oggetto di competenza regionale²⁹.

La sensazione è che le argomentazioni sviluppate dalla Corte siano intimamente legate alla specificità della materia e al tipo di competenza – residuale o esclusiva – regionale di volta in volta considerate.

4. Il caso delle proroghe delle concessioni idroelettriche

La difficoltà della Corte di esprimere linee di indirizzo chiare ed univoche sul riparto di competenze legislative in materia di «tutela della concorrenza», emerge in modo evidente nella giurisprudenza costituzionale inerente le concessioni idroelettriche.

4.1. In particolare, l'incertezza della Consulta si manifesta in modo emblematico in Corte cost. 18 gennaio 2008, n. 1³⁰.

In quell'occasione la Corte, innanzitutto, ha escluso che la previsione di una proroga decennale delle concessioni in corso di validità afferisse alla materia «tutela della concorrenza». La disposizione censurata, secondo il Giudice delle Leggi, anziché aprire gradualmente il mercato dell'energia, avrebbe irragionevolmente impedito l'apertura del mercato per dieci anni, ponendosi in aperto contrasto con i principi comunitari e contraddicendo il fine – tutela della concorrenza – asseritamente perseguito.

Di conseguenza, la Corte ha sostenuto che la disposizione allora in esame³¹ dovesse essere ascritta alla materia «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia», di competenza legislativa concorrente³², e, per l'effetto, ha dichiarato illegittima la norma sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale, poiché integrante una disposizione di dettaglio in una materia in cui lo Stato è competente per la sola determinazione dei principi fondamentali.

In buona sostanza, la Consulta ha ritenuto che la normativa in discussione non fosse ascrivibile alla materia «tutela della concorrenza», poiché produttiva di effetti anticoncorrenziali, dichiarandola conseguentemente illegittima per violazione della competenza legislativa concorrente in materia di «produzione

concorrenza, un dato significativo sembra la netta prevalenza di ricorsi proposti in via principale dallo Stato contro leggi regionali, e viceversa, sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale.

29 Con riferimento a questo profilo si vedano C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Riv. tel. AIC*, 2014 e A. ARGENTATI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di «tutela della concorrenza «a dieci anni dalla riforma del titolo V della Costituzione*, in www.agcm.it.

30 Si veda, al riguardo, S. MANICA, *Concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza nella sentenza della Corte costituzionale 18 gennaio 2008, n. 1*, in *Federalismi*, 8/2008.

31 Le Regioni Toscana, Piemonte, Campania, Emilia Romagna e Friuli Venezia-Giulia avevano censurato i commi da 483 a 492, legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria per il 2006), che introducevano un'articolata disciplina delle concessioni di grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico. In particolare, il comma 485, dichiarato incostituzionale, prevedeva la proroga dei rapporti concessori in corso per un periodo di dieci anni.

32 Come disposto dall'art. 117, comma 3, Cost.

trasporto e distribuzione nazionale di energia».

Questa argomentazione confermava un orientamento già espresso in precedenza, ma con riferimento a settori economici diversi, rispetto ai quali questa tesi era, ormai, almeno in parte superata (come si vedrà in seguito).

La Corte, infatti, aveva affermato in diverse occasioni che le normative statali che riducono o eliminano l'assetto concorrenziale di uno specifico mercato non possono essere ascritte alla materia «tutela della concorrenza»³³, chiarendo altresì che la riconducibilità dell'intervento legislativo alla materia di competenza esclusiva statale non può prescindere dalla valutazione dell'idoneità della misura adottata al perseguimento della finalità pro-concorrenziale³⁴.

In effetti questa tesi ha consentito alla Corte, negli anni immediatamente successivi alla riforma del Titolo V della Costituzione, di risolvere alcuni conflitti di attribuzione tra potere centrale e periferico in favore delle Regioni³⁵, in un periodo in cui l'istanza autonomista e federalista delle comunità locali era particolarmente forte³⁶.

Ciononostante, questo orientamento della Corte costituzionale desta non poche perplessità.

33 Si veda Corte cost. 14 dicembre 2007, n. 430, in *Giur. cost.*, 2007, p. 4737: «Non possono ricondursi alla materia tutela della concorrenza quelle misure statali che non intendono incidere sull'assetto concorrenziale dei mercati o che addirittura lo riducono o lo eliminano». Nello stesso senso, in seguito, anche Corte cost. n. 205/2011, cit. Si vedano al riguardo Corte cost. 4 maggio 2005, n. 175, in *Giur. cost.* 2005, p. 1591; Corte cost. 27 luglio 2004, n. 272, in *Giur. cost.*, 2004, p. 275, con commento di S. BELLOMIA, *A proposito di servizi privi di rilevanza economica e di gestione dei beni culturali*; Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 14, in *Giur. cost.*, 2004, p. 237, con commento di A. PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di tutela della concorrenza?*; G.P. DOLSO, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie della tutela della concorrenza?*; C. BUZZACCHI, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*.

34 In questo senso, ad esempio, Corte cost. n. 14/2004, cit., «Quando venga in considerazione il titolo di competenza funzionale di cui all'art. 117, comma 2, lettera e), Cost., che non definisce ambiti oggettivamente delimitabili, ma interferisce con molteplici attribuzioni delle Regioni, è la stessa conformità dell'intervento statale al riparto costituzionale delle competenze a dipendere strettamente dalla ragionevolezza della previsione legislativa».

35 Si veda al riguardo Corte cost. n. 272/2004, cit.: «Non spetta pertanto a questa Corte valutare in concreto la rilevanza degli effetti economici derivanti dalle singole previsioni di interventi statali in materia: stabilire cioè se una determinata regolazione abbia effetti così importanti sull'economia di mercato, da postulare misure di tutela della concorrenza, tali da trascendere l'ambito regionale; quello che invece non può sottrarsi al sindacato di costituzionalità è il fatto che i vari strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi. Il criterio della proporzionalità e dell'adeguatezza appare quindi essenziale per definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla tutela della concorrenza e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali». Con riferimento a questa pronuncia si vedano in dottrina F. CASALOTTI, *Il riparto della potestà legislativa alla prova della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, 2005, p. 262 ss.; C. DEODATO, *Luci e ombre sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di servizi pubblici locali*, in *Federalismi.it*, 2004; C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 125 ss.

36 Si veda, con specifico riferimento alla tensione tra l'appropriazione privata industriale della forza motrice e la pretesa delle comunità locali che la ricchezza generata dalla risorsa ricava a vantaggio del territorio da cui l'acqua proviene, B. TONOLETTI, *Alcuni aspetti della giurisprudenza recente in materia di concessioni idroelettriche*, in *Dialoghi sul diritto dell'energia*, cit., p. 203 ss. L'Autore si sofferma sull'articolato (e non univoco) quadro giurisprudenziale, con specifico riferimento alla giurisprudenza del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche e della Corte di Cassazione, sulla questione relativa alla compatibilità con il diritto europeo di clausole normative o amministrative che prevedano una preferenza per l'assegnazione della risorsa idroelettrica alle collettività locali al momento della procedura di gara per l'assegnazione di concessioni idroelettriche. Si ringrazia vivamente l'Autore, che ha cortesemente fornito una anteprima del Suo contributo.

In particolare, la questione dell'ascrivibilità di una norma alla materia «tutela della concorrenza» dovrebbe essere risolta valutando la possibile sussunzione della realtà fenomenica oggetto della disciplina all'interno della materia prevista nel catalogo costituzionale, e non – come sembra invece affermare la Corte nella citata sentenza n. 1/2008 – decidendo sulla legittimità delle norme sottoposte al vaglio costituzionale.

È necessario tenere ben distinti i piani: il giudizio di legittimità costituzionale di una norma riguarda la valutazione della conformità degli effetti che quella disposizione produce, rispetto ai crismi costituzionali e comunitari, e non, invece, l'identificazione dell'oggetto della norma.

Occorre in proposito osservare che se il concetto di «tutela della concorrenza» si riferisce, come già detto, al «modo di funzionamento reale di un mercato», l'oggetto di un intervento normativo che disponga la proroga della validità delle concessioni in vigore non può che essere la concorrenza.

Muovendo da questo assunto, se (come ammette anche Corte cost. n. 1/2008) la disciplina delle procedure ad evidenza pubblica è interamente riconducibile alla materia «tutela della concorrenza», alla stessa devono essere ascritte anche le norme che regolano la fase transitoria da un sistema «chiuso» ad uno «aperto» o, per meglio dire, da un sistema monopolistico ad uno concorrenziale; e la fase transitoria non può che includere anche la disciplina sull'articolazione temporale delle gare³⁷.

Inoltre, è bene tenere presente che la tutela della concorrenza (come la tutela dell'ambiente, o del risparmio) rientra nel ristretto numero di casi in cui la Costituzione impone al legislatore, statale o regionale, non soltanto di garantire tutela giuridica ad un determinato bene, ma anche che la relativa disciplina tenda ad un miglioramento del bene giuridicamente tutelato.

Ciò, però, non significa affatto che l'oggetto della disciplina, per essere ascritto ad una delle materie previste nel catalogo costituzionale, sia identificato in funzione degli effetti che quella disciplina spiega sul bene giuridicamente tutelato. Anzi, è tutto l'opposto: *«per stabilire a quale materia si riferisca una legge statale o regionale, occorre guardare all'oggetto che la disposizione tutela, nonché alla ratio della disposizione stessa»*³⁸.

L'oggetto di una disciplina, infatti, preesiste agli effetti che quella disciplina spiega in concreto, e logicamente la sua determinazione non può essere influenzata da valutazioni sulla legittimità delle norme che ne regolano la tutela giuridica.

4.2. Valutando, poi, la questione del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni sotto un altro profilo, sembra opportuno considerare le ragioni sottese alla scelta di attribuire la materia «tutela della concorrenza» alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

L'art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione assegna alla esclusiva competenza statale «moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie».

È opinione pressoché unanime che l'intendimento del legislatore costitu-

³⁷ In questo senso N. BASSI, *L'incertezza eretta a sistema: una storia a episodi dell'evoluzione della disciplina italiana in tema di rilascio delle concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico (1933-2014)*, in *Dialoghi sul diritto dell'energia*, cit., p. 41.

³⁸ In questo senso P. MADDALENA, *Come si determina la materia di cui all'art. 117 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3622.

zionale fu di «unificare in capo allo Stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese; strumenti che, in definitiva, esprimono un carattere unitario e, interpretati gli uni per mezzo degli altri, risultano tutti finalizzati ad equilibrare il volume di risorse finanziarie inserite nel circuito economico»³⁹.

La distinzione tra le materie di competenza legislativa esclusiva statale e quelle di competenza concorrente, si fonda pertanto sull'esigenza che le prime siano disciplinate in modo coordinato e uniforme su tutto il territorio nazionale, in modo che sia negato qualunque spazio normativo delle autonomie locali idoneo a determinare sperequazioni territoriali tra gli operatori del mercato⁴⁰.

L'affermazione del Giudice delle Leggi, secondo cui la proroga decennale delle concessioni idroelettriche costituisce normativa di dettaglio⁴¹, comporta che, se effettivamente questo tipo di intervento fosse di competenza legislativa concorrente, poiché riconducibile alla materia «produzione, trasporto e distribuzione nazionale di energia», sarebbe competenza delle Regioni disciplinare eventuali proroghe delle concessioni idroelettriche.

Questa tesi presenta, tuttavia, una criticità insuperabile.

Le conseguenze pratiche derivanti dall'accoglimento di questa impostazione, infatti, si pongono in evidente contrasto con le ragioni e i criteri di riparto di competenze delineati dal legislatore costituzionale: ne deriverebbe un sistema nel quale il livello di apertura del mercato idroelettrico sarebbe diverso di regione in regione, determinando proprio il rischio di sperequazioni territoriali che il legislatore costituzionale voleva scongiurare.

In definitiva, dunque, il potere centrale è il solo idoneo a disciplinare materie macroeconomiche – nel cui novero rientra la tutela della concorrenza – con il necessario coordinamento e la necessaria unitarietà a livello nazionale che le autonomie locali, per definizione, non sono idonee a garantire. A ulteriore conferma di quanto già affermato, pertanto, gli strumenti che definiscono la transizione da un sistema monopolistico ad uno concorrenziale (quale è, ad esempio, la proroga decennale delle concessioni in vigore) non possono che essere di competenza legislativa esclusiva statale.

4.3. Ad ogni buon conto, in disparte dalle considerazioni critiche sopra espresse, è opportuno rilevare che la sentenza della Corte Costituzionale del 2008 confermava, in definitiva, che la tutela della concorrenza rappresenta una giustificazione per l'intervento statale nelle materie di competenza regionale.

In questo senso, la tutela della concorrenza si avviava a diventare, utilizzando un'espressione ormai ricorrente – anche se a-tecnica – una «super-

39 Si veda Corte cost. n. 14/2004, cit.

40 Nelle materie di competenza legislativa concorrente, invece, la necessità di una disciplina unitaria e coordinata su tutto il territorio nazionale è garantita dal potere dello Stato di dettare i principi fondamentali, mentre alle Regioni è concesso uno spazio di intervento normativo «di dettaglio». È peraltro opportuno tenere presente che l'art. 120 Cost. vieta alle regioni di «istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le Regioni, adottare provvedimenti che ostacolino la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, limitare l'accesso al diritto al lavoro». Questa disposizione costituzionale impone specifici limiti al potere delle Regioni di disciplinare nel dettaglio le materie di competenza legislativa concorrente proprio negli ambiti, tra quelli elencati all'art. 117 comma 3 Cost., in cui è maggiore l'esigenza di scongiurare il rischio che l'intervento normativo delle autonomie locali determini sperequazioni territoriali.

41 Corte cost. n. 1/2008, cit.; Corte cost. n. 205/2011, cit.

materia», capace, cioè, di valicare i limiti imposti dal riparto di competenze delineato dall'art. 117 Cost.⁴².

In altri termini, tutto ciò che inerisce all'assegnazione della concessione (procedure di selezione, condizioni, rapporti con pretese di soggetti pubblici) è come se venisse scorporato dalle materie di competenza regionale, come la materia «produzione, trasporto e distribuzione nazionale di energia»⁴³, per essere ricondotto alla competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza».

Al contempo, però, nella pronuncia del 2008 la Corte prospettava un sindacato puntuale (non superato, nel caso specifico, dalle norme oggetto di questione di legittimità costituzionale), che assumeva un rilievo decisivo sotto due profili.

In primo luogo, allo Stato non era consentito giustificare il proprio intervento sulla base di una «autoqualificazione» legislativa; non rilevava, cioè, il fatto che lo Stato definisse il proprio intervento come norma posta a tutela della concorrenza.

In secondo luogo, la legittimità dell'intervento statale postulava la sussi-

42 Si veda, al riguardo, G. FARES, *Appalti pubblici e misure pro-concorrenziali: ancora da decifrare gli spazi per l'intervento normativo delle Regioni*, in www.giurcost.org. In particolare l'Autore afferma: «Le procedure di evidenza pubblica sono procedimenti amministrativi che, non per l'oggetto ma per gli aspetti che le caratterizzano e soprattutto le finalità cui tendono, vengono attratti nella materia-funzione tutela della concorrenza, materia che – come tutte quelle definite da uno scopo o da un obiettivo (determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, tutela dell'ambiente, sicurezza dello Stato, tutela del risparmio, coordinamento informativo, tutela del lavoro ecc.) – tende a debordare in ambiti assegnati ad altri livelli di governo: il fine da promuovere o il valore da tutelare tende, cioè, ad ignorare il confine delle competenze».

43 La materia «produzione trasporto e distribuzione nazionale di energia», di competenza legislativa concorrente, ha destato alcune perplessità in ordine alla legittimità di una maggiore attribuzione di poteri amministrativi agli organi statali in situazioni di difficoltà nell'approvvigionamento energetico (c.d. «chiamata in sussidiarietà»). Pur essendo competenza legislativa concorrente, infatti, è stato rilevato che gli organi statali sono gli unici a cui non sfugge la valutazione complessiva del fabbisogno nazionale di energia e quindi idonei ad operare in modo adeguato in situazioni di gravi carenza a livello nazionale. Sul tema, si veda in dettaglio Corte cost. 14 ottobre 2005, n. 383, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3640. In questa pronuncia la Corte, nel punto 15 del *Considerato in diritto*, ammette che «Non sembrano esserci problemi dal punto di vista della chiamata in sussidiarietà, in capo agli organi dello Stato, di funzioni amministrative relative ai problemi energetici di livello nazionale, al fine di assicurare il loro indispensabile esercizio unitario». Tuttavia, la Consulta pone due requisiti affinché l'avocazione delle funzioni amministrative da parte dello Stato superi il vaglio di legittimità costituzionale: il primo, che lo Stato «detti una disciplina logicamente pertinente, dunque idonea alla regolazione delle suddette funzioni, e che risulti limitata a quanto strettamente indispensabile a tal fine»; il secondo, che tale disciplina «prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverossia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà». A tale scopo, prosegue la Corte, «dovendosi individuare un organo adeguatamente rappresentativo delle Regioni, ma anche degli enti locali, a loro volta titolari di molteplici funzioni amministrative senza dubbio condizionate o incise dalle diverse politiche del settore energetico, emerge come naturale organo di riferimento la Conferenza unificata». Sul tema si veda anche Corte cost. 1 ottobre 2003, n. 303, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2675, con commento di A. D'ATENA, *L'allocatione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte Costituzionale*; A. ANZON, «Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni»; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e Supremacy Cause sono perfettamente equivalenti?*; A. GENTILINI, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità*. In dottrina, si veda F. DONATI, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 35 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete: il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 23 e 24; S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale 3/2001*, in *Federalismi.it*.

stenza di proporzionalità tra gli strumenti adottati e l'obiettivo perseguito.

Questo orientamento ha trovato conferma nella successiva sentenza 13 luglio 2011, n. 205, che ha dichiarato incostituzionale il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, in legge 30 luglio 2010, n. 122⁴⁴. Anche in quel caso, infatti, il legislatore statale aveva introdotto una proroga delle concessioni in essere della durata di cinque anni, giustificandola con l'esigenza di garantire un equo indennizzo agli operatori economici che avessero già sostenuto investimenti in base alla legge finanziaria per il 2006, e che fossero stati perciò frustrati nell'affidamento riposto in atti legislativi illegittimi dello Stato. E, anche in quel caso, le norme statali non hanno superato il vaglio di proporzionalità, poiché, come ha affermato la Corte, «*seppure per un periodo temporalmente limitato, esse impediscono l'accesso di altri potenziali operatori economici al mercato, ponendo barriere all'ingresso tali da alterare la concorrenza tra imprenditori*», e, dunque, «*il criterio di riparto di competenze non è temperato, nel caso in esame, dall'esigenza [...] di dare attuazione ai principi generali posti dalla legislazione statale in materia, i quali, peraltro, pongono obiettivi non perfettamente in linea con quelli perseguiti dalle norme impugnate*»⁴⁵.

5. La sentenza n. 28/2014: un nuovo orientamento della Corte?

La sentenza 25 febbraio 2014, n. 28, che qui si commenta, se, da un lato, ha confermato la linea adottata nel 2008, sulla qualificazione della tutela della concorrenza come «super-materia», dall'altro, tuttavia, sembra aver superato i limiti precedentemente imposti con riferimento al sindacato di proporzionalità tra gli strumenti adottati e l'obiettivo perseguito.

Nel caso di specie, infatti, la normativa sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale è stata censurata con particolare riferimento all'art. 1 *bis*, comma 2, d.p.r. 26 marzo 1977, n. 235⁴⁶, che riserva alla competenza legislativa provinciale la disciplina delle grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico. Questa competenza legislativa provinciale⁴⁷ è, tuttavia, sottoposta ad alcune limitazioni; nello specifico, deve essere rispettosa degli obblighi comunitari, dell'art. 117, comma 2, Cost., e dei principi fondamentali dello Stato.

La Corte ha dapprima ricostruito il quadro normativo alla luce di un'interpretazione sistematica del d.p.r. n. 235/1977, affermando che, in materia di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico, gli aspetti riconducibili agli ambiti relativi alla tutela della concorrenza sono di competenza legislativa e-

44 Ancora una volta, la Commissione censurava l'intervento normativo, questa volta con riferimento al principio della libertà di stabilimento; secondo la Commissione, infatti, la proroga delle concessioni a favore degli originari concessionari avrebbe escluso che le medesime fossero attribuite mediante una procedura di gara, alla quale avrebbero potuto partecipare anche operatori stranieri. Questi ultimi sarebbero stati così estromessi da una porzione di mercato italiano, a vantaggio degli operatori esistenti, prevalentemente italiani. Da ciò sarebbe scaturita la compressione della libertà di stabilimento denunciata dalla Commissione.

45 La pronuncia, peraltro, richiama espressamente l'apertura, da parte dell'Unione Europea, della nuova procedura di infrazione nei confronti dell'Italia con riferimento alla disciplina delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico, e le indicazioni *ivi* fornite volte ad eliminare l'ingiustificata preferenza riconosciuta ai concessionari uscenti.

46 Norme di attuazione dello statuto speciale per il Trentino Alto-Adige.

47 Come è noto, le province autonome sono titolari di una competenza legislativa peculiare, per molti aspetti paragonabile a quella delle regioni.

clusiva dello Stato; è, inoltre, compito dello Stato stabilire i principi fondamentali in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale di energia; è, infine, compito dell'Ente locale (province autonome, nel caso di specie), regolare tutti gli altri profili⁴⁸.

Il Giudice delle Leggi si è poi domandato se la normativa in parola fosse riconducibile all'alveo della materia «tutela della concorrenza», rispondendo, questa volta, in maniera positiva.

È importante notare che la Corte, in questo caso, non ha effettuato un preventivo vaglio sulla proporzionalità tra gli strumenti legislativi impiegati e gli obiettivi perseguiti, come invece suggeriva l'orientamento precedente.

Si è invece – correttamente, alla luce di quanto si è sopra osservato – limitata a rilevare come le norme in esame mirassero ad agevolare l'accesso degli operatori economici al mercato dell'energia, e che, di conseguenza, fossero ascrivibili alla materia «tutela della concorrenza», astenendosi dal valutare se, nel caso di specie, gli effetti prodotti corrispondessero a quelli auspicati.

Il dubbio che le nuove proroghe potessero essere incompatibili con le ragioni della concorrenza non è stato neppure sollevato.

Questo nuovo orientamento della Corte Costituzionale convince, perché, come già detto in precedenza, il vaglio della proporzionalità tra gli strumenti impiegati e gli scopi perseguiti deve essere riservato ad un diverso tipo di giudizio, che riguarda la verifica della legittimità dell'intervento statale con riferimento ai crismi comunitari e costituzionali in materia di tutela della concorrenza.

Da quanto sopra esposto discende con naturalezza l'ultimo passaggio del percorso argomentativo della Corte, che, consolidando ulteriormente il proprio precedente orientamento⁴⁹, ha affermato che l'intera disciplina della gara pubblica è ascrivibile alla materia «tutela della concorrenza».

La sentenza in commento sembrerebbe dunque segnare un sostanziale cambio di indirizzo: la sensazione è che la Corte abbia implicitamente smentito le sue precedenti pronunce in tema di proroghe delle concessioni idroelettriche (n. 1/2008 e n. 205/2011)⁵⁰.

Nonostante, in questo caso, la normativa in esame non disponesse formalmente la proroga delle concessioni in corso di validità, non sfugge che l'effetto concreto delle norme contestate dalle province autonome fosse proprio l'introduzione di una proroga «di fatto» delle concessioni in essere.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, è sufficiente notare che l'art. 37, comma 4, d.l. n. 83/2012 prevede che «*Per le concessioni già scadute alla data di entrata in vigore della presente disposizione e per quelle in scadenza successivamente a tale data ed entro il 31 dicembre 2017, per le quali non è tecnicamente applicabile il periodo di cinque anni di cui al primo periodo del presente comma, le regioni e le province autonome indicano la gara entro due*

48 Si veda Corte cost. n. 28/2014 in commento, punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

49 Si vedano, senza pretesa di esaustività, Corte cost. 30 luglio 2008, n. 320, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3418, punto 6 del *Considerato in diritto*; Corte cost. 17 dicembre 2008, n. 411, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4749, punto 3 del *Considerato in diritto*; Corte cost. 26 febbraio 2013, n. 28, in www.cortecostituzionale.it, punto 10 del *Considerato in diritto*; Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46, in www.cortecostituzionale.it, punto 2.2 del *Considerato in diritto*; Corte cost. 8 maggio 2009, n. 148, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1598, punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

50 In questo senso, N. BASSI, *L'incertezza eretta a sistema: una storia a episodi dell'evoluzione della disciplina italiana in tema di rilascio delle concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico (1933-2014)*, in *Dialoghi sul diritto dell'energia*, cit., p. 46.

anni dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 2 [dell'art. 12, d.lgs. n. 79/1999] e la nuova concessione decorre dal termine del quinto anno successivo alla scadenza originaria e comunque non oltre il 31 dicembre 2017».

Ciò significa che le concessioni scadute al 31 dicembre 2010 restano valide almeno fino al 31 dicembre 2015, esattamente come stabiliva il d.l. n. 78/2010, dichiarato incostituzionale con sentenza n. 205/2011.

Nasce, dunque, l'esigenza di interrogarsi sul motivo per il quale la Corte sembra aver superato il proprio precedente orientamento.

6. Dall'uniformità territoriale all'uniformità (anche) «settoriale»: alcune considerazioni conclusive

Il tentativo di formulare una ipotesi di lettura del nuovo orientamento della Corte muove da due considerazioni.

Ci si è già soffermati, in precedenza, sull'esigenza di una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale in materia di «tutela della concorrenza»⁵¹, da cui deriva l'affermazione della competenza legislativa statale ogni qualvolta le norme in esame ineriscano la procedura ad evidenza pubblica per l'assegnazione della concessione (procedure di selezione, condizioni, rapporti con pretese di soggetti pubblici).

D'altra parte, si è anche detto che nella giurisprudenza costituzionale in materia di tutela della concorrenza emerge una certa eterogeneità delle statuizioni, a seconda dei settori economici di volta in volta considerati⁵².

Con riferimento a quest'ultimo profilo, *«si va dai casi di svuotamento totale di ogni spazio per le Regioni, causato dal riconoscimento prioritario accordato alle esigenze di uniformità della disciplina a tutela della concorrenza, fino a un massimo di integrazione possibile attraverso la legge regionale (purché pro-concorrenziale) nei settori ricadenti nella potestà esclusiva/residuale delle Regioni»*⁵³.

Con riferimento al primo tema, si osserva un'evoluzione interpretativa della Corte nella definizione degli spazi riservati alle Regioni, caratterizzata da una progressiva affermazione della competenza statale a scapito di quella regionale.

Inizialmente, nel periodo immediatamente successivo alla riforma del Titolo V (2001), e fino al 2007⁵⁴, la Corte, aveva considerato la tutela della concorrenza come un «valore» che doveva essere rispettato dalle Regioni e la cui garanzia, in definitiva, era rimessa allo Stato. Lo Stato avrebbe dunque potuto opporsi a previsioni «anticoncorrenziali» delle Regioni, avvalendosi della sua competenza costituzionale in materia di «tutela della concorrenza», in quanto *«funzione esercitabile su più diversi oggetti»*⁵⁵.

In definitiva, la Corte valutava l'equilibrio tra tutela della concorrenza e po-

⁵¹ Si veda il par. 4.2.

⁵² Si veda il par. 3.

⁵³ A. ARGENTATI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di tutela della concorrenza a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., p. 18.

⁵⁴ Si vedano, in particolare, le citate sentenze n. 14 e 272/2004.

⁵⁵ *Ex multis* Corte cost. n. 14/2004 cit., punto 4 del *Considerato in diritto*.

testà legislative regionali secondo il parametro della rilevanza macro-economica dell'intervento, alla luce dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

A partire dalla sentenza n. 401/2007⁵⁶, invece, il Giudice delle Leggi ha affermato con costanza che le norme relative all'espletamento della procedura di gara ad evidenza pubblica rientrano nella materia «tutela della concorrenza», di esclusiva competenza statale, in quanto la gara pubblica costituisce uno «strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza»⁵⁷.

In questo senso, come già rilevato all'indomani della pubblicazione della sentenza n. 401/2007, la tutela della concorrenza non significa più «intreccio» e «interferenza» con le competenze regionali, ma «prevalenza», ossia «dominio incontrastato della normativa statale con riferimento alle procedure per la selezione dei contraenti ed alle diverse fasi della gara»⁵⁸.

Sennonché, la linea evolutiva della Corte sembra essersi spiegata con tempistiche diverse in funzione dei settori economici di volta in volta considerati.

Ad esempio, in materia di contratti pubblici conservano piena attualità le statuizioni già contenute nella sentenza n. 401/2007, che è a tutt'oggi considerata come apri-pista del nuovo orientamento della Corte Costituzionale in materia di tutela della concorrenza⁵⁹.

In materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, invece, l'evoluzione è stata più complessa e articolata: ad una fase di grande attenzione alla delimitazione dell'ambito di intervento del legislatore statale⁶⁰, ne è seguita una in cui alle Regioni è stato riconosciuto un spazio limitato al solo intervento migliorativo dell'assetto concorrenziale di un mercato rispetto alle norme statali⁶¹, attestandosi infine su una posizione favorevole all'uniformità delle regole a livello nazionale, cui consegue l'illegittimità di norme regionali ancorché produttive di effetti più marcatamente pro-concorrenziali⁶².

Con riferimento alle concessioni di beni demaniali, e in particolare alla specifica questione delle proroghe delle concessioni idroelettriche, la Corte Costitu-

56 Corte cost. 23 novembre 2007, n. 401 in *Giur. cost.*, 2007, p. 4447 con commento di L. CASSETTI, *Appalti e concorrenza: quante sono le anime della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza?*.

57 Si veda, in particolare, Corte cost. n. 401/2007, cit., punto 6.7 del *Considerato in diritto*; Corte cost. n. 1/2008, cit., punto 7.3 del *Considerato in diritto*; Corte cost. n. 339/2011, cit., punto 3.2 del *Considerato in diritto*. Per ulteriori commenti alla sentenza n. 401/2007, si vedano A. VENTURI, *La tutela della concorrenza: da valore-materia a materia-valore. La Corte conferma il riparto Stato-Regioni operato dal Codice De Lise*, in *Le regioni*, 2008, p. 407; R. CARANTA, «Prime correzioni di rotta della Corte Costituzionale in materia di tutela della concorrenza», in *Le regioni*, 2008, p. 698; R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, in *Le regioni*, 2008, p. 398.

58 L. CASSETTI, *Appalti e concorrenza: quante sono le anime della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 4565.

59 Si vedano, ad esempio, Corte cost. 14 dicembre 2007, n. 431, in *Giur. cost.*, 2007, p. 4575; Corte cost. 6 novembre 2009, n. 283, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4389, che ha affermato: «l'uniformità rappresenta un valore in sé perché differenti normative regionali sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali», non consentendo, dunque, «alle Regioni di adottare una disciplina relative alle procedure ad evidenza pubblica, neppure quando essa miri a garantire un livello di concorrenza più elevato rispetto a quello statale»; Corte cost. 11 febbraio 2011, n. 43, in *Giur. cost.*, 2011, p. 579.

60 Corte cost. n. 272/2004, cit.

61 Corte cost. 20 novembre 2009, n. 307, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4623.

62 Così A. ARGENTATI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di tutela della concorrenza a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., p. 27 richiamando E. LANZA, *Trasversalità e uniformità della tutela della concorrenza nel rapporto tra Stato e Regioni*, in www.issirfa.cnr.it.

zionale, dopo le due sentenze (n.1/2008 e n. 205/2011) richiamate in precedenza, con la sentenza in commento sembrerebbe avere modificato il proprio orientamento, risolvendo la questione di riparto delle competenze legislative alla luce di parametri in precedenza impiegati solo in settori economici diversi da quello delle concessioni di beni demaniali.

La sensazione che Corte costituzionale n. 28/2014 costituisca il punto di approdo di un'evoluzione di pensiero che tende al progressivo superamento dell'eterogeneità settoriale, nasce, in particolare, dal confronto con una recente sentenza in tema di contratti pubblici: la n. 187 del 2013⁶³.

La vertenza in quel caso traeva origine dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, che ha abrogato la disciplina relativa alle tariffe professionali, affidando ad apposito decreto ministeriale la determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici dei servizi relativi all'architettura e all'ingegneria. Anche quella vicenda aveva per protagonista la Provincia autonoma di Trento, e questa circostanza rafforza la sensazione di «continuità» tra le due pronunce.

In quel caso, secondo il ragionamento proposto dall'Avvocatura dello Stato e accolto dalla Corte, la legge provinciale 3 agosto 2012, n. 18 avrebbe modificato i criteri previsti ai fini della determinazione dei compensi per attività professionali in caso di affidamento degli incarichi di progettazione ed altre attività tecniche, prevedendo, in via suppletiva, l'utilizzo dell'elenco prezzi previsto dalla legge provinciale per determinare i compensi, e in via transitoria, il ricorso alle tariffe professionali come riferimento per determinare i compensi stessi, ponendosi in tal modo in contrasto con il d.l. n. 1/2012 e violando dunque la competenza statale in materia di tutela della concorrenza.

Le due pronunce (n. 187/2013 e n. 28/2014) presentano punti di contatto particolarmente significativi, sia sotto il profilo dell'*iter* logico seguito dalla Corte nelle sue argomentazioni, sia dal punto di vista delle conclusioni alle quali giungono.

In entrambi i casi, infatti, la Corte ha in primo luogo osservato che la legislazione regionale o provinciale degli enti dotati di autonomia particolare⁶⁴ non è libera di esplicarsi senza vincoli, poiché è espressamente previsto il limite del rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e degli obblighi internazionali, nonché quello del riparto di competenze tra Stato e Regioni, come disciplinato dall'art. 117, comma 2, Cost.

Con specifico riferimento ai limiti derivanti dal riparto di competenze legislative, la Corte si è interrogata sull'oggetto delle norme sottoposte al vaglio di legittimità costituzionale.

Nella sentenza n. 28/2014, come già detto, la Consulta si è limitata a rilevare come le disposizioni in esame mirassero ad agevolare l'accesso degli operatori al mercato dell'energia, rientrando di conseguenza nella materia «tutela della concorrenza».

Ciò significa che, in definitiva, la Corte ha – implicitamente – riconosciuto che le norme che disciplinano la fase transitoria nel passaggio da un sistema monopolistico ad uno concorrenziale hanno per oggetto il «modo di funzionamento reale di un mercato», rientrando dunque interamente nella competenza esclusiva statale, a prescindere dal fatto che l'effetto in concreto prodotto sia il differimento nel tempo del momento di confronto concorrenziale tra gli operatori.

63 Corte cost. 12 luglio 2013, n. 187, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2695.

64 Ma il discorso vale, a maggior ragione, per le Regioni a statuto ordinario.

L'esito è stato il medesimo anche nella sentenza n. 187/2013: la Corte ha affermato che l'effetto della norma provinciale era quello di determinare la perdurante applicazione di disposizioni lesive dei principi di tutela della concorrenza, e ne ha conseguentemente dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione della competenza legislativa esclusiva dello Stato, nonostante la Provincia sia titolare, ai sensi dell'art. 8, comma 1, n. 17, dello statuto di autonomia, di potestà legislativa esclusiva in materia di lavori pubblici di interesse provinciale.

L'unica differenza tra le due pronunce è che, nel secondo caso, era lo Stato a sollevare questione di legittimità costituzionale con riferimento ad una legge provinciale, e non viceversa.

A ben vedere, però, quest'ultima circostanza non sminuisce la sensazione di un mutamento di indirizzo nella giurisprudenza costituzionale, anzi, semmai la rafforza, poiché conferma la volontà del Giudice delle Leggi di uniformare i parametri di valutazione delle questioni di riparto di competenze legislative nelle ipotesi in cui assume rilievo l'art. 117, comma 2, lett. e), Cost.

In definitiva, fermo restando che il nuovo orientamento che la Corte Costituzionale sembra aver assunto con riferimento alla materia «tutela della concorrenza» non è sufficientemente consolidato da fornire linee di indirizzo inequivocabili, dalla lettura delle pronunce più recenti emerge uno sforzo teso al progressivo superamento di – almeno – una parte delle antinomie che hanno caratterizzato la giurisprudenza costituzionale negli anni passati.

Da un lato, prescindendo dal fatto che la violazione del riparto di competenze provenga da una legge statale o da una legge regionale (o provinciale, qualora si tratti di una Provincia autonoma), la Corte dimostra di voler consolidare l'uniformità territoriale delle norme che disciplinano aspetti riconducibili all'ambito della tutela della concorrenza, concludendo sempre per l'affermazione della competenza legislativa statale.

Dall'altro lato, l'utilizzo di criteri e parametri uniformi nella risoluzione di questioni di riparto di competenze tra Stato e Regioni riferite a settori economici distinti, testimonia la volontà della Corte costituzionale di superare l'eterogeneità settoriale che fino ad oggi ha contraddistinto la propria giurisprudenza in materia di «tutela della concorrenza».



RECENSIONI

Massimo Florio, *Network Industries and Social Welfare. The Experiment that Reshuffled European Utilities*, Oxford University Press, 2013, pp. V-406.

1. Il volume *Network Industries and Social Welfare* è un punto di arrivo di numerosi studi compiuti negli ultimi dieci anni da Massimo Florio sui processi di privatizzazione e liberalizzazione dei servizi di interesse generale. L'autore, nell'ambito di numerosi progetti sia di livello europeo (nell'ambito del 6th Programma quadro con il progetto *Understanding privatization policy*) che nazionale, si è occupato in particolare dei processi di riforma sviluppati in questi anni e dei benefici da essi derivanti relativamente al livello dei prezzi ed al grado di soddisfazione degli utenti. In questo senso, alla luce della sua formazione economica, ha svolto un'analisi di alcuni aspetti quali le *performances* delle aziende di servizi, gli effetti generati dalle politiche di liberalizzazione del mercato (in particolare del mercato elettrico) ed il benessere sociale generato dalla riorganizzazione dei servizi di interesse generale in Europa.

Il lavoro offre una rilettura approfondita delle riforme compiute in oltre due decenni in Europa volta ad evidenziare come non vi sia necessaria corrispondenza fra apertura del mercato dei servizi, incremento della concorrenza e benefici per i consumatori. In questo senso l'autore rilegge criticamente la vasta letteratura in materia di *network industries* relativa alla stretta correlazione, costruita da molti autori, fra privatizzazione e creazione di un mercato competitivo (specialmente nei settori delle telecomunicazioni e dell'energia). La centralità di questa correlazione, influenzando sulle scelte politiche e le conseguenti riforme adottate, non consente di valutare adeguatamente un parametro fondamentale e cioè i benefici che le misure adottate possono o meno generare per gli utenti.

Infatti le politiche di liberalizzazione e privatizzazione dovrebbero sempre essere valutate anche in un'ottica di "economia del benessere" per far emergere le variazioni nel livello di benessere degli utenti da queste generate. Si tratta di un'analisi da intendere come parte integrante di quella sull'andamento dell'apertura del mercato e che richiede la costruzione di un modello di indicatori che permettano di valutare contestualmente, nei singoli settori, sia il livello di concorrenza raggiunto che gli effetti generati sui consumatori.

L'Autore sviluppa proprio questa ricerca a partire da un indicatore di rilievo, quale il livello dei prezzi, tenendo conto del suo andamento nei diversi contesti di mercato. Il volume si sofferma sia su mercati caratterizzati dalla presenza delle sole imprese nazionalizzate che su mercati aperti per evidenziare come possano riscontrarsi distorsioni inerenti il sistema dei prezzi in entrambe le situazioni. Nel primo caso, i problemi tariffari sono collegati proprio all'assenza di concorrenza, nel secondo all'ingresso di soggetti privati che spesso pongono in essere un sistema di tariffe differenziato per categorie di utenti e caratterizzato da un notevole cuneo fra costi e prezzi che difficilmente può essere considerato ottimale in base ai canoni standard

dell'economia del benessere (come dimostra ad es. il caso inglese descritto nel volume).

Risulta chiaro che per comprendere ed analizzare questi aspetti e le differenze esistenti nel contesto europeo è necessario seguire un approccio di tipo multidisciplinare che consideri non solo aspetti puramente economici ma anche le connessioni fra scelte politiche, diritto e geopolitica.

2. Il lavoro presenta un'analisi dettagliata delle riforme e della loro applicazione in diversi settori, con particolare attenzione alle comunicazioni elettroniche ed all'energia, evidenziando così finalità perseguite e risultati finora raggiunti. In questa prospettiva non si limita ad un'indagine di tipo teorico ma costruisce una griglia di indicatori volti a misurare il livello di soddisfazione dei consumatori prima e dopo l'introduzione delle riforme con particolare attenzione al riflesso sull'andamento delle tariffe dei servizi, sulla qualità e sulla capacità di ampliare l'offerta attraverso un incremento del numero di operatori.

La scelta di soffermarsi sui servizi a rete non è casuale perché, come si evidenzia, la capacità di interconnessione nei diversi ambiti ha acquisito un'importanza sempre crescente fino a diventare centrale per la nostra società. Al riguardo Florio sottolinea come *«Our societies are deeply influenced by this capacity of linking users through networks. Some of the most important innovations of the last few decades are supported by new types of connecting infrastructures, including communication satellites, GPS services, and shared computing facilities»* (p. 4).

Lo scenario europeo che è referente privilegiato dell'analisi rappresenta il contesto migliore per osservare gli effetti della liberalizzazione/privatizzazione dopo che l'Europa ha promosso, nel quadro delle politiche di creazione del mercato interno, processi di apertura dei mercati dei servizi di pubblica utilità. Ciò ha generato profondi cambiamenti in molti paesi sia sotto il profilo regolatorio che delle forme di gestione, in particolare attraverso l'ingresso dei soggetti privati.

La prima parte del volume è dedicata ad un'attenta ricostruzione degli interventi adottati e dei fattori che li hanno determinati. In particolare si ripercorrono le tappe della creazione del mercato unico e si analizzano gli effetti generati dalla modifica del quadro geopolitico frutto della caduta dell'Unione Sovietica e della sua conseguente disgregazione. L'analisi tiene conto anche delle conseguenze della globalizzazione dei mercati finanziari e delle scelte assunte prima dal governo americano e successivamente da quello inglese (soprattutto durante il governo Thatcher). L'indagine prosegue con una ricognizione degli sviluppi generati dalle riforme introdotte che evidenzia a livello europeo l'assenza di un modello unico per le liberalizzazioni/privatizzazioni con conseguenti differenziazioni sia dal punto di vista dell'organizzazione delle imprese che delle *performance*. A vent'anni dall'inizio del percorso di riforma, le differenze esistenti in origine non risultano ancora superate. Rimane, inoltre, aperto l'interrogativo sul possibile contributo verso una maggiore convergenza che le istituzioni di regolazione europee create in questi anni possono dare.

3. Alla luce dei cambiamenti introdotti per comprendere la correlazione fra livello di apertura del mercato (situazione di monopolio, oligopolio, ecc.) e *welfare effects* l'Autore elabora un modello economico in grado di tenere conto

dei diversi parametri e la cui efficacia viene testata nella seconda parte del volume attraverso l'applicazione a diversi settori: i servizi telefonici, l'elettricità ed il gas.

Il settore telefonico risulta di notevole interesse perché l'evoluzione tecnologica e la sua applicazione non sono condizionate da caratteristiche geografiche. Questo permette di effettuare una ricognizione dei cambiamenti avvenuti sia nell'ambito dei servizi residenziali che della telefonia mobile nei diversi Stati membri (p. 97 ss.). Per analizzare questi due mercati l'Autore considera il percorso iniziato con i processi di liberalizzazione e si sofferma sull'impatto dei cambiamenti sulle dinamiche dei prezzi e sugli eventuali ulteriori costi che gli utenti hanno dovuto sostenere (p.128).

Nel caso dell'elettricità l'indagine è dedicata in particolare agli effetti dei processi di privatizzazione/liberalizzazione sui prezzi residenziali con un focus specifico sulla situazione del Regno Unito (p. 176 ss.). A questo proposito viene dedicata una particolare attenzione alle singole azioni (privatizzazione, scorporo di imprese verticalmente integrate e liberalizzazione) che in genere sono state parte di un unico pacchetto di riforme ed agli effetti da esse prodotti. Dai dati raccolti sia a livello europeo che internazionale e dalla loro analisi emerge che *«the overall impact of the reform package on consumer prices (...) is never statistically significant for electricity prices»* (p.185).

Infine per quanto concerne il gas, l'Autore esamina le caratteristiche tecnologiche del settore per soffermarsi sulla struttura dei mercati nei diversi paesi europei e sugli elementi che la influenzano. In relazione a questo settore si sottolinea come non sempre i cambiamenti ed una maggiore apertura del mercato e l'ingresso di privati si traducano in benefici per i consumatori. Infatti il settore del gas mostra come l'impatto delle riforme attuate negli anni passati nei diversi paesi possa essere valutato *«at best negligible»* rispetto alle variazioni sui prezzi per le famiglie (p. 217).

4. La terza parte del lavoro è dedicata in modo specifico alla soddisfazione dei consumatori attraverso un'indagine sulla percezione del servizio, sulla sua qualità, sull'accessibilità per gli utenti e sugli effetti per la coesione territoriale.

Questa sezione intitolata *“Perceptions, Quality, Affordability”* nella sua parte iniziale è dedicata proprio alla rilevanza degli aspetti definitivi e concettuali nelle indagini sui consumatori come dimostra il concetto stesso di qualità e la difficoltà di darne una definizione esatta e univoca. Infatti la percezione della qualità, come dimostrano anche i dati delle interviste agli utenti, è strettamente connessa alla quantità di informazioni che i soggetti hanno a disposizione (p. 249 ss.).

Peraltro un elemento capace di influenzare sia la qualità del servizio che la sua percezione è rappresentato dalla diversità degli assetti proprietari e dalle aspettative che le modifiche in quest'ambito sono in grado di generare sui consumatori. A questo proposito la ricerca mostra come, nonostante un'amplessissima letteratura sottolinei come il cambiamento degli assetti proprietari sia in grado di generare potenti incentivi all'efficienza ed i consumatori ritengano di riceverne dei benefici, non sempre questo si realizza secondo le previsioni.

Quindi Florio evidenzia come per valutare a pieno gli effetti delle riforme adottate sia necessario distinguere fra benefici “reali” e benefici “percepiti” dai consumatori. Dai dati riportati emerge come la percezione dell'utente sulla qualità del servizio risulti strettamente connessa alla quantità di informazioni di cui il soggetto dispone. Infatti, a parità di informazioni disponibili per gli utenti,

si registra un diverso grado di comprensione ed elaborazione dipendente dall'appartenenza ad una determinata classe sociale con dirette conseguenze sul loro grado di soddisfazione. Chi appartiene alle classi meno avvantaggiate ha generalmente meno possibilità di accedere alle informazioni ed ha comunque minore capacità di comprenderle immediatamente e tradurle in azioni corrispondenti (ad esempio facendo un bilancio dei vantaggi/svantaggi di avere un determinato operatore rispetto ad un altro). Questa capacità ha effetti diretti sulle scelte come ad esempio quella di cambiare operatore e conseguentemente sul grado di soddisfazione riguardo il servizio. Ciò che emerge chiaramente dall'indagine è che le barriere sociali che condizionano l'accesso alle informazioni rappresentano un elemento chiave per valutare il grado di soddisfazione. Di conseguenza quest'aspetto dovrebbe essere tenuto in attenta considerazione nel momento in cui si definiscono linee di riforma dei mercati dei servizi di interesse economico generale.

Come Florio sottolinea nelle conclusioni del suo lavoro, riprendendo alcune considerazioni di Teichman, le medesime riforme attuate in contesti diversi possono avere esiti molto diversi. Ciò avviene in particolare *«when the social and political context is only superficially analogous to the one where the reform package was originally conceived»* (p. 354).

Il volume risulta di notevole interesse: esso focalizza l'analisi sulla lunga stagione di riforme effettuate in Europa nei settori dei servizi di interesse economico generale, evidenziando come la sfida per rendere efficaci provvedimenti di questa portata sia quella di mantenere strettamente interconnesse le misure di apertura dei mercati e la crescita del benessere dei consumatori. Questo approccio rileva particolarmente a livello europeo perché le *network industries* e i servizi da esse forniti sono il cuore del modello sociale europeo e degli obiettivi di "Europa 2020". Un passaggio fondamentale per rafforzare tale binomio è quello di rendere disponibili informazioni "il più possibile intelligenti" e cioè in grado di garantire il livello ottimale dei dati necessari per compiere le scelte ed in modo tale che risultino comprensibili per tutte o almeno per la maggior parte delle fasce di popolazione.

(Allegra Canepa)



RECENSIONI

Simone Torricelli, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Maggioli Editore, Rimini, 2013, pp. I-300.

1. Nello scenario più recente dei volumi di diritto amministrativo che proiettano lo studio della materia nella dimensione europea, la monografia di Simone Torricelli si segnala per essere uno dei contributi più significativi volti alla ridefinizione teorica di un ordinamento effettivamente integrato.

L'originalità dello studio va segnalata in particolare rispetto al panorama, ormai assai ricco, dei volumi riconducibili al c.d. "diritto amministrativo globale", che ha segnato il tramonto dell'approccio esclusivamente stato-centrico, costringendo la scienza pubblicistica a indagare la ricca trama di organismi sostanzialmente pubblici di varia specie, agenti sulla base di comuni principi amministrativistici, sussistenti al di là dei confini dello Stato e con esso (*rectius*: con i cittadini e le amministrazioni al suo interno) variamente interagenti.

D'altro canto il volume di Torricelli si distingue anche dagli studi di "diritto amministrativo comunitario", che ricostruiscono i procedimenti complessi nei quali sono competenti al contempo amministrazioni nazionali e comunitarie, palesando la diretta incidenza delle funzioni amministrative dell'Unione europea nel panorama interno; così come si differenzia dagli studi di carattere più marcatamente comparato, che segnalano continuità e discontinuità, in senso orizzontale, tra ordinamenti amministrativi europei.

La peculiarità del volume va piuttosto ricercata nella rilettura sistematica delle profonde modifiche incise nel regime del provvedimento amministrativo, per effetto del suo interfacciarsi con le libertà economiche, che godono, grazie all'ordinamento comunitario, di uno statuto giuridico di protezione rafforzata.

L'attuale fase d'integrazione europea rende, infatti, manifesta l'asimmetria tra regime delle libertà di circolazione europee e regime del provvedimento, che per un amministrativista implica un autentico capovolgimento dei termini tradizionali dell'indagine: laddove gli studiosi liberali erano posti dinanzi alla questione di tessere le garanzie dei cittadini rispetto al potere pubblico autoritativo, ora l'indagine sembra spostarsi sugli spazi che residuano al potere rispetto a un regime delle libertà (sovrnazionali) di carattere fortemente pervasivo.

La presa d'atto di una sorta d'inversione dei termini dell'indagine emerge chiaramente dal volume che, sin dalle pagine introduttive, evidenzia la situazione complessa in cui operano le amministrazioni nazionali, chiamate a comporre l'attuazione dovuta del diritto europeo con la realizzazione degli interessi nazionali, secondo gli indirizzi politici interni di cui sono le prime destinatarie.

Le esigenze dell'integrazione europea e il carattere sovranazionale del regime delle libertà economiche fungono così da scalpelli che rimodellano la stessa fisionomia del potere pubblico discrezionale, desacralizzando tale terreno inviolabile posto, sin dagli albori dello Stato liberale, a presidio dell'interesse pubblico nazionale, quale interesse positivizzato dalla legge.

Il lettore si affaccia alla lettura del volume, dunque, con l'interrogativo se possa sopravvivere una sistematica del potere pubblico e del provvedimento

amministrativo, che ne è stato tradizionalmente il riflesso, o se il regime del provvedimento non sia ormai che la risultante occasionale di processi di segno diverso che ne erodono la tradizionale fisionomia, così come l'esclusivo ancoraggio statale.

2. Nella scansione degli argomenti indagati, il volume dà conto di una disarticolazione del regime del provvedimento amministrativo (che incide sulle libertà economiche) che consente di concentrare l'analisi intorno ad alcune questioni focali.

Ad esempio, nel capitolo di apertura l'esame della questione relativa al rapporto tra esercizio del potere discrezionale e accesso al mercato consente all'Autore di indagare le trasformazioni indotte sulla discrezionalità dalla convergenza del principio di precauzione e di quello della predeterminazione delle regole in funzione della libertà individuale: si tratta di una mutazione non solo nel processo decisionale, ma nella stessa tecnica di selezione degli interessi e, conseguentemente, delle scelte possibili, che porta a irrigidire lo schema delle alternative legittime, con evidenti implicazioni sistematiche.

Anche in tema di regimi autorizzatori, di cui si occupa il secondo capitolo, l'incidenza delle norme europee ha portato a tipizzare nei "motivi imperativi di interesse generale" i motivi che fondano la possibilità di provvedimenti autorizzatori che condizionino l'accesso ai mercati, costringendo gli Stati membri a una sorta di inversione dell'onere della prova circa la necessità del loro mantenimento, in un'ottica di proporzionalità. Ecco che, in tale contesto, gli istituti italiani di semplificazione (silenzio-assenso e SCIA), all'origine di non poche questioni ove li si legga nella dimensione delle garanzie, diventano meccanismi virtuosi nel più ampio scenario europeo, caratterizzato dal sospetto per i controlli amministrativi previ. Anzi, l'Autore dimostra come la diretta incidenza della garanzia rafforzata delle libertà economiche sulle scelte discrezionali consenta di risolvere una serie di questioni interpretative concernenti gli istituti di semplificazione, intorno alle quali sussiste un ampio dibattito dottrinale (nonché una giurisprudenza amministrativa definita "fortemente autoritaria").

Mano a mano che si avanza nella lettura del libro, si fa più forte l'impressione di un regime del provvedimento sempre più sclerotizzato per effetto di istituti ad esso apparentemente esterni.

Così, nel terzo capitolo, l'Autore evidenzia la scossa che subisce il tradizionale legame teorico tra provvedimento e suoi effetti, in ragione del principio di mutuo riconoscimento, che proietta gli effetti abilitanti prodottisi all'interno di uno Stato membro al di fuori dei confini nazionali. In conseguenza di queste trasformazioni l'atto amministrativo perde la sua tradizionale infungibilità, in uno spazio regolato (il mercato europeo) che è più ampio di quello dei poteri regolanti.

Anche la tradizionale capacità di stabilizzazione del provvedimento viene in discussione nel capitolo dedicato all'invalidità, come emerge con evidenza a partire dalla questione della disapplicazione degli atti amministrativi, generali e non, contrastanti con il diritto comunitario, che costituisce il contenuto di uno specifico obbligo dell'amministrazione oltre che del giudice.

L'evoluzione osservata (risultante soprattutto dalla giurisprudenza comunitaria) si spinge oltre, fino a negare che la stabilizzazione del provvedimento – strumento ordinario di definizione e consolidamento dell'interesse pubblico concreto – possa opporsi alla permeazione dell'interesse pubblico europeo (da cui

traggono origine le libertà economiche garantite a livello transnazionale). Perciò anche il provvedimento definitivo può perdere questa sua caratteristica e tornare in discussione, laddove venga in questione l'osservanza degli obblighi del diritto europeo: si tratta di una missione rispetto alla quale anche l'esercizio di poteri discrezionali per eccellenza, com'è quello di annullamento d'ufficio (di cui l'Autore si occupa nel quinto capitolo) enfatizza il proprio carattere di doverosità, in modo coerente con la dimensione della strumentalità dell'agire dell'amministrazione alle necessità dell'integrazione comunitaria.

3. Lo sguardo d'insieme alle trasformazioni così incisivamente indotte dal regime rafforzato delle libertà economiche sulle condizioni di esercizio del potere amministrativo legittima l'interrogativo, a conclusione del libro, se non sia giunto il momento di rifondare su nuovi presupposti l'impianto teorico classico del provvedimento amministrativo.

L'Autore stesso, nell'ultimo capitolo, identifica le ragioni per cui tale operazione è attualmente complessa, stante il carattere ancora parziale e contraddittorio del processo di integrazione in corso.

È un chiaro sintomo di questa situazione la problematica della disparità di regime tra le situazioni centrate sulle libertà economiche transnazionali, assistite dal regime europeo rafforzato, e le situazioni "puramente interne", rispetto alle quali non sussistono i presupposti di una specifica limitazione del potere amministrativo, nel senso indagato. Si tratta di una disparità che la stessa Corte di Giustizia cerca di stemperare, offrendo il proprio supporto interpretativo alle situazioni "meramente interne", per garantire una corretta applicazione delle norme europee.

Proprio nelle pagine finali del volume l'Autore identifica l'unica distinzione che potrebbe dirsi coerente con l'impianto costituzionale interno nella considerazione separata delle situazioni che sono incidenti sul mercato (per le quali è definita la congerie di vincoli europei al potere pubblico) e delle situazioni che non lo sono, a prescindere dal profilo della transnazionalità.

Ciò è significativo perché rimarca il procedere ancora parziale dell'Unione europea, che si è servita della ridefinizione del regime delle libertà economiche in modo strumentale alla formazione del mercato comune, ma che appare tuttora lontana dall'assumere i caratteri di un ordinamento in grado di operare una pervasiva funzionalizzazione dell'agire delle amministrazioni pubbliche all'interesse pubblico comunitario.

Sotto questo profilo, aspirare alla progressione del processo d'integrazione significa mettere al centro dell'attenzione il cittadino europeo, con la complessità dei suoi interessi, non solamente economici ma anche di carattere più squisitamente sociale.

In conclusione, si può dire che la lettura del volume di Torricelli è stimolante sotto diversi punti di vista.

In primo luogo perché, nell'evidenziare le ricadute dello statuto rafforzato delle libertà economiche europee sul regime del provvedimento amministrativo, il volume allena lo studioso a ripensare le categorie nella dimensione di un'integrazione non solamente potenziale o futura, ma già in atto.

Le riflessioni sulla crisi dello Stato sono già patrimonio del passato: scontato che il potere pubblico non è più autoreferenziale, specie laddove impatta con l'interesse europeo all'edificazione di un mercato comune, occorre ora ricostruire un sistema concettuale aggiornato, passando al vaglio nozioni e

concetti appartenenti al patrimonio della scienza giuridica pubblicistica.

Uno dei meriti maggiori del volume, sotto questo profilo, è proprio quello di interrogarsi continuamente sulle implicazioni sistematiche delle acquisizioni mano a mano raggiunte e di non lasciare mai l'analisi degli istituti priva di una più ampia considerazione delle implicazioni di contesto.

In questo scenario il volume costituisce, sotto un ulteriore punto di vista, un contributo significativo riguardo al metodo della ricerca.

Laddove l'amministrativista in passato ragionava in termini di un'asimmetria, si potrebbe dire, unidirezionale (potere autoritativo statale/libertà individuali), oggi lo stesso studioso è chiamato a prendere in esame le implicazioni di rapporti asimmetrici che si realizzano a più livelli, per situazioni soggettive differenti, nella distinta considerazione delle situazioni incidenti e di quelle non incidenti sul mercato.

La ricerca deve dunque assumere come necessaria in partenza la disarticolazione delle categorie, anche al fine di poterle successivamente ricomporre secondo aggregati e presupposti nuovi; nonché deve registrare le variazioni di breve e di lungo periodo e distinguere ciò che presenta i caratteri della stabilità da ciò che appare invece transitorio.

Nello specifico, la transitorietà della fase di integrazione che stiamo vivendo può consigliare di non cedere alla tentazione di facili "fughe in avanti", ma non impedisce di approfondire le trasformazioni indotte con uno sguardo speculativo, come il volume di Simone Torricelli induce a fare.

(Mauro Renna)



RECENSIONI

Francesco Goisis *, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014.

1. Il piccolo volume di Francesco Goisis, edito a novembre da Giappichelli, è il frutto maturo dell'ampia ricerca dedicata dallo studioso al tema delle garanzie nel procedimento sanzionatorio. Ed è forse anche il seme per la fondazione di una nuova «teoria generale dell'illecito, comunque sanzionato» (per usare le parole di Giovanni Maria Flick).

L'oggetto della analisi è la tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative nel sistema delineato dalla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), argomento peraltro di estrema attualità con specifico riferimento ai procedimenti sanzionatori delle Autorità amministrative indipendenti (cfr. su questo numero, F. PALLADINO, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti tra matière pénale e divieto di bis in idem. Note a margine della sentenza Grande Stevens*).

Il metodo utilizzato è quello di enucleare, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, le nozioni e i principi della CEDU nel loro "vivo" significato, per poi "collocarli" entro i confini del nostro ordinamento e qui farli "rivivere". Operazione questa che consente all'Autore di "misurare" il nostro sistema sanzionatorio con un metro nuovo (quello della CEDU) cogliendone una sostanziale inadeguatezza.

Di tale metodo il secondo capitolo, dedicato al principio di legalità, costituisce la migliore rappresentazione. Questi i passaggi essenziali del ragionamento. Primo: il principio di legalità che emerge dall'esame della giurisprudenza della Corte EDU può esprimersi nei termini di *nullum crimen, nulla poena, sine lege* (che non deve essere necessariamente scritta), *certa* (nel senso che esso esige una certa qualità della normazione), *stricta* (nel senso che esso pone il divieto di applicazione estensiva, prima che analogica) *et previa* (nel senso che esso pone il divieto di retroattività in *malam partem* e, di converso, implica retroattività in *bonam partem* del trattamento sanzionatorio più mite). Secondo: questo "nuovo" principio di legalità deve essere collocato entro i confini del nostro ordinamento e non può importare un superamento della riserva di legge prevista dall'art. 25, comma 2 della Costituzione, il che significa che la norma "incriminatrice" – che pure per la Convenzione può avere fonte non scritta – nel nostro sistema deve essere posta dalla legge. Terzo (ed è il passaggio che sembra più interessante, cogliendo il rapporto di continua osmosi tra sistema nazionale e CEDU): la riserva di legge di cui all'art. 25 della Costituzione deve, a sua volta, leggersi alla luce di altro "concetto" CEDU, quello di "materia penale", al quale Goisis dedica il primo capitolo del suo lavoro. Alla luce dell'ampia nozione CEDU di "materia penale", la riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. deve quindi estendersi alle sanzioni amministrative, con il conseguente rifiuto della fonte sub-legislativa ai fini della definizione degli illeciti amministrativi. In forza di questo ragionamento Goisis mette in crisi l'idea (consolidata nella nostra giurisprudenza costituzionale, penale e amministrativa) che in materia di sanzioni amministrative vi sia una riserva di legge relativa, dalla quale discenderebbe la piena legittimità della determinazione delle condotte illecite tramite il rinvio alla violazione di norme poste da Autorità amministrative indipendenti.

La riconduzione degli illeciti amministrativi all'art. 25 invece che all'art. 23 Cost. pare importante, anche oltre l'oggetto di indagine di Goisis, poiché "riattualizza" il dibattito sui poteri normativi delle Autorità indipendenti che la migliore dottrina amministrativa ha risolto rintracciandone la legittimazione nel diritto comunitario che, come noto, ha previsto l'istituzione di autorità di settore dotate di poteri di regolazione (e sanzionatori): conclusione che meriterà forse qualche ulteriore considerazione alla luce dell'art. 7 della CEDU.

Ma torniamo a Goisis, che estende il suo ragionamento ai corollari del principio di legalità, traendone le estreme conseguenze con riferimento al sistema delle sanzioni "penali" in senso ampio, senza mai mancare di cogliere gli spunti (pochi) che la più recente giurisprudenza nazionale offre alla sua lettura in termini di: a) irretroattività (tradizionalmente predicata solo per le norme penali) delle previsioni di sanzioni amministrative e retroattività in *bonam partem* del trattamento sanzionatorio più favorevole (come noto, tradizionalmente escluso in materia di illeciti amministrativi dalla giurisprudenza nazionale, e proprio in applicazione di un principio di legalità "impermeabile" alla CEDU); b) divieto di applicazione estensiva (assente nel nostro ordinamento anche in materia penale); c) necessità dell'elemento soggettivo (riconosciuto nel nostro ordinamento solo con riferimento alle sanzioni pecuniarie e a quelle accessorie e sempre operando una presunzione *iuris tantum* di colpa, che comporterebbe, a parere dell'Autore, una violazione del principio di presunzione di innocenza di cui al comma 2 dell'art. 6 della CEDU).

Con questo metodo – che l'indagine sul principio di legalità consente di cogliere a pieno – l'Autore sviluppa il suo lavoro sulle tutele del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative.

Il punto di partenza (capitolo 1) è l'ormai nota nozione sostanziale di "materia penale" elaborata dalla giurisprudenza CEDU il cui esame puntuale fonda la convinzione dell'Autore che tutte le sanzioni amministrative pecuniarie italiane (da quelle, più rilevanti, delle Autorità amministrative indipendenti a quelle minori per illeciti stradali) siano "penali" ai sensi della CEDU e quindi reclamino pienezza di garanzie a favore del cittadino, ai sensi dell'art. 6 della CEDU. Convinzione che l'Autore estende – ed è passaggio complesso, effettuato con la consapevolezza degli argomenti contrari svolti dalla dottrina, da Zanolini a Travi a A. Sandulli – anche a misure che perseguono finalità ripristinatorie e di cura in concreto dell'interesse pubblico, oltre che tipicamente afflittive: misure cioè che il nostro ordinamento non configura nemmeno quali sanzioni in senso stretto e che sfuggono pertanto alle garanzie (minime) offerte dalla legge generale sulle sanzioni amministrative. L'Autore evidenzia come l'ampiezza e la flessibilità della nozione di sanzione penale desunta dall'analisi della giurisprudenza CEDU – penetrata sia pure non facilmente nella giurisprudenza dell'Unione europea e almeno in parte anche nella nostra giurisprudenza costituzionale – scongiuri l'altrimenti possibile "truffa delle etichette" da parte degli ordinamenti nazionali che potrebbero sottrarre intere materie alle garanzie CEDU semplicemente evitando di qualificare le stesse come "penali".

L'interpretazione che del diritto ad un processo equo offre la Corte di Strasburgo (e il "precipitato" che Goisis ne trae sul piano del diritto interno) rappresenta il punto centrale del lavoro (capitolo 3), se non altro perché alla definizione dell'ambito di tutela di tale diritto è funzionalizzata la nozione ampia di sanzione penale che ne ha costituito il punto di partenza.

L'esame della giurisprudenza CEDU sul mancato rispetto dell'art. 6 della

Convenzione da parte delle Autorità francesi preposte alla tutela del credito e dei mercati finanziari induce l'Autore a ritenere che nel campo delle sanzioni amministrative il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 CEDU attenga direttamente e primariamente al procedimento amministrativo. Non si tratta di passaggio semplice. Per compierlo Goisis esamina in controluce (ossia alla luce del principio della domanda) la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che altrimenti indurrebbe l'interprete a confidare nell'idea di un'ampia compensabilità *ex post* – e cioè in un processo di piena giurisdizione – della mancanza di garanzie procedurali (questa l'indicazione che potrebbe trarsi dalle decisioni relative ai casi Menarini e Grande Stevens).

L'Autore sottopone a critica l'idea dell'idoneità sempre sanante del processo di piena giurisdizione rispetto ai vizi procedurali (per esempio, la mancata audizione dell'incolpato), guardando, da un lato, alla giurisprudenza CEDU sulle *minor offences* e sui principi della presunzione di innocenza e di rifiuto di ogni *prosecutorial bias* e, dall'altro, agli ostacoli che lo stesso diritto interno frappone alla compensabilità *ex post*, in sede processuale, della mancanza di (almeno alcune) garanzie procedurali. Ostacoli che l'Autore individua anzitutto nelle disposizioni legislative nazionali che, in tema di potestà sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti, impongono la distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie.

Enucleato dalla (non sempre univoca) giurisprudenza CEDU il principio della necessaria anticipazione alla fase procedimentale della tutela del diritto all'equo processo nel caso di irrogazione di sanzioni sostanzialmente penali da parte di autorità pubbliche non inserite nell'ordinaria organizzazione giudiziale (salva l'idoneità sanante della *full jurisdiction* limitata, secondo Goisis, alle sole c.d. *minor offences*) e "ricollocato" tale principio nel sistema nazionale, l'Autore conclude per l'inadeguatezza del procedimento sanzionatorio nazionale il cui carattere inquisitorio risulterebbe chiaramente dalla legge n. 689/81 e, in particolare, dagli artt. 14 (che non garantisce né la necessaria separazione tra organo di accusa e organo decisorio, né il diritto dell'accusato di essere informato nel più breve tempo possibile della natura e dei motivi dell'accusa), 13 (che non consente al cittadino di partecipare in contraddittorio alle attività istruttorie ufficiose) e 18 (che, pur riconoscendo all'interessato il diritto di chiedere un'audizione orale, è oggetto di un'interpretazione giurisprudenziale tendenzialmente abrogatrice).

Ma l'Autore non si ferma alle garanzie procedurali. Entra nel processo e dedica alle garanzie giurisdizionali (e quindi al diritto ad una *full jurisdiction*) l'ultimo capitolo del suo lavoro. Qui conduce un'attenta analisi della giurisprudenza CEDU volta ad individuare i caratteri della *full jurisdiction* e alla luce di questa nozione esamina le principali disposizioni comunitarie e nazionali in materia. E qui coglie il paradosso italiano (che per la verità osserva essere stato anche quello comunitario), ove «una *full jurisdiction* (...) esiste sulla carta, ma in genere non nella realtà giurisprudenziale» (pag. 119) che, come noto, tende a riservare un ampio spazio al merito amministrativo a scapito dell'ampiezza del sindacato giurisdizionale. E ancora una volta, senza falsi pudori, Goisis mostra come l'insegnamento CEDU imporrebbe un'inversione di rotta rispetto a quanto sostenuto dalla giurisprudenza prevalente che dovrebbe condurre «un progressivo, generale, superamento (in relazione a tutta la materia sanzionatoria amministrativa) della distinzione tra la giurisdizione di legittimità e, rispettivamente, di merito, a favore di una riconduzione della prima alla seconda» (par. 129). A meno che – e così l'Autore torna al tema cen-

trale del volume – l'Amministrazione non realizzi essa stessa il giusto processo in sede procedimentale.

2. Nel suo volume Francesco Goisis ci mostra dunque – con la semplicità che viene dall'estensione e dalla profondità dei suoi studi in materia – quali siano le (estreme) conseguenze che dovrebbero trarsi in materia di garanzie procedimentali (e processuali) dalla effettiva applicazione nel nostro ordinamento dei principi dell'equo processo e di legalità contenuti nella CEDU e ora anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Solo su un punto l'Autore non sembra “tirare la corda” della giurisprudenza CEDU, sul principio del *ne bis in idem*. Anzi, rispetto a questo principio (che sta fuori dal suo campo di indagine, poiché nella generalità dei casi esso viene in rilievo quando il procedimento sanzionatorio è concluso e il cittadino sia chiamato a rispondere delle stesse condotte in un giudizio penale) l'Autore sembra mostrare qualche pudore, quello che viene forse dal potenziale conflitto tra questo e il principio di legalità, inteso come prevedibilità della natura (penale o amministrativa) delle conseguenze di una certa condotta (in copertina, “La pudicizia velata” di Francesco Corradini).

La Corte di Strasburgo – chiamata a verificare il rispetto dell'art. 4 del protocollo n. 7 alla CEDU da parte della normativa italiana che in attuazione della direttiva 2003/CE/CE istituisce per gli abusi di mercato un “doppio binario” (fatto di sanzioni amministrative e sanzioni penali) – ha affermato nella decisione *Grande Stevens*: 1) che *“la questione da definire non è quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187 ter e 185 punto 1 del decreto legislativo n. 58/1998 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stessa condotta”*; 2) che *“spetti allo Stato convenuto fare in modo che i nuovi procedimenti penali avviati contro i ricorrenti in violazione di tale disposizione [art. 4 del protocollo n. 7 alla CEDU] e ancora pendenti (...) vengano chiusi nel più breve tempo possibile e senza conseguenze pregiudizievoli per i ricorrenti”*.

Pur sorvolando sulla prima affermazione (che presa alla lettera è tanto ampia da mettere in crisi l'intera teoria del concorso formale di reati), l'Autore non si esime dall'esprimere qualche perplessità sulla seconda. Il problema del *ne bis in idem* non può essere risolto di volta in volta dall'autorità pubblica che si trovi a valutare una condotta per la quale altra autorità abbia già irrogato una sanzione di natura penale: *“visto che non sembra gran che sensato un sistema in cui la prevalenza della sanzione penale o invece amministrativa dipenda dalla maggiore o minore velocità nella conclusione dei relativi procedimenti (ciò tra l'altro apparirebbe incoerente con il principio di legalità-prevedibilità), occorre che il legislatore si astenga dal duplicare (o addirittura moltiplicare) le risposte sanzionatorie (sia di tipo afflittivo che reale-interdittivo), o almeno stabilisca chiari criteri di prevalenza dell'una o altra sanzione, ove entrambe astrattamente minacciate”* (pp. 30-31). Va al nocciolo del problema Goisis: un sistema sanzionatorio costruito intorno ad un doppio binario (sanzione penale/sanzione amministrativa) è compatibile o meno con il principio di *ne bis in idem* di cui all'art. 4 del protocollo n. 7 alla CEDU? È questione cruciale che la Corte di Cassazione ha appena rinviato alla Corte Costituzionale (ordinanza n. 3333/2014), insieme a quella (subordinata) della legittimità – sempre con riferimento all'art. 117, comma 1, della Costituzione e all'art. 4 del protocollo n. 7

alla CEDU, quale norma interposta – dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo volto all'applicazione di una sanzione di natura penale ai sensi della CEDU.

Aspettiamo la pronuncia della Corte costituzionale, ma osserviamo che il legislatore comunitario ha dettato la nuova disciplina in materia di abusi di mercato considerando che *“nulla osta a che gli Stati membri stabiliscano regole per sanzioni amministrative oltre che sanzioni penali per le stesse infrazioni”* (considerando n. 72 del regolamento UE n. 596/2014 relativo agli abusi di mercato) e che *“nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione di sanzioni penali per i reati ai sensi della presente direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del regolamento (UE) n. 596/2014 non violi il principio del ne bis in idem”* (considerando n. 23 della direttiva 2014/57/UE relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato). Espressioni “agnostiche” (“nulla osta”, “dovrebbero”) che celano forse una diversa lettura di disposizioni pure analoghe nella loro formulazione – l'art. 4 del protocollo n. 7 alla CEDU e l'art. 50 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – rendendo la portata del principio del *ne bis in idem* ancora tanto fluida da non consentire nemmeno a Francesco Goisis di coglierla nel profondo, sì da potercela restituire con la limpidezza che caratterizza le pagine del suo libro.

(Valeria Carfi)

* L'Autrice è funzionario dell'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico. Le considerazioni espresse nel contributo sono espresse esclusivamente a titolo personale e non coinvolgono né impegnano l'Istituzione di appartenenza.



RECENSIONI

Ermanno Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Bari, 2013, pp. XVIII-125.

Il titolo del saggio di Vitale è sviante: l'Autore, consegnando ai beni comuni i loro imprescindibili contorni storici e giuridici, fornisce in realtà un contributo denso di stimoli e suggestioni su tale tema complesso e un invito a proseguirne lo studio nella prospettiva multidisciplinare che egli propone.

Il saggio si può dividere in due parti: la prima consiste nella distruzione – molto dotta – del saggio di U. Mattei, *I beni comuni, Un manifesto*, stessa collana dello stesso editore, pubblicato nel 2011. Questa parte, assai ampia e che occupa 89 pagine, oltre metà del volume, risulta assai convincente in quanto fornisce un chiaro e valido contributo all'ordine dei concetti necessariamente coinvolti trattando di beni comuni, dal punto di vista della teoria politica, di quella economica, del diritto e della storia del pensiero. L'esito positivo della trattazione di Vitale è in parte dovuto alle lacune in effetti presenti nel saggio di Mattei, tra cui, in particolare, la traccia di un percorso concettuale che conduca ad una definizione analitica dei beni comuni.

La seconda parte è un'avventura, di cui l'Autore dichiara di essere consapevole, che porta a formulare domande e ad esprimere dubbi utili per misurare l'effettiva praticabilità di un più preciso inquadramento giuridico dei beni comuni.

Più volte nel saggio emergono elementi di interesse per la rivista che ospita questa recensione: individuata la collocazione dei beni comuni in una sorta di limbo, di terra di nessuno – o meglio terra di tutti, ma proprio tutti, *pro indiviso* – ai regolatori sembra essere attribuito il compito di separare il pubblico dal privato, trovando al primo la corretta collocazione equidistante tra lo Stato e il mercato. Ne consegue la necessità di definire compiti e responsabilità dei regolatori nello svolgimento dell'attività di individuazione dei beni che possano essere accessibili attraverso gli ordinari meccanismi di mercato e quelli, invece, che debbano essere sottratti a questa logica (citando Rodotà). L'obiettivo concettuale che Vitale fa proprio è l'affermazione del cosiddetto costituzionalismo di diritto privato che integra, non sostituisce, quello di diritto pubblico ed è inteso a limitare i poteri economici e in generale le potestà private sull'altare della garanzia dei diritti fondamentali (così già Giorgio Lombardi nel 1970, *Potere privato e diritti fondamentali*, sebbene con riferimenti culturali assai diversi). Come l'ormai tradizionale costituzionalismo di diritto pubblico, nella sua prospettiva liberale, che garantisce la sfera di infrangibilità dell'individuo rispetto all'esercizio delle potestà pubbliche invasive, l'auspicato costituzionalismo di diritto privato, secondo Ferrajoli, predispone effettive garanzie dal mercato, ovvero limiti esterni allo stesso che garantiscano la sottrazione al mercato dei beni fondamentali in quanto beni indisponibili. Tale costituzionalismo si avvale dello strumento liberale delle origini degli stati moderni, la separazione dei poteri (pubblici), rivisitato nel suo fine, per mettere argine alla confusione dei beni sociali e dei beni comuni, universali in quanto appartengono a tutti pro in-

diviso (l'aria, l'acqua, l'ambiente). Il fine è proprio limitare la mercificazione del mondo, giustificata in nome della sacralità della proprietà privata (che addirittura Ferrajoli escluderebbe dal novero dei diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione), recuperando antiche disponibilità naturali di beni in funzione degli effettivi bisogni individuali e comunitari, senza ricorrere ad assegnazioni preventive degli stessi che, escludendone la fruibilità da parte di taluni, sono considerate illegittime proprio in quanto escludono tali soggetti dall'esercizio dei propri diritti fondamentali.

I beni comuni sono ontologicamente tali, cioè utilizzati da più individui, anche contemporaneamente, senza che l'uso da parte di taluni escluda analogo e contestuale utilizzo da parte di altri: presentano le caratteristiche di non escludibilità e di non rivalità proprie dei beni pubblici, la cui individuazione rappresenta una eccezione (fallimento) all'ortodosso funzionamento del mercato. I beni comuni, infatti, si collocano al di fuori del mercato, in quanto non sono oggetto di scambio contro prezzo, bensì di accaparramento, raccolta libera, condivisione o dono. Il rischio connaturato ad essi, lasciati allo spontaneo ed indiscriminato sfruttamento, quindi non regolati, è la loro inefficiente distribuzione e il conseguente impari godimento dei diritti sociali al quale sono strumentali.

Fatta propria la generica classificazione riportata nei manuali di diritto pubblico dell'economia, Vitale esalta l'assenza di risposte a quesiti più analitici, come accade anche nel volume di Mattei: cosa sono i beni comuni, a chi sono comuni (cioè che dimensioni ha la comunità: di vicinato, cittadina, nazionale, sovranazionale), chi li amministra e in che rapporto sono rispetto alla Costituzione. Una cosa è certa: i beni comuni si trovano agli antipodi classificatori rispetto ai beni privati (la cui ragion d'essere è proprio quella di essere oggetto di esclusione e sottrazione).

Vitale dispone di un ricco e lucido patrimonio di riferimenti culturali indagati e fatti propri e, pertanto, impegna la sua agilità di concetti e la sua facilità di scrittura per ricostruire l'elaborazione dei beni (risorse) comuni, lasciando volutamente aperti i quesiti definitori (con i quali il lettore può cimentarsi allenato proprio dalla ricostruzione concettuale che gli offre Vitale).

L'orco Garrett Hardin (nella metafora riportata nel saggio di Vitale), con l'articolo *La tragedia dei beni comuni*, Science, 1968, ha introdotto il problema della sostenibilità (si direbbe più recentemente) da parte delle risorse naturali della crescita incontrollata della popolazione: il rischio, pertanto, è la sovrappopolazione prodotta dalla libertà degli individui di riprodursi il cui unico rimedio sono gli eventi catastrofici e decimatori. Le soluzioni tecniche, sul lato della maggiore disponibilità dei beni, e quelle giuridiche, la proprietà privata quale limite, almeno soggettivo, alla sovrautilizzazione delle risorse, hanno soltanto effetti dilatori rispetto all'esplosione tragica del problema. La ricetta di Hardin sembra invece da ricercare in ambito giuridico-istituzionale: l'imposizione da parte dello Stato (con conseguente repressione del mercato) della priorità di azione volta a salvaguardare l'interesse ed i beni della collettività sulla tutela della libertà individuale, anche se questa si realizza attraverso il diritto di proprietà.

La fata Elinor Ostrom prende le distanze rispetto all'approccio prevalentemente statalista-economico di Hardin, pur riconoscendone talune positività sebbene non risolutive. La proposta scaturisce dallo studio di singole situazioni comunitarie – escludendo quindi di proporre una ricetta a valenza universa-

le – che sono riuscite ad accordarsi sull'utilizzazione sostenibile nel tempo delle risorse comuni attraverso una sorta di autarchia. Le caratteristiche strutturali di tali comunità erano le modeste dimensioni, i rapporti asimmetrici e gerarchici fra gli appartenenti alla comunità e l'esclusione dei non già appartenenti alla comunità in quanto, se coinvolti, avrebbero comportato la modifica delle modalità di gestione della distribuzione delle risorse (Vitale riporta l'esempio del villaggio vallese di Torbel i cui 600 abitanti nel 1483 hanno fondato un'associazione per regolare l'uso della montagna, delle foreste e delle terre non coltivate che ha avuto la conseguenza di creare una maggiore protezione della proprietà privata degli originari abitanti garantendo loro la trasmissibilità integra da una generazione all'altra). Al proposito Vitale osserva, condivisibilmente, che le esperienze riportate non sembrano avere nulla a che fare con la Comune parigina, bensì con la gestione di un condominio.

L'Autore è invece più propenso ad attribuire importanza di esempio virtuoso al fenomeno della recinzione e privatizzazione dei campi aperti (*enclosure of the open fields*), ovvero la sottrazione della possibilità di accesso alla proprietà privata da parte delle classi meno abbienti, che ha tracciato il confine tra il ruolo dello Stato sovrano e la proprietà privata. Non sempre, infatti, Stato e mercato si sono contrapposti (e probabilmente non è l'obiettivo sperato) bensì si sono compenetrati, e questo è un fatto, seppure con risultati altalenanti: nel caso *dell'open field village* la presenza di aree di proprietà comune ha garantito il contenimento degli investimenti e dei rischi a carico della collettività propri del sistema agro-pastorale.

È quindi rinvenibile, almeno con l'indagine storica, un ruolo dell'autorità pubblica che riesce a contenere gli effetti negativi dell'autoregolamentazione del mercato senza frustrarne in toto l'esistenza e le ricadute positive sul benessere individuale. Con queste considerazioni, Vitale introduce la *pars construens* del saggio: restituire ruolo positivo alle decisioni politiche il cui obiettivo minimo è la salvezza della *res publica* ed il massimo il suo benessere e la sua potenza (superando l'idea che la politica ed il diritto siano strumenti esclusivamente atti a conquistare e mantenere il potere da parte di singoli e oligarchie).

Vitale afferma quindi l'esistenza del *bonum commune* che consiste in un insieme di mezzi da utilizzare (o non utilizzare) e di fini da perseguire (o non perseguire) chiaramente prescritto e sostanzialmente condiviso dalle costituzioni delle democrazie cosiddette mature. La sua ricetta (questa espressione non piacerà all'Autore e neanche a chi scrive ma è necessaria per sottolineare la parte propositiva del saggio di Vitale che, come detto all'inizio, non è solo *contro* l'approccio scenografico di Mattei) è l'indebolimento di fatto del mercato, sottraendogli spazio e potere nei processi economico-sociali, in modo da rendere possibile la sua costituzionalizzazione, cioè sottoporlo a efficaci limiti giuridici. Ciò in funzione del libero sviluppo della personalità morale (come dargli torto nella alluvionalità di sfregi alla gestione della cosa comune di cui veniamo informati con cadenza almeno quotidiana). Il tema lanciato da Vitale, che, se coltivato, genererà dibattito ed approfondimenti scientifici, è la critica alla prospettiva totalizzante della gestione come comune (l'autorganizzazione, forse consapevolmente anarchica) in luogo della proprietà pubblica di alcuni beni atti a soddisfare i diritti fondamentali della persona, per escludere la proprietà privata, vista solo come "catalizzatore di profitto e di rendita vera cellula cancerogena della diseguaglianza, che" – ritiene Mattei – "deve essere ripor-

tata immediatamente sotto rigoroso controllo pubblico e drasticamente limitata sul piano quantitativo con ogni mezzo prima che sia troppo tardi”.

Uno dei quesiti che si pone Vitale è come superare la società involuta nella quale i partiti – che avrebbero dovuto mediare tra lo Stato e i cittadini facendosi portatori dei più diversi interessi della società complessa – si sono fatti catturare dallo Stato, con il rischio di dare libero sfogo alle contrapposizioni. A tale fine, ma non solo, Vitale si riporta a Guido Viale e ad Alberto Asor Rosa per manifestare l'esigenza di differenziare i beni comuni, di una comunità (corporativa) che tanti comprende e altrettanti esclude (espressi dalla volontà di tutti), dal bene comune, cioè l'interesse generale di una collettività politica articolata e conflittuale, dalle dimensioni varie (espresso dalla volontà generale).

È l'eterna lotta tra il realismo politico delle oligarchie che comandano, affermando il loro interesse sul gregge di pecore da sfruttare, e l'utilitarismo, per il quale il bene comune è la somma algebrica dei guadagni e delle perdite di ciascuno (superando così l'individualismo).

La conclusione consiste nella presa d'atto, con Schumpeter (e lo stesso Rousseau), che non sembra possibile convenire su un'univoca definizione di bene comune già solo per il pluralismo, provato dall'esistenza dei corpi sociali intermedi in perenne conflitto, che viene assunto a caratteristica di valore dell'assetto sociale tutelato da quello politico. Ne consegue, paretianamente, che l'uguaglianza in diritti fondamentali, di *chance*, cioè, non di qualità o quantità di diritti che sono il risultato della competizione, è il massimo cui la nostra cultura di comunità può aspirare; *mentre tutto intorno è solamente pioggia*, per dirla con Paolo Conte.

(Fabrizio Cassella)



RASSEGNE

AGCOM E PROCEDURA DI NOTICE AND COMMENT

Recentemente, la procedura di consultazione dell'Agcom, disciplinata dall'art 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259/2003) è stata oggetto di esame da parte del giudice amministrativo in relazione a diversi aspetti di seguito esaminati.

SOMMARIO: 1. Estensione dei poteri regolatori dell'Agcom e obbligo di motivazione sulle osservazioni sollevate dagli operatori economici in sede di consultazione pubblica. – 2. Oneri procedurali e riedizione del potere. – 3. Oneri procedurali e motivazione rafforzata sulle osservazioni della Commissione Europea. – 4. Oneri procedurali e ottemperanza. – 5. Oneri procedurali e sindacato giurisdizionale. – 6. Oneri procedurali ed estensione dei poteri sanzionatori.

1. Estensione dei poteri regolatori dell'Agcom e obbligo di motivazione sulle osservazioni sollevate dagli operatori economici in sede di consultazione pubblica

Le questioni di maggiore interesse hanno riguardato, in particolare, il “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori”, adottato con Delibera n. 73/11/CONS. Tale regolamento individua le fattispecie di disservizio che impongono agli operatori del settore della comunicazione elettronica la corresponsione di un indennizzo automatico all'utente in sede di definizione stragiudiziale delle controversie deferite alla cognizione dell'Autorità, indicando i criteri per calcolarlo e definendolo altresì nel suo ammontare minimo.

L'Agcom assolve, tra l'altro, un'importante funzione di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche¹ ed è in attuazione di tale funzione che è stato adottato il suddetto regolamento, avente lo specifico obiettivo di prevedere una congrua e adeguata diversificazione degli indennizzi a seconda della gravità dell'inadempimento contrattuale rilevato e di garantire uniformità di trattamento agli utenti che avessero subito il medesimo disservizio, indipendentemente dall'operatore coinvolto. Prima dell'adozione del regolamento, invero, l'individuazione e la quantificazione degli indennizzi erano rimesse ai singoli operatori, con la conseguenza che un medesimo disservizio poteva essere indennizzato in misura anche notevolmente differente a seconda dell'operatore interessato². Con la delibera, invece, si fissava l'indennizzo minimo per disservizi quali l'omessa o tardiva attivazione

¹ L'art. 84 del d.lgs. n. 259/2003 attribuisce all'Agcom il compito di adottare procedure “trasparenti, semplici e poco costose” finalizzate a consentire la soluzione extragiudiziale delle controversie in cui siano coinvolti utenti e gestori.

² In questi termini C. FARACCHIO, *Telefonia e controversie: regolamento Agcom*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 1, 2012, 108.

del servizio, il malfunzionamento del servizio, attivazione di servizi o di profili tariffari non richiesti, mancata o tardiva risposta ai reclami e così via. Per quanto riguardava, invece, le ipotesi di disservizio non espressamente individuate dal regolamento, si introduceva la possibilità di applicare le misure di indennizzo giornaliero previste per i casi simili dal regolamento medesimo, precisando che, qualora non fosse stato possibile ricorrere alla suddetta applicazione analogica, l'indennizzo avrebbe potuto essere computato in misura giornaliera pari alla metà del canone mensile stabilito per il servizio oggetto del disservizio oppure, per i servizi gratuiti, secondo equità³. In relazione a determinate categorie di disservizio⁴, in particolare, veniva prevista la corresponsione dell'indennizzo in via automatica, ovvero a prescindere dalla specifica richiesta dell'utente⁵.

La procedura di consultazione adottata dall'Agcom per l'adozione della suddetta delibera aveva condotto ad una serie di osservazioni presentate dagli operatori del settore, volte a far rimarcare perplessità in ordine alla sussistenza, in capo all'Autorità, del potere di determinare la misura degli indennizzi in relazione alle diverse tipologie di disservizio. La consultazione conduceva, in particolare, al dubbio inerente all'estensione del potere regolatorio dell'Agcom e portava ad interrogarsi circa l'idoneità delle norme attributive del potere (art. 2, comma 12, legge n. 481/1995 e art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche) a fondare la determinazione del quantum degli indennizzi. Si rilevava, in particolare che l'art. 2, comma 12, legge n. 481/1995, oltre a contenere solo principi generali, prevedeva la facoltà per l'Agcom di determinare i casi in cui doveva procedere all'indennizzo automatico senza fare alcun riferimento alla determinazione del *quantum*. In relazione all'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, si riteneva che, in quanto norma di valenza programmatica, non avrebbe consentito la determinazione autoritativa ed in misura uniforme per tutti gli operatori degli indennizzi applicabili in sede di definizione delle controversie. Di tal guisa, gli operatori suggerivano di ricorrere alla semplice previsione di raccomandazioni o criteri-guida lasciando invece la quantificazione degli importi da erogare esclusivamente ai soggetti esercenti il servizio.

Sulla questione si è di recente pronunciato il Consiglio di Stato⁶, confermando l'orientamento seguito dal giudice di primo grado⁷, il quale ha sostenuto l'idoneità della legge istitutiva dell'Agcom a fondare il potere di determinazione dei casi di indennizzo automatico in base alla sussistenza di un rapporto funzionale tra il potere attribuito e le finalità stabilite dal legislatore, senza che si renda necessaria una specifica predeterminazione normativa di tali poteri. La sentenza di primo grado ha sottolineato, in particolare, che le leggi che istituiscono le Autorità amministrative indipendenti sono leggi di indirizzo che permettono alle stesse di esprimersi con regolamenti che attuano i principi generali fissati dalla legge⁸. Il Consiglio di Stato ha ribadito tali principi, rilevando

3 Art. 13, comma 4, Delibera 73/11/CONS.

4 Si tratta dei casi di omessa o tardiva attivazione dei servizi richiesti, ovvero di ingiustificata sospensione o cessazione dei servizi.

5 Si noti, tuttavia, che a seguito delle osservazioni presentate dai vari operatori nella fase di consultazione si è optato per subordinare comunque questo indennizzo, se non ad una richiesta, quantomeno ad una segnalazione dell'utente interessato.

6 Cons. Stato, Sez. III, 12 aprile 2013, n. 2009, in www.giustizia-amministrativa.it.

7 Tar Lazio, Roma, Sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9710, in www.giustizia-amministrativa.it.

8 Nella sentenza di primo grado si legge, invero, che *"il modello cui si ispira la regolazione*

inoltre, che l'art. 2 della legge n. 481/1995 non contiene solo disposizioni di principio che orientino i successivi interventi normativi, come tali non idonee a rappresentare la base giuridica dell'intervento regolatorio in questione, bensì lo stesso art. 2, al comma 12, laddove indica, con disposizione di dettaglio, le funzioni svolte dall'AGCOM, inserisce, tra queste, alla lettera g), la determinazione dei casi di indennizzo automatico. Quanto all'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il giudice di appello, allineandosi ancora alla sentenza di primo grado, rileva che tale disposizione normativa attribuisce ad AGCOM il potere di adottare *“procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali (...) prevedendo nei casi giustificati un sistema di rimborso o di indennizzo”*. La fissazione della misura degli indennizzi rappresenta, così, la modalità concreta prescelta da AGCOM per esercitare il potere di adottare procedure semplici e trasparenti per la risoluzione delle controversie, in applicazione del citato art. 84. Tale norma è dunque da considerarsi la base giuridica del Regolamento.

La sentenza sembra di tal guisa confermare l'impostazione attuale della giurisprudenza sul punto e contribuisce significativamente a delineare i confini del potere regolatorio delle Autorità indipendenti.

Un altro aspetto significativo sul quale si sofferma il Consiglio di Stato, confermando quanto più diffusamente articolato dal Tar, riguarda l'ampiezza dell'obbligo di motivazione sussistente in capo all'Autorità in relazione alla procedura di *notice and comment*. In particolare, il Tar ha evidenziato che l'imposizione di un procedimento partecipativo sostituisce la dialettica propria delle strutture rappresentative, permettendo di arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione e di acquisire gli interessi coinvolti nell'esercizio del pubblico potere. Tale procedimento *“non comporta l'obbligo per l'Autorità di replicare puntualmente a ciascuna delle osservazioni sollevate, trattandosi pur sempre di atto generale ed essendo sufficiente che risulti che l'Autorità abbia preso in considerazione i contributi elaborati durante la consultazione pubblica e vi abbia dato riscontro attraverso l'indicazione delle ragioni sostanziali sottese alla decisione, costituenti idonea motivazione”*. Così, in relazione alla specifica ipotesi della determinazione degli indennizzi, in relazione alla quale si lamentava la mancata specifica motivazione da parte della Autorità sulle singole osservazioni sollevate dagli interessati in sede di consultazione circa l'estensione del potere regolatorio anche alla determinazione degli indennizzi, il Tar ha ritenuto che non fosse necessaria una puntuale replica ad ogni osservazione, essendo sufficiente l'indicazione delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione.

2. Oneri procedurali e riedizione del potere

La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire ulteriori aspetti relativi agli oneri procedurali che devono essere rispettati dall'Agcom, in occa-

dei settori di competenza delle Autorità si basa, in sostanza, su norme di indirizzo che, stabiliti i poteri e le finalità delle Autorità, cui sono attribuiti poteri pubblicistici di regolazione, si completano con gli interventi regolatori dalle stesse adottati volti a riempire di contenuto le finalità stabilite dalle norme, dettando le relative regole generali che, in esito al previsto procedimento, che prescrive precise garanzie di partecipazione, appaiono le più idonee a regolare le fattispecie”.

sione dell'impugnazione della delibera, relativa al "Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori" (366/10/CONS).

L'adozione di tale regolamento rappresenta l'assolvimento di un importante compito che nel 2010 il legislatore⁹ ha attribuito all'Agcom: quello di regolare la posizione dei canali digitali terrestri sul telecomando. Si tratta dell'individuazione originaria di un numero corrispondente ad un canale all'interno dell'offerta complessiva dei programmi della televisione digitale terrestre e sul telecomando dell'utente, comunemente chiamata LCN (Logical Channel Numbering)¹⁰.

Il nuovo numero, che viene assegnato a ciascun canale della televisione digitale terrestre automaticamente dal decoder, rappresenta chiaramente un fattore molto importante per le imprese operanti nel settore televisivo e ciò impone che la scelta venga effettuata con criteri non discriminatori¹¹. In tal senso appare evidente la rilevanza che può assumere la garanzia della partecipazione degli operatori stessi alla formazione del piano, attraverso la procedura di consultazione pubblica.

Ed è stato proprio un vizio inerente alla procedura di consultazione che ha condotto il Consiglio di Stato ad annullare la suddetta delibera nel 2012¹², respingendo l'appello proposto dall'Agcom avverso le sfavorevoli sentenze del Tar, rilevando il mancato rispetto, nel procedimento svolto per l'adozione della stessa, del termine di trenta giorni per consentire ai soggetti interessati di muovere osservazioni: la procedura di consultazione, invero, ebbe una durata di 15 giorni¹³.

In particolare, è stato rilevato che, trovando la previsione del termine di 30 giorni per la consultazione fonte in una norma di rango primario, la stessa non poteva essere derogata dall'Agcom nell'esercizio del suo potere regolatorio.

Inoltre, veniva ritenuto infondato il motivo di appello in base al quale, ex art.

9 Il d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44 in recepimento della direttiva 2007/65/CE ha apportato una serie di correttivi al Testo Unico della Radiotelevisione (d.lgs. n. 177/2005), prevedendo, in particolare, all'art. 5 comma 2 che: *"Fermo il diritto di ciascun utente di riordinare i canali offerti sulla televisione digitale nonché la possibilità per gli operatori di offerta televisiva a pagamento di introdurre ulteriori e aggiuntivi servizi di guida ai programmi e di ordinamento canali, l'Autorità, al fine di assicurare condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie, adotta un apposito piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, e stabilisce con proprio regolamento le modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre"*, in base ad una serie di principi e criteri direttivi indicati dalla norma stessa.

10 Fermo restando il diritto dell'utente di riordinare i canali secondo propri criteri, diritto espressamente garantito dall'art. 32 comma 2 del testo unico.

11 Per una attenta disamina critica dell'argomento si veda M. CUNIBERTI, *Il "nuovo" piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre (LCN): un'occasione mancata?*, in www.medialaws.eu.

12 Il Cons. Stato, Sez. III, è intervenuto il 31 agosto 2012 con quattro sentenze: nn. 4658, 4659, 4660, 4661, in www.giustizia-amministrativa.it.

13 Si noti che, oltre alla violazione procedimentale individuata, idonea a determinare comunque l'illegittimità della delibera, è stato ritenuto sussistente anche il difetto di istruttoria, in quanto il metodo prescelto dall'Agcom per l'assegnazione automatica dei canali alle emittenti locali, fondato sull'utilizzo delle graduatorie delle emittenti locali predisposte dai Co.re.com., non è stato ritenuto idoneo ad accertare le abitudini e le preferenze degli utenti. Tali graduatorie, secondo il Supremo Consesso, sarebbero ispirate a una finalità non omogenea o sovrapponibile a quella desumibile per il sistema LCN dall'art. 32 del Tusmar, specie con riferimento ai principi della semplicità d'uso e del rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti, con precipuo riguardo ai canali generalisti nazionali e alle emittenti locali.

21 *octies* della legge n. 241/1990, la violazione procedimentale non avrebbe dovuto determinare l'annullamento della delibera, in quanto l'esigenza di partecipazione al procedimento sarebbe stata comunque soddisfatta dai contributi forniti dagli interessati nell'ambito della consultazione disposta con una precedente delibera (647/2009/CONS), relativa ad una proposta di autoregolamentazione convenzionale, in materia di numerazione dei canali. Ciò, sia perché le due delibere avevano un ambito applicativo diverso, sia, soprattutto, in quanto il procedimento *de quo* "*presupponendo l'esercizio di poteri discrezionali, esula dall'ambito di applicazione della disposizione di cui alla legge n. 241/1990, art. 21 octies, che (come è noto) consente di non annullare i provvedimenti vincolati adottati in violazione delle norme sul procedimento*" ¹⁴.

Anche la paventata urgenza del procedimento, che avrebbe giustificato una riduzione dei termini per l'espletamento della procedura di *notice and comment*, non venne ritenuta sussistente. Invero, laddove, come nel caso di specie, la situazione di fatto fosse prevedibile e la problematica conosciuta dalla stessa Autorità, non si potevano ritenere sussistenti gli estremi dell'urgenza, idonea a giustificare una riduzione dei termini procedurali.

A seguito di tali pronunce che, al fine di evitare un vuoto regolatorio, autorizzavano la proroga del piano di numerazione annullato fino all'entrata in vigore del nuovo piano, l'Agcom iniziava la redazione di una nuova delibera e dava l'avvio ad una nuova procedura di consultazione pubblica, questa volta della durata di trenta giorni, che conduceva, nel marzo 2013, all'adozione della delibera con cui l'Agcom approvava il nuovo piano di numerazione dei canali (237/13/CONS).

Anche il nuovo piano è stato oggetto di numerosi ricorsi, taluni diretti ad ottenerne l'annullamento da parte del TAR e uno, in particolare, rivolto al Consiglio di Stato, diretto a dare esecuzione alla sentenza adottata nel 2012 ¹⁵. Più precisamente, in quest'ultima vicenda giudiziaria, con l'atto introduttivo del giudizio il ricorrente lamentava la mancata adozione da parte dell'Agcom del nuovo piano di numerazione dei canali, conformemente a quanto statuito dalla sentenza del 2012. L'Autorità, infatti, adottava la delibera successivamente alla proposizione del ricorso in ottemperanza, nelle more del giudizio. Tale circostanza rendeva il ricorso improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ma la nuova delibera si poneva, nell'ottica del ricorrente, comunque in contrasto con il giudicato e veniva, pertanto, impugnata con lo strumento dei motivi aggiunti, che consentiva al TAR di procedere nel valutarne l'ottemperanza alla sentenza passata in giudicato ¹⁶. Secondo il Consiglio di Stato ¹⁷ l'Agcom non aveva dato esatta ottemperanza alle statuizioni della sentenza n. 4660/2012, in quanto avrebbe esercitato contestualmente il potere di rinnovazione del Piano LCN annullato e quello di revisione periodica del piano di numerazione dei canali ¹⁸. Il potere di revisione periodica, secondo il giudice amministrativo, "*attiene all'esercizio del potere rego-*

14 Cons. Stato, Sez. III, 31 agosto 2012, n. 4659, in www.giustizia-amministrativa.it.

15 L'inottemperanza lamentata in relazione alla sentenza Cons. Stato, Sez. III, 31 agosto 2012, n. 4660.

16 Al fine di evitare il vuoto regolatorio derivante dalla dichiarazione di nullità in parte qua del Piano LCN 2013, nelle more dell'adozione dei provvedimenti sostitutivi da parte del Commissario ad acta, veniva autorizzata l'Agcom a rinnovare in via transitoria le disposizioni del Piano stesso dichiarate nulle.

17 Cons. Stato, Sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6021, in www.giustizia-amministrativa.it.

18 L'art. 32, comma 2, lett. f) del Tusmar prevede il potere di revisione del piano di numerazione in base allo sviluppo del mercato, sentiti i soggetti interessati.

lamentare/dispositivo dell'Agcom e, quindi, ha natura ontologicamente differente dall'obbligo di riedizione del potere regolatorio mediante l'adozione di un nuovo Piano LCN (emendato dai vizi istruttori rilevati dalla sentenza) al fine di dare esecuzione alla specifica statuizione della sentenza n. 4660/2012". Il potere di revisione, che si fonda sulla situazione delle preferenze ed abitudini degli utenti nel momento in cui viene esercitato (nel 2013), non avrebbe dovuto confluire nell'ambito del procedimento di riedizione del potere di rilevazione della pregressa situazione delle preferenze degli utenti, riferibile al 2010.

In sostanza, il Consiglio di Stato affermava che, affinché la riedizione del potere potesse dirsi conforme al giudicato amministrativo, la nuova istruttoria avrebbe dovuto basarsi sulla situazione delle preferenze ed abitudini degli utenti come era nel 2010, all'epoca del precedente sondaggio, poiché le disposizioni annullate del piano andavano sostituite *"ex tunc con diverse disposizioni, che regolino l'assegnazione automatica del numero dei canali nel rispetto delle preferenze e delle abitudini che avevano nel 2010 gli utenti"*. Solo dopo aver riesercitato in questi termini il potere regolatorio, ove ne avesse ritenuto presenti i presupposti, l'Agcom avrebbe potuto esercitare il potere di periodica revisione del Piano LCN in base allo sviluppo del mercato¹⁹. Conseguentemente, il giudice amministrativo, dopo aver dichiarato improcedibile l'atto introduttivo del giudizio di ottemperanza per sopravvenuta carenza di interesse, nei termini sopra descritti, entrando nel merito del ricorso per motivi aggiunti accertava l'inottemperanza di AGCOM al giudicato formatosi sulla più volte menzionata sentenza n. 4660/2012 e dichiarava la nullità in parte *qua* della delibera N. 237/13/CONS.

3. Oneri procedurali e motivazione rafforzata sulle osservazioni della Commissione Europea

Gli obblighi procedurali dell'Agcom in relazione alle procedure di consultazione pubblica sono emersi nell'interpretazione giurisprudenziale anche in relazione ad un'altra delibera dell'Agcom²⁰, relativa all'identificazione dei servizi di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili.

Le tariffe di terminazione sono importi fissi che vengono corrisposti dall'operatore telefonico che gestisce il servizio di telefonia da cui parte una chiamata all'operatore che gestisce la linea su cui la chiamata viene ricevuta. Di

¹⁹ Il Consiglio di Stato nominava, inoltre, un Commissario ad acta incaricato di modificare il piano LCN in maniera da conformarlo a quanto statuito nella sentenza del 2012, valutando gli elementi conoscitivi di cui l'Agcom non aveva tenuto conto. Contro la suddetta sentenza veniva, tuttavia, presentato ricorso per revocazione per errore di fatto, sostenendo che la pronuncia si fosse basata su una errata valutazione degli atti e documenti prodotti nel giudizio di ottemperanza, senza la quale Agcom non sarebbe stata considerata inottemperante alla sentenza del 2012. In attesa della pronuncia nel merito della questione il Consiglio di Stato, accogliendo l'istanza cautelare, con ordinanza collegiale n. 1551/2014, ha sospeso gli effetti della propria sentenza e, conseguentemente, anche del nuovo piano adottato medio tempore dal Commissario ad Acta, compresa la procedura di consultazione pubblica da questi indetta sul nuovo piano di numerazione.

²⁰ Delibera n. 621/11/CONS: Mercato dei servizi di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (mercato n. 7 fra quelli identificati dalla Raccomandazione della Commissione europea n. 2007/879/CE): definizione del mercato rilevante, identificazione delle imprese aventi significativo potere di mercato ed eventuale imposizione di obblighi regolamentari.

tal guisa che il corrispettivo versato dall'utente al proprio operatore telefonico verrà in parte trattenuto dallo stesso per il transito sulla propria rete ed in parte versato ad altro operatore per il tratto di transito sulla rete di questi (per la c.d. terminazione della chiamata).

Tale sistema comporta che, laddove si configurino delle asimmetrie tariffarie, gli operatori gravati di tariffe di terminazione più basse risulteranno agevolati rispetto ad altri operatori che invece debbano sostenere tariffe di terminazione più elevate.

Emerge così il ruolo che tali tariffe possono assumere nella regolazione del mercato delle comunicazioni e, in particolare, il ruolo che le tariffe asimmetriche hanno assunto negli anni '90 nel finanziamento delle nuove reti mobili. L'asimmetria tariffaria ha, invero, favorito l'accesso al mercato di nuove imprese ed osteggiato la formazione di monopoli.

Tuttavia, oggi, che le reti mobili sono state completate ormai da lungo tempo, non necessitano più di particolari sussidi economici e il mercato mobile appare maturo e genera flussi di cassa stabili e consolidati, la Commissione Europea spinge per la simmetria nella tariffe, *"delineandola come un naturale punto d'arrivo della liberalizzazione lanciata negli anni '90, un obiettivo da raggiungere di per sé a prescindere dalla realtà del mercato"*²¹. Con la raccomandazione n. 2009/396/CE la Commissione è, invero, molto chiara nell'individuare la necessità di una simmetria delle tariffe di terminazione, ammettendo delle situazioni asimmetriche solo per periodi transitori ovvero in casi eccezionali, purché adeguatamente giustificati. Al considerando n. 16, in particolare, si ammette che le Autorità nazionali di regolazione possano consentire ai nuovi operatori, che incontrano ostacoli all'ingresso e all'espansione nel mercato, di recuperare determinati costi nel corso di un periodo transitorio mediante tariffe di terminazione regolamentate. Periodo che, comunque, non deve essere superiore a quattro anni a decorrere dalla data di ingresso sul mercato.

L'impostazione dell'Unione sul punto è emersa proprio nel procedimento consultivo preordinato all'adozione della delibera sopra richiamata, nel quale la Commissione Europea ha espressamente²² ritenuto sussistente una ingiustificata asimmetria delle tariffe.

Anche a livello europeo è, invero, prevista espressamente la procedura di consultazione²³, delineata come un importante strumento di cooperazione tra le Autorità di regolazione e la Commissione Europea, idonea a consentire alla

21 In questi termini I. GENNA, *Tariffe di terminazione mobile nelle TLC*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 1, 2009, 129.

22 Con la nota SG-Greffe (2011) D/10210 relativa al progetto di delibera notificato.

23 La direttiva 21/2002, di cui il d.lgs. n. 259/2003 (codice comunicazioni elettroniche) rappresenta il recepimento, istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, e, in particolare, all'art. 6, prevede un meccanismo di consultazione e trasparenza: "Salvo nei casi che rientrano nel campo di applicazione degli artt. 7, paragrafo 6, o 20 o 21, 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".

stessa di sollevare osservazioni su una bozza di regolamento²⁴.

Il Giudice comunitario²⁵ si è pronunciato in più occasioni sulla rilevanza delle osservazioni rese dalla Commissione nel corso della procedura di consultazione e sebbene ne sottolinei l'importanza e affermi la necessità che esse siano prese nella massima considerazione dall'Autorità di regolazione, chiarisce che le stesse devono ritenersi un atto comunitario preparatorio nel contesto della procedura che conduce all'adozione di una misura dell'Autorità nazionale di regolazione e non possono considerarsi come atti direttamente incidenti sulla posizione giuridica della singola impresa interessata, di tal guisa da costituire materia di un'autonoma e diretta azione di annullamento.

Il Giudice comunitario rileva, invero, che costituiscono atti o decisioni che possono essere oggetto di un ricorso di annullamento, ai sensi dell'art. 230 del Trattato (oggi 263 del TFE), solo i provvedimenti destinati a produrre effetti giuridici vincolanti idonei a incidere sugli interessi del ricorrente, modificando in misura rilevante la sua situazione giuridica. Pertanto, non possono essere considerati tali le osservazioni trasmesse dalla Commissione all'Autorità nazionale di regolazione.

Il soggetto che si ritenga leso dalla delibera adottata dall'Autorità dovrà ricorrere a specifici organi di tutela che la stessa direttiva 2002/21 obbliga gli Stati membri ad istituire. Si tratta di un meccanismo di ricorso dinanzi ad un organo indipendente, con la precisazione che, nel caso in cui tale organo non sia di natura giurisdizionale, le sue "decisioni sono impugnabili dinanzi ad una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 del Trattato" (oggi art. 267 del TFE).

Diversamente dalle ipotesi in cui si configura l'esercizio di un diritto di veto, che permette alla Commissione di chiedere all'Autorità nazionale di ritirare il progetto di regolamento²⁶ e che fa sorgere effetti giuridici vincolanti, in quanto l'Autorità nazionale interessata non sarebbe più autorizzata ad adottare la misura prevista, nel caso della comunicazione di osservazioni, l'intervento della Commissione sarà privo di effetti giuridici vincolanti. Laddove l'Autorità nazionale di regolazione decida di adottare la misura, gli effetti giuridici vincolanti che scaturiscono da tale misura saranno riconducibili all'Autorità stessa e non già alle osservazioni della Commissione.

Nonostante le osservazioni espresse dalla Commissione sul progetto di delibera sopra menzionato (621/11/CONS), l'asimmetria venne mantenuta nel testo finale dall'Agcom, senza giustificare adeguatamente la mancata conformazione alle indicazioni dell'organo europeo e, come prevedibile, fu oggetto di diverse impugnazioni, volte a rilevare, soprattutto, l'illegittimità dell'asimmetria

24 L'art. 7 della citata direttiva predispone un quadro di interazione tra Autorità nazionale di regolazione e la Commissione Europea che comporta la possibilità per quest'ultima di trasmettere le proprie osservazioni all'Autorità, che, dal canto suo dovrà tenere nel massimo conto.

25 Tribunale di I Grado, 12 dicembre 2007, T-109/06, Vodafone España, SA and Vodafone Group plc, in cui si legge: "*The procedure under Article 7(3) of Directive 2002/21 constitutes a consultation and cooperation procedure between NRAs and the Commission in the context of which not only the Commission, but also other NRAs may, in accordance with Article 7(3) of Directive 2002/21, make comments on a notified draft measure. Even though, in accordance with Article 7(5), the CMT must take 'the utmost account of comments of other [NRAs] and the Commission', it has some leeway to determine the content of the final measure, so that a Community act based on Article 7(3) of Directive 2002/21 cannot be regarded as directly affecting the legal situation of the undertakings concerned*". Nello stesso senso anche il Tribunale di primo grado, 22 February 2008, T-295/06, Base.

26 In presenza dei requisiti indicati dall'art. 7, n. 4, direttiva 2002/21, la Commissione può avviare la seconda fase del procedimento da cui può scaturire una decisione di veto.

tariffaria prevista in favore di altri operatori del settore, in chiaro contrasto con gli indirizzi resi sul punto dalla Commissione Europea.

Una prima pronuncia significativa sulla delibera in questione è stata adottata dal Tar Lazio²⁷, che ha rilevato come, a fronte delle puntuali osservazioni presentate dall'organo europeo, l'Agcom avrebbe dovuto motivare nello specifico le ragioni per le quali si discostava dalle stesse. Tale sentenza parla, precisamente, di un onere di motivazione rafforzato e specifico²⁸ in ordine alla mantenuta asimmetria nelle tariffe di terminazione mobili, che, non essendo stato rispettato, determinava l'illegittimità della impugnata delibera *in parte qua*.

La medesima delibera veniva impugnata anche dallo stesso operatore in favore del quale veniva prevista dall'Autorità l'asimmetria tariffaria, per contestare, questa volta, la cessazione anticipata della durata di tale asimmetria, atteso che, alla data prevista per la cessazione, non sarebbe venuta meno "la diseguale e discriminante dotazione frequenziale".

Tale contestazione veniva però rigettata dal Tar²⁹ che, nel rilevare che l'Agcom si fosse sostanzialmente conformata alle osservazioni della Commissione in merito alla riduzione del periodo di asimmetria, preliminarmente osservava che lo schema di delibera messo in consultazione è un atto con la finalità di consentire alle imprese del mercato di esporre la propria posizione, all'Agcom di emanare un parere non vincolante e alla Commissione di fornire le proprie osservazioni. Tale schema di delibera doveva essere considerato quale atto endoprocedimentale, idoneo ad acquisire dei riscontri sulla base dei quali l'Autorità fosse in grado di disporre di tutti gli elementi necessari a decidere. In relazione a tale atto endoprocedimentale non poteva considerarsi maturato un legittimo affidamento né poteva essere lamentata l'illegittimità della delibera, qualora essa non confermasse o modificasse le misure previste nello schema di delibera. Ulteriori specificazioni sulla valenza delle osservazioni presentate nel corso della procedura di consultazione sono contenute in un'altra pronuncia del Tar Lazio³⁰, ove, richiamando i precedenti giurisprudenziali conformi³¹ si chiarisce che i rilievi della istituzione comunitaria, se "non vincolano l'Autorità di regolamentazione la quale ... non è obbligata a conformarsi sempre e comunque alle osservazioni svolte dalla Commissione, anche se ex art. 12 del Codice deve tenerle in massima considerazione, trattandosi

27 Tar Lazio, Roma, Sez. I, 10 ottobre 2012, n. 8381, in www.giustizia-amministrativa.it. Per un commento alle sentenze del Tar Lazio, Sez. I, nn. 8381, 8382 e 10265 del 2012, si veda M. CAPPELLETTI, *La giurisprudenza amministrativa e le procedure di consultazione*, in www.osservatorioair.it.

28 Si legge, invero, nella citata sentenza, che "l'Autorità non ha soddisfatto l'onere motivazionale rafforzato e specifico che discendeva dal carattere puntuale e circoscritto delle questioni sollevate dall'organo europeo con le richiamate osservazioni, non avendo essa, di fatto, contrapposto argomenti adeguati e conferenti, al fine di giustificare l'adozione di misure asimmetriche disallineate rispetto a quanto stabilito nella Raccomandazione del 2009 e ribadito nelle pertinenti osservazioni. E il deficit motivazionale della delibera rispecchia la mancata ponderazione da parte dell'Agcom delle ragioni evidenziate dall'organo comunitario, ciò che determina l'illegittimità in parte qua del provvedimento impugnato per l'avvenuta violazione della disciplina – nazionale e comunitaria – che imponeva alla medesima Autorità di tenere in massimo conto, nell'assolvimento dei propri compiti, gli atti giuridici della Commissione".

29 Tar Lazio, Roma, Sez. I, 10 ottobre 2012, n. 8382, in www.giustizia-amministrativa.it.

30 Tar Lazio, Roma, Sez. I, 7 dicembre 2012, n. 10265, in www.giustizia-amministrativa.it.

31 Nello stesso senso si vedano le citate sentenze del Tar Lazio, Sez. I, 10 ottobre 2012, nn. 8381 e 8382, Tar Lazio, Sez. III *ter*, 11 febbraio 2011, n. 1336, Tar Lazio, Sez. III *ter*, 16 febbraio 2009, n. 1491 e Tar Lazio, Sez. III *ter*, 29 gennaio 2009, n. 895.

non di prescrizioni, ma sostanzialmente di un atto di collaborazione dell'organo comunitario al programma di razionalizzazione del sistema del quale l'Autorità è investita"; ... "cionondimeno, poiché essi comunque determinano un obbligo rafforzato di motivazione, occorre valutare se l'Autorità abbia ponderato le ragioni esposte dall'organo consultivo".

Il Consiglio di Stato³² si è di recente pronunciato sull'impugnazione della sentenza del Tar Lazio n. 8382/2012 riformandola e conseguentemente annullando la delibera n. 621/11/CONS nella parte in cui prevedeva il raggiungimento della simmetria tariffaria tra tutti gli operatori entro il 1° luglio 2013. Il giudice di secondo grado, in particolare, non ha condiviso la sentenza del Tar laddove affermava che, di fronte alle severe osservazioni rese dalla Commissione Europea, l'Agcom non avesse altra strada da percorrere che ridurre il periodo di *decalage* e anticipare il raggiungimento della simmetria tariffaria. Il Consiglio di Stato, invece, ha ritenuto che sussistesse l'alternativa di *"esplicitare il percorso logico seguito e le risultanze dell'istruttoria compiuta, onde esternare i fattori causali che determinano la scelta derogatoria in favore del prolungamento del periodo di asimmetria (...). La motivazione della delibera impugnata, invece, non consente di comprendere le ragioni per cui, a fronte del perdurare immutate delle condizioni oggettive che influiscono sulla differenza di costi sostenuti dagli operatori, anzi testé maggiormente esplicitate, dispone la cessazione della misura dell'asimmetria in favore di H3G con sei mesi di anticipo (...)"*. Il giudice di appello si è spinto anche oltre e, nel ribadire che l'annullamento per difetto di motivazione comporta per l'Amministrazione la possibilità di riesercitare il potere conformandosi al formato giudicato, ha fornito specifiche indicazioni sulle modalità con cui tale potere avrebbe dovuto essere esercitato, chiarendo che il raggiungimento della simmetria tariffaria deve rispettare un rigoroso criterio di proporzionalità³³.

4. Oneri procedurali e ottemperanza

Il difetto di adeguata istruttoria e motivazione viene, altresì, rilevato dal Consiglio di Stato³⁴ in una recente pronuncia, in cui si giunge all'annullamento di un'altra delibera, la 446/08/CONS, integrazione della delibera n. 628/07/CONS³⁵, concernente l'applicazione all'operatore H3G degli obblighi di cui all'art. 50 del Codice delle comunicazioni elettroniche. La contestazione mossa all'Agcom riguardava la circostanza di non aver atteso gli esiti di una nuova analisi di mercato prima di procedere ad una ulteriore riduzione della tariffa di terminazione.

32 Cons. Stato, 14 febbraio 2014, n. 725, in www.giustizia-amministrativa.it.

33 In ottemperanza alla sentenza del Cons. Stato 14 febbraio 2014, n. 725 è stata adottata la delibera 259/14/CONS.

34 Cons. Stato, Sez. III, 7 gennaio 2013, n. 21, in riforma della sentenza Tar Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 22 gennaio 2009, n. 1491, in www.giustizia-amministrativa.it.

35 Con la delibera n. 628/07/CONS Agcom fissava in €/cent/min 16,26 il prezzo del servizio di terminazione delle chiamate vocali sulla rete di H3G e rinviava qualsiasi ulteriore provvedimento di riduzione del prezzo all'esito della seconda analisi di mercato, che tuttavia era stata successivamente prorogata dall'Autorità. A causa di questo allungamento dei tempi l'Autorità, con la delibera n. 446/08/CONS, ritenendo comunque troppo elevata la tariffa di H3G, l'aveva ridotta a €/cent/min 13,00, prima che terminasse la seconda analisi di mercato, diversamente da quanto stabilito nella delibera n. 628/07/CONS.

Tale sentenza rileva, inoltre, in quanto indica specificamente all'Autorità le modalità dell'ottemperanza. In particolare, il Consiglio di Stato ha, in primo luogo, autorizzato l'Autorità, in via interinale e "straordinaria", al mantenimento degli effetti della delibera annullata³⁶ e, in secondo luogo, ha richiesto all'Agcom di dare esecuzione alla sentenza tramite due soluzioni alternative: "il ripristino della situazione anteriore"³⁷; oppure "la rinnovazione del procedimento, ora per allora, emendato dei vizi riscontrati".

In sede di ottemperanza sorsero, tuttavia, dubbi interpretativi circa i limiti dell'esercizio della discrezionalità riconosciuta all'Agcom, e, pertanto, sfruttando la possibilità concessa dall'art. 112 comma 5, d.lgs. n. 104/2010, l'Autorità ha richiesto chiarimenti in ordine alle concrete modalità di ottemperanza. Il Consiglio di Stato accogliendo il ricorso dell'Autorità ed adottando una sentenza di chiarimenti³⁸, ha specificato che il ripristino della situazione anteriore non poteva certo prescindere dall'esercizio del potere regolatorio da parte dell'Autorità, realizzandosi altrimenti, l'effetto ripristinatorio che invece la sentenza aveva voluto escludere. Così, l'eventuale ripristino della tariffa originariamente stabilita con la delibera n. 628/07/CONS, doveva essere subordinato all'eventuale reintroduzione della medesima all'esito di un nuovo procedimento istruttorio opportunamente depurato dei vizi, di motivazione e di istruttoria, che avevano determinato l'annullamento della delibera n. 446/08/CONS.

Per ottemperare alle sentenze del Consiglio di Stato, l'Autorità ha, quindi, avviato, con la delibera 5 novembre 2013, n. 615/13/CONS, una nuova procedura di consultazione pubblica³⁹.

5. Oneri procedurali e sindacato giurisdizionale

La giurisprudenza nazionale si è trovata di recente ad analizzare i poteri regolatori dell'Agcom ed il rispetto delle procedure di consultazione pubblica anche con riferimento alla delibera n. 731/09/CONS "Individuazione degli obblighi regolamentari cui sono soggette le imprese che detengono un significativo potere di mercato nei mercati dell'accesso alla rete fissa (mercati 1, 4 e 5 fra quelli individuati dalla raccomandazione n. 2007/789/CE)" nonché alla delibera n. 578/10/CONS, relativa al modello di costo per l'accesso.

36 La sentenza in commento, come chiarisce, si allinea così ad un indirizzo pretorio, ispirato al principio del buon andamento, inaugurato dalla IV sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza 10 maggio 2011, n. 2755, secondo cui il giudice amministrativo può differire gli effetti di annullamento degli atti impugnati, risultati illegittimi, ovvero non disporli affatto, derogando così alla regola dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento e all'immediato effetto ripristinatorio, statuendo solo gli effetti conformativi, volti a far sostituire il provvedimento risultato illegittimo.

37 Ovvero quella fissata dalla delibera 12 dicembre 2007, n. 628/07/CONS.

38 Cons. Stato, Sez. III, 9 luglio 2013, 3636, in www.giustizia-amministrativa.it.

39 La consultazione riguardava la rideterminazione della tariffa di terminazione di H3G per il periodo 1° novembre 2008-30 giugno 2009. Come si legge nella relazione annuale Agcom 2014, 184, in www.agcom.it, "nello schema di provvedimento, l'Autorità ha spiegato, al fine di colmare il difetto di motivazione, le ragioni per cui è stato necessario ridurre la tariffa di terminazione di H3G prima che si concludesse l'analisi di mercato. L'Autorità ha altresì proposto, al fine di colmare il difetto d'istruttoria, tre metodologie per la rideterminazione della tariffa di terminazione di H3G. La prima metodologia si basa sul confronto internazionale, la seconda sul tasso di riduzione del glide path previsto dalla delibera n. 667/08/CONS, del 26 novembre 2008, e la terza sulle contabilità regolatorie di H3G, opportunamente revisionate con attento vaglio critico come richiesto dallo stesso Consiglio di Stato".

Con la delibera n. 731/09/CONS l'Autorità era chiamata ad imporre alle imprese che disponessero di significativo potere di mercato nel settore della telefonia una serie di obblighi, in particolare, di trasparenza, non discriminazione, separazione contabile, accesso e controllo dei prezzi e contabilità dei costi ⁴⁰.

La regolamentazione imposta era principalmente destinata ad evitare che si perpetrassero comportamenti anticompetitivi, nei mercati dell'accesso per servizi di fonia e nel mercato dell'accesso a banda larga al dettaglio per servizi di trasmissione dati. In particolare, in virtù del controllo di infrastrutture di rete di accesso essenziali e difficili da duplicare da parte di determinati operatori ⁴¹, l'Autorità era chiamata ad introdurre regole che garantissero l'accesso a tali infrastrutture ad operatori concorrenti nei mercati a valle. In assenza di un obbligo di accesso alle infrastrutture essenziali (ed alle risorse correlate), infatti, gli operatori alternativi avrebbero dovuto sostenere livelli di investimento tali da scoraggiare il loro ingresso o la loro espansione sia nei mercati dell'accesso per servizi di fonia sia nel mercato dell'accesso per servizi di trasmissione dati. Venivano inoltre determinati i prezzi da corrispondere all'impresa dominante per la vendita dei servizi di accesso, sviluppando un modello economico dei costi degli stessi servizi. La delibera n. 578/10/CONS, in particolare, introduceva la definizione di un modello di costo dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa.

Il modello economico in concreto applicato dall'Agcom sul piano regolatorio, caratterizzato da un elevato grado di tecnicismo, è stato oggetto di contestazioni da parte di vari operatori del settore, che si sono tradotte nell'impugnazione delle suddette delibere.

Il giudice amministrativo ⁴² non ha mancato di rilevare che tali delibere rappresentano tipica espressione di discrezionalità tecnica dell'Agcom sulle quali il sindacato giurisdizionale può limitarsi alla attendibilità delle valutazioni compiute rispetto alla correttezza dei criteri utilizzati. Il Consiglio di Stato ⁴³, in particolare, ha effettuato un'importante analisi dello stato dell'elaborazione giurisprudenziale sui limiti del sindacato del giudice sull'esercizio del potere discrezionale tecnico delle Autorità indipendenti. Si mette in luce, invero, che *“l'esigenza che questo pubblico potere, da taluni definito anche ‘atipico’ o ‘acefalo’, sia ricondotto e sottostia, come ogni altro, ad un principio di legalità sostanziale, non trovando esso un'espressa copertura costituzionale e suscitando, quindi, non poche riserve in ordine al fondamento della sua legalità formale, impone al giudice amministrativo di assicurare che la legittimazione di tale potere rinvienga la sua fonte, al di là delle garanzie partecipative che agli operatori del settore sono attribuite, a livello procedimentale, nella fase della consultazione, proprio o almeno nella corretta e coerente applicazione*

40 Si veda punto 26 in Considerando della delibera Agcom 731/09/CONS.

41 Il riferimento è chiaramente a Telecom Italia s.p.a., che detiene ancor oggi una posizione dominante determinata dalla circostanza che essa è l'unica proprietaria della rete storica in rame. Infatti, Agcom, dopo aver accertato, con la delibera n. 314/09/CONS la sussistenza in capo a Telecom Italia di una posizione dominante nei mercati di accesso, ha definito con le successive delibere nn. 731/09/CONS e 578/10/CONS il regime applicabile ai servizi di accesso fisico e virtuale, tale da evitare che il controllo dell'operatore dominante sulla infrastruttura storica sia un fattore preclusivo o pregiudizievole per la concorrenza nei servizi di comunicazione nei mercati a valle.

42 Dapprima il Tar Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 11 luglio 2012, con le sentenze nn. 6321, 6323 e 6324 e poi il Cons. Stato, Sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856; Cons. Stato, Sez. III, 28 marzo 2013, n. 1837; Cons. Stato, Sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645, in www.giustizia-amministrativa.it.

43 Cons. Stato, Sez. III, 28 marzo 2013, n. 1837, cit.

delle regole che informano la materia sulla quale incide”.

In particolare, tra gli altri aspetti trattati nella suddetta sentenza, si insiste nel sottolineare la carenza di istruttoria procedimentale da parte dell'Agcom poiché, a fronte di specifiche osservazioni sollevate dalla Commissione Europea nel procedimento di consultazione, l'Autorità di regolazione avrebbe dovuto osservare un onere di motivazione rafforzata, verificando, *“almeno con un'analisi di tipo comparato e mediante un adeguato approfondimento istruttorio”*⁴⁴, se la strada indicata dalla Commissione, sarebbe stata preferibile rispetto a quella prescelta dall'Agcom, *“non soltanto per consentire una miglior concorrenza tra gli operatori, ma proprio per favorire una maggior infrastrutturazione”*. In questi termini la scelta operata dall'Agcom, pur essendo basata su valutazioni strettamente tecnico-discrezionali, appare sindacabile dal giudice, attraverso un controllo che assicura la legalità sostanziale dell'agere della Pubblica Autorità, senza ingerirsi nelle sue scelte discrezionali⁴⁵. La delibera n. 731/09/CONS e la delibera n. 578/10/CONS sono considerate così viziate da eccesso di potere per l'insufficienza, l'illogicità, la contraddittorietà della motivazione, nonché per il difetto di relativa adeguata istruttoria.

Tali principi sono stati ribaditi ancor più di recente dal giudice amministrativo⁴⁶ con riferimento all'impugnazione della delibera n. 643/12/CONS recante modifiche alla delibera n. 578/10/CONS⁴⁷, relativa alle condizioni economiche del servizio Wholesale Line Rental. Tale servizio, introdotto dall'Autorità, consente agli operatori interconnessi alla rete di Telecom Italia di fornire ai propri clienti sia l'accesso alla rete telefonica sia il servizio di traffico telefonico⁴⁸. Si tratta, in altre parole, di un servizio che fornisce all'operatore alternativo la possibilità di acquistare all'ingrosso il servizio di rivendita del canone, presentandosi al cliente finale anche come operatore di accesso⁴⁹. Nell'apportare modifiche al precedente sistema di determinazione dei prezzi dei servizi di accesso, la delibera n. 643/12/CONS veniva contestata in relazione al modello economico in concreto applicato dall'Agcom. In tale occasione, il Tar Lazio ha affermato che il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, nei termini sopra delineati, non può spingersi sino a superare il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, potendo quindi il giudice amministrativo censurare la sola valutazione che si pone al di fuori dell'ambito di opinabilità. Tuttavia, *“laddove residuino margini di opinabilità in relazione a concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può sostituirsi alla valutazione che spetta all'Autorità, se questa sia attendibile, secondo la scienza economica, immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, o da violazioni di legge”*.

44 Cons. Stato, Sez. III, 28 marzo 2013, n. 1837, cit.

45 I medesimi principi vengono affermati dal Consiglio di Stato, Sez. III, 25 marzo 2013, n.1645 e dal Consiglio di Stato, Sez. III, 2 aprile 2013, n.1856, che hanno parzialmente annullato le delibere nn. 731/09/CONS e 578/10/CONS con riferimento ad alcune previsioni concernenti i prezzi dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa di Telecom Italia. Si noti che è stato poi avviato un procedimento istruttorio volto ad ottemperare a tali sentenze.

46 Tar Lazio, Roma, Sez. I, 22 gennaio 2014, n. 767, in www.giustizia-amministrativa.it.

47 Con la delibera 578/10/CONS l'Agcom ha definito i prezzi dei servizi di accesso alla rete in rame di Telecom Italia per il triennio 2010-2012.

48 Come chiarisce la stessa Agcom in <http://www.agcom.it/servizi-wholesale-line-rental>.

49 Il WLR permette all'operatore alternativo di superare quel sistema che, precedentemente, gli consentiva di poter fornire solo il traffico telefonico al proprio cliente, con conseguente doppia fatturazione, per il canone di accesso (da parte di Telecom Italia) e per il traffico telefonico (da parte dell'operatore interconnesso).

Nello stesso senso si è espresso ancor più di recente il Tar Lazio⁵⁰, relativamente all'impugnazione della delibera n. 71/09/CIR, con la quale veniva approvata dalla Commissione per le Infrastrutture e le Reti dell'Agcom l'Offerta di Riferimento di Telecom Italia per l'anno 2009 relativa ai servizi bitstream. In quanto operatore avente significativo potere di mercato, Telecom Italia è, invero, destinataria di una serie di obblighi regolamentari, tra cui quello, ex art. 47 d.lgs. n. 259/2003, di pubblicare, con validità annuale, l'Offerta di riferimento per l'anno successivo in relazione ai servizi di interconnessione e di accesso, alla quale Agcom può apportare modifiche con provvedimento motivato. Tra le varie censure mosse alla suddetta delibera veniva contestata la quantificazione dei costi sottostanti proponendo una diversa ricostruzione degli stessi. Al riguardo il giudice amministrativo ha rilevato l'inammissibilità di tale motivo di impugnazione in quanto diretto a sollecitare lo scrutinio da parte del giudice dell'operazione di calcolo effettuata dall'Agcom al fine di sostituirla con una diversa ricostruzione proposta dal ricorrente, operazione non consentita in quanto invasiva dell'ambito di discrezionalità tecnica riservato all'amministrazione, come pacificamente affermato dalla giurisprudenza.

6. Oneri procedurali ed estensione dei poteri sanzionatori

L'importanza delle consultazioni pubbliche emerge, da ultimo, in tutta la sua forza nella procedura di *notice and comment* indetta in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 (delibera n. 452/13/CONS).

Tale delibera è finalizzata a fornire strumenti di rapido intervento nei confronti dei fenomeni massivi di violazioni del diritto d'autore online, prevedendo un potere di intervento dell'Autorità nei confronti di tali violazioni che si propone come alternativo, e non sostitutivo, rispetto a quello dell'autorità giudiziaria, essendo prevista l'archiviazione del procedimento amministrativo laddove una delle parti adisca l'autorità giudiziaria⁵¹. Molto incisivo è, in particolare, il potere sanzionatorio previsto, definito "*Notice and take down*", di derivazione statunitense, che prevede la possibilità per l'Autorità di adottare un ordine di rimozione a seguito della segnalazione di una violazione del copyright, indirizzata dal titolare del diritto al gestore del sito o al fornitore del servizio media audiovisivo che, dopo aver contattato il soggetto che ha caricato il contenuto in oggetto, non lo abbia ancora rimosso in un termine breve dalla ricezione della richiesta⁵².

La delibera è entrata in vigore il 31 marzo 2014 a seguito di tre diverse procedure di consultazione pubblica. Nella prima⁵³ è stato sottoposto alle osser-

50 Tar Lazio, Roma, Sez. I, 14 aprile 2014, n. 4032, in www.giustizia-amministrativa.it. Si noti che l'impostazione riportata è condivisa anche dalle Sezioni Unite che l'hanno ribadita in una recente sentenza, relativa, tuttavia al sindacato giurisdizionale su un provvedimento di un'altra Autorità indipendente (l'Agcm): si veda Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

51 Si veda la parte in considerando della delibera n. 452/13/CONS.

52 A. PIROZZOLI, *L'iniziativa dell'Agcom sul diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica*, in *Rivista AIC*, 2/2011, 6.

53 Indetta con delibera 17 dicembre 2010, n. 668/10/CONS, sui "Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica".

vazioni un documento nel quale si individuavano gli elementi essenziali dello schema di provvedimento relativo all'esercizio delle competenze dell'Agcom in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica⁵⁴. La seconda consultazione⁵⁵ sottoponeva ad esame un vero e proprio schema di provvedimento in materia ed, infine, si ebbe una terza consultazione⁵⁶ relativa all'ultimo schema di provvedimento, integrato in base all'ultima consultazione effettuata⁵⁷. Nel corso delle consultazioni emergeva come problematico il fondamento giuridico dei poteri sanzionatori dell'Agcom, come accennato, particolarmente incisivi.

Il testo definitivo della delibera, nonostante le lunghe consultazioni che hanno condotto alla sua adozione, lascia ancora perplessità, soprattutto dal punto di vista dell'ammissibilità di un potere sanzionatorio in mancanza di una adeguata previsione normativa che lo attribuisca all'Autorità. Per l'annullamento della delibera è stato, invero, proposto da varie associazioni dei consumatori un ricorso al Tar nonché un ricorso straordinario al Capo dello Stato, tutt'ora in attesa di essere definiti. Il Tar Lazio, in particolare, ha sospeso il giudizio con un'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale⁵⁸ in quanto ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, e degli artt. 14, comma 3; 15, comma 2 e 16, comma 3, del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, nonché del comma 3 dell'art. 32 *bis* del testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici approvato con d.lgs. n. 117 del 2005, come introdotto dall'art. 6 del d.lgs. n. 44/2010, sulla cui base è stata adottata la impugnata "Delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013". È stata sostenuta *"la violazione dei principi di riserva di legge e di tutela giurisdizionale in relazione all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e di iniziativa economica, sanciti dagli articoli 2, 21, 1 comma, 24 e 41 della Costituzione, nonché la violazione dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità nell'esercizio della discrezionalità legislativa e la violazione del principio del giudice naturale, in relazione alla mancata previsione di garanzie e di tutele giurisdizionali per l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero sulla*

54 Come è stato osservato da M. CAPPELLO, *Gli interventi dell'AGCOM in materia di diritto d'autore e contenuti digitali*, relazione tenuta nel corso del Convegno "Strumenti per il diritto d'autore su Internet", promosso dall'Istituto per lo Studio dell'Innovazione, Roma, 23 maggio 2011, disponibile in versione audio su www.isimm.it, si tratta di una consultazione atipica perché non riguarda un testo di articolato, bensì i lineamenti di un provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità.

55 Relativa alla delibera n. 398/11/CONS recante "Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica".

56 Con delibera n. 452/13/CONS.

57 Oltre ai contributi pervenuti in sede di consultazione, l'Autorità ha tenuto conto di quanto emerso dalle audizioni parlamentari, dalle interlocuzioni intercorse con la Commissione europea e dai lavori del workshop *"Il diritto d'autore online: modelli a confronto"*, organizzato dall'Autorità in data 24 maggio 2013. Dal canto suo, la Commissione europea ha indetto due consultazioni pubbliche nel corso del 2012, la prima avente ad oggetto *"A clean and open Internet: Public consultation on procedures for notifying and acting on illegal content hosted by online intermediaries"*, conclusasi nel settembre del 2012, e la seconda (per cui il termine per la presentazione dei contributi è scaduto il 30 marzo 2013), relativa a *"Civil enforcement of intellectual property rights: public consultation on the efficiency of proceedings and accessibility of measures"*. Si veda G. COZZOLINO, *La tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: brevi note sullo schema di regolamento di cui alla delibera n. 398/11/CONS dell'Agcom*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

58 Tar Lazio, Roma, ordinanza 26 settembre 2014 n. 10020, in www.giustizia-amministrativa.it.

rete almeno equivalenti a quelle sancite per la stampa, con la conseguente violazione degli articoli 21, commi 2 e seguenti, 24 e 25, comma 1, della Costituzione”.

Secondo le ricorrenti, invero, l'Agcom non ha il potere di disciplinare interventi repressivi amministrativi in una materia che la legge, e prima ancora la Costituzione ed il diritto europeo, riservano alla cognizione del giudice a tutela delle libertà di espressione del pensiero e di concorrenza economica.

Il Tar, in particolare, ha ritenuto discutibile la competenza dell'Autorità a reprimere le violazioni del diritto d'autore perpetrate sulle reti di comunicazione elettronica, in quanto la base normativa di tale potere amministrativo repressivo non prevede una ponderazione ed un bilanciamento fra interessi costituzionalmente protetti, risultando la norma, al contrario, imperniata solo sulla necessità di adeguatezza e tempestività dell'intervento. Il giudice amministrativo ha inquadrato, invero, il diritto d'autore, come possibile specifica espressione del diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost., che deve essere dunque bilanciato con i diritti fondamentali previsti in Costituzione quali il diritto alla libera informazione del gestore del sito web, dell'internet provider e del fornitore di servizi media audiovisivi; il diritto di accesso di ogni persona alla libera informazione in rete; il diritto degli operatori economici a svolgere la propria attività sulla rete; il diritto alla segretezza della comunicazione intersoggettiva e così via.

In particolare, trattandosi di un diritto di natura economica, comunque suscettibile di ristoro patrimoniale in sede risarcitoria, il diritto d'autore sarebbe destinato ad essere sacrificato in caso di conflitto con i diritti fondamentali di diffusione e di comunicazione sopraindicati, mentre nelle norme in discussione la rimozione dei contenuti illeciti sembra poter ledere tali libertà fondamentali.

Il Tar rimette dunque alla Corte Costituzionale la valutazione delle norme in discussione, chiedendole di chiarire se la Costituzione non ponga un limite "intrinseco" alla discrezionalità del legislatore, imponendogli di adottare discipline "ragionevolmente efficaci e bilanciate", di tutela del diritto inviolabile di manifestazione del pensiero (ovvero di informare e di essere informati) rispetto agli altri diritti fondamentali potenzialmente configgenti (privacy, proprietà intellettuale ...).