

DELIBERA N. 472/10/CONS

ESECUZIONE DEGLI INCOMBENTI DI CUI ALL' ORDINANZA DEL TAR LAZIO, SEZ. III TER, N. 3704/2010

L'AUTORITA'

NELLA sua riunione di Consiglio del 16 settembre 2010;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*”, pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 18 novembre 1995, n. 270 – supplemento ordinario n. 136;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “*Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*”, pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 31 luglio 1997, n. 177 – supplemento ordinario n. 154;

VISTO il Regolamento (CE) N. 544/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009, che modifica il Regolamento (CE) n. 717/2007 relativo al *roaming* sulle reti mobili pubbliche all’interno della Comunità introducendo, tra l’altro, una soglia massima per l’invio di SMS e MMS all’interno dell’Unione europea pari a 11 *Eurocent* (IVA esclusa);

VISTA la Raccomandazione N. 2007/879/CE della Commissione del 17 dicembre 2007 relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione *ex ante* ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio;

VISTA la Delibera 251/09/CONS, recante “*Indagine conoscitiva riguardante le condizioni di mercato e concorrenziali attuali e prospettive dei servizi sms (short message service), mms (multimedia messaging service) ed in generale dei servizi dati in mobilità*”;

VISTA la Delibera n. 696/09/CONS, recante “*Consultazione pubblica sull’adozione di un provvedimento relativo a misure di armonizzazione con i principi del regolamento europeo sul roaming internazionale e per la tutela ordinaria dei consumatori ha tenuto conto delle posizioni nel frattempo assunte dagli operatori*”

VISTA la Delibera n. 326/10/CONS, recante “*Misure di tutela degli utenti dei servizi di comunicazione mobili e personali*”;

VISTA la diffida del 23 marzo u.s. con la quale il Codacons intimava all’Autorità di adottare:

- a) *“tutti i provvedimenti necessari ai fini del ribasso dei prezzi”* degli sms *“previo compimento di un’indagine conoscitiva”*;
- b) *“i provvedimenti necessari al fine di ordinare alle imprese di rispettare determinati massimali per i prezzi al dettaglio, controllare le singole tariffe o orientare le tariffe ai costi o ai prezzi di mercato”* ex art. 67, comma 2 del c.c.e.;

VISTA la nota di cortesia del 26 aprile u.s. con la quale il Direttore della Direzione Tutela dei consumatori dell’Autorità, replicando, rappresentava l’impossibilità per l’Autorità, almeno allo stato, stante l’attuale quadro normativo, di intervenire con provvedimenti di tipo prescrittivo finalizzati al ribasso dei prezzi degli sms nazionali, confermando però al contempo l’impegno degli Uffici a verificare il rispetto degli impegni assunti da ASSTEL e dai rappresentanti degli operatori mobili in tema di ribasso dei prezzi degli sms nazionali, nel corso di una apposita audizione tenutasi a Napoli il 19 novembre 2009 dinanzi al Consiglio dell’Autorità, e a monitorare costantemente anche per il futuro l’andamento degli stessi prezzi;

VISTA l’ordinanza del Tar Lazio, sez. III *ter*, 2 settembre 2010, n. 3704, con la quale il Giudice amministrativo, pronunciandosi in sede cautelare sul ricorso n. 5556/2010, presentato dal Codacons avverso la nota Direttoriale da ultimo citata, ha ordinato all’Autorità di pronunciarsi formalmente, tramite delibera del Consiglio, sulla diffida del Codacons, nel termine di 30 giorni dalla notifica dell’ordinanza stessa, rinviando per il prosieguo il giudizio cautelare alla Camera di consiglio del 18 novembre p.v.;

CONSIDERATO che l’ordinanza testé citata non esprime alcuna valutazione sul merito della vicenda, limitandosi a ribadire (in astratto, ineccepibilmente) il ruolo del Consiglio quale organo espressivo della volontà esterna dell’Autorità;

RITENUTO che l’iniziativa di Codacons non sia *ex se* idonea a far sorgere un qualsivoglia obbligo giuridico per l’Autorità a provvedere: ciò da un lato per la mancanza, nell’attuale quadro normativo-regolamentare, di alcuna disposizione che riconosca al privato (o ad un’associazione di privati) la facoltà di presentare un’istanza all’Amministrazione tale da radicare la doverosità dell’intervento della medesima Amministrazione adita in difetto della titolarità, in capo all’istante, di una specifica situazione soggettiva protetta in ordine all’oggetto sul quale si tratterebbe di provvedere (sul punto, la giurisprudenza ha precisato che *“di fronte alle istanze dei privati, vi è sempre un obbligo di provvedere se l’iniziativa nasce da una situazione soggettiva protetta dalle norme, se cioè è prevista dalla legge”* – cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 11 maggio 2007, n. 2318); dall’altro lato, per la carenza di un interesse specifico del soggetto istante all’adozione degli atti richiesti a questa Autorità;

RILEVATO infatti che, con specifico riguardo all'obbligo di provvedere, a incardinare il dovere di rispondere alle istanze dei privati non è sufficiente il solo astratto disposto dell'art. 2 della legge n. 241/1990, che pone il generale obbligo per le Amministrazioni di concludere con provvedimento espresso il procedimento amministrativo, ma è, altresì, necessaria la compresenza in capo all'istante di un interesse specifico al procedimento attivato, che sia normativamente qualificato come tale;

RILEVATO, in altre parole, che affinché l'istanza di un privato diretta ad ottenere un provvedimento favorevole possa dirsi idonea a determinare in capo all'Amministrazione coinvolta un obbligo a provvedere, è necessario che *“chi la presenta sia titolare di un interesse legittimo pretensivo”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 11 maggio 2007, n. 2318);

CONSIDERATO, invero, che risulta ormai pacifico nella giurisprudenza amministrativa che *“il criterio distintivo tra istanza - idonea a radicare il dovere di provvedere - e mero esposto deve essere ravvisato nell'esistenza in capo al privato di uno specifico e rilevante interesse che valga a differenziare la sua posizione da quella della collettività; occorre, in altri termini, che il comportamento omissivo dell'amministrazione sia stigmatizzato da un soggetto qualificato, in quanto titolare di una situazione di specifico e rilevante interesse che lo differenzia da quello generalizzato di per sé non immediatamente tutelabile* (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 11 maggio 2007, n. 2318; e Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 14 maggio 2010, n. 3024)”;

RILEVATO, aggiuntivamente, che la scelta in ordine all'*an* di un ipotetico intervento diretto ad imporre con provvedimento autoritativo agli operatori di telefonia mobile un tetto massimo alle tariffe degli sms nazionali sarebbe comunque affidata in via esclusiva al potere discrezionale dell'Autorità: onde l'atto di diffida del Codacons, a fronte del quale l'Amministrazione ha dato in ogni caso espresso riscontro (sia pure a titolo di cortesia istituzionale), deve ritenersi inidoneo anche sotto questo profilo a costituire un obbligo di provvedere, in quanto diretto a stimolare l'esercizio di un potere connotato da un'ampia discrezionalità in ordine all'*an* della relativa attività provvedimentale (soccorre, al riguardo, anche il consolidato orientamento giurisprudenziale relativo all'esercizio di un'altra attività tipicamente discrezionale della Pubblica Amministrazione, vale a dire il potere di autotutela - da ultimo, *ex plurimis*: Consiglio Stato, Sez. V, 1 marzo 2010, n. 1156 e Sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 6234);

RILEVATO che una diversa lettura, tale da attribuire alle associazioni consumeristiche un generalizzato potere di diffida a carico dell'Autorità, integrerebbe una minaccia e un grave perturbamento ai danni del sereno e ordinato dispiegarsi delle sue attività istituzionali, minandone anche le possibilità di effettiva programmazione;

RILEVATA, tuttavia, l'opportunità di provvedere, sia pure solo a titolo di ossequio al *dictum* del Giudice, al richiesto incumbente nei termini indicati nell'ordinanza del Tar Lazio, prendendo quindi posizione in sede consiliare sul merito della problematica sollevata dall'associazione oggi ricorrente;

SOTTOLINEATO, peraltro, che il presente provvedimento, che viene assunto per la sola ragione appena esposta, non ha valore di acquiescenza, né può valere a costituire un precedente vincolante per l'Autorità per casi analoghi che dovessero eventualmente presentarsi in futuro;

RILEVATA, con riferimento alla richiesta di adottare i provvedimenti necessari ai fini di un ribasso dei prezzi degli sms nazionali, l'impossibilità, allo stato, per questa Autorità, stante l'attuale quadro regolamentare, di intervenire con provvedimenti di tipo prescrittivo direttamente finalizzati al ribasso dei prezzi degli sms nazionali. A tale riguardo, si precisa infatti che, se è vero che l'art. 67 del codice delle comunicazioni elettroniche prevede che "*l'Autorità, nell'esercizio del proprio potere di sorveglianza sui prezzi, può prescrivere a tali imprese di rispettare determinati massimali per i prezzi al dettaglio, di controllare le singole tariffe o di orientare le proprie tariffe ai costi o ai prezzi su mercati comparabili*", è però almeno altrettanto vero che presupposto ineludibile per azionare tale leva normativa è che vi sia stata una preventiva analisi del mercato in rilievo, che a valle di tale analisi il mercato di riferimento sia stato giudicato non competitivo, e, soprattutto, che i *remedies* all'ingrosso precedentemente introdotti non abbiano dato esito positivo sotto il profilo concorrenziale: circostanze, queste, non ricorrenti nel caso di specie;

RIMARCATO, a rafforzamento di quanto precede, da un lato, che il mercato dei servizi di messaggistica – né a livello *wholesale*, né tantomeno a livello *retail* - rientra tra quelli indicati come suscettibili di regolazione *ex ante* dalla Raccomandazione della Commissione 2007/879/CE del 17 dicembre 2007; dall'altro lato, che il più ampio mercato dei servizi di telefonia mobile al dettaglio, nel cui *genus* rientra la messaggistica, è stato valutato già in sede comunitaria come concorrenziale, ossia tale da poter essere disciplinato unicamente dalle regole del mercato, sotto la vigilanza delle Autorità antitrust: onde nessuna misura di tetto è oggi applicabile in materia di sms nazionali;

RILEVATO, inoltre, che – con specifico riferimento al mercato italiano dei servizi di telefonia mobile ed avuto a riguardo la sua evoluzione più recente – esso si caratterizza attualmente per la presenza di ben quattro operatori infrastrutturati ed almeno sedici operatori virtuali (MVNOs - *Mobile Virtual Network Operators*), che esercitano pressioni competitive sempre crescenti sugli operatori tradizionali;

CONSIDERATO, ad ogni buon conto, che, in occasione del prossimo ciclo di analisi di mercato che riguarderà i servizi di terminazione vocale (cd. mercato n. 7), che verrà avviata a valle del procedimento volto alla definizione di un modello *bottom-up* per la determinazione delle tariffe di terminazione mobile vocale, l’Autorità sarà in condizione di verificare in un contesto procedimentale adeguato anche l’eventuale opportunità di una regolamentazione *ex-ante* per il mercato della terminazione dei servizi di messaggistica, svolgendo anche per ragioni di efficienza in un unico procedimento l’esame della terminazione vocale e, per quanto compatibile di quella SMS;

RITENUTO che miglior sorte non può attribuirsi alle altre prospettazioni del Codacons (sulla adottabilità dei “*provvedimenti necessari al fine di ordinare alle imprese di rispettare determinati massimali per i prezzi al dettaglio,(...) o orientare le tariffe*”), atteso che esse discendono tutte dall’invocata applicazione dell’art. 67, comma 2, norma della quale tuttavia, come già detto, non si ravvisano gli estremi per una applicazione al caso di specie;

RICORDATO, inoltre, con riguardo all’ulteriore richiesta del “*previo compimento di un’indagine conoscitiva*”, che una specifica indagine in materia, condotta in modalità congiunta con l’Autorità garante della concorrenza e del mercato (e ai cui esiti si rinvia – cfr. Delibera 251/09/CONS), si è conclusa appena poco più di un anno fa, onde, una nuova attività d’indagine sui medesimi temi non risponderebbe, pertanto, ai generali principi di efficienza che devono contrassegnare l’attività amministrativa;

CONSIDERATO, infine, con riferimento all’ultima richiesta, quella relativa al “*controllo delle singole tariffe*”, che i competenti uffici dell’Autorità, facendo seguito alla delibera n. 696/09/CONS, ed in particolare a quanto prescritto all’art.1, comma 2, della medesima, hanno puntualmente vigilato sulla messa in atto delle iniziative annunciate dagli operatori, constatando il lancio sul mercato da parte di tutti i gestori di piani tariffari in linea con le indicazioni emerse in sede comunitaria; di tali evidenze, l’Autorità ha dato del resto conto anche nella delibera n. 326/10/CONS, con la quale si è preso atto che “*gli operatori, nel rispetto degli impegni assunti innanzi all’Autorità, e confermati nelle citate note, hanno introdotto nel mercato, a partire dal mese di febbraio 2010, almeno una offerta base, sia di tipo pre-pagato che post-pagato, conforme ai principi di matrice comunitaria*”;

CONSIDERATO che nella medesima delibera è altresì prescritto che gli operatori mobili, in conformità alle disposizioni regolamentari in materia di trasparenza tariffaria, dovranno assicurare che gli utenti vengano correttamente informati circa la disponibilità dei nuovi piani tariffari in fatto di sms, e che il passaggio a tali nuovi piani avvenga gratuitamente (cfr. art. 1, comma 2, della delibera n. 326 citata);

RICHIAMATO, infine, l'impegno, assunto dall'Autorità anche nell'ultima delibera citata (cfr. art. 1, comma 3, della delibera n. 326), di monitorare costantemente le tariffe degli sms nazionali e di vigilare sull'attuazione di quanto previsto da tale provvedimento affinché, anche per il futuro, siano assicurate condizioni economiche coerenti con le migliori pratiche a livello comunitario e garantite condizioni di maggior trasparenza nell'erogazione di servizi di telefonia e di dati in mobilità;

UDITA la relazione dei Commissari Gianluigi Magri e Sebastiano Sortino, relatori ai sensi dell'art. 29 del Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità.

Delibera

Articolo Unico

L'Autorità dà esecuzione all'incombente di cui all'ordinanza del Tar Lazio, sez. III *ter*, del 2 settembre 2010, n. 3704, riscontrando la diffida del CODACONS del 23 marzo u.s. nei termini esposti in motivazione.

La presente delibera è pubblicata integralmente nel sito web dell'Autorità e nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Roma, 16 settembre 2010

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Gianluigi Magri

IL COMMISSARIO RELATORE
Sebastiano Sortino

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Viola