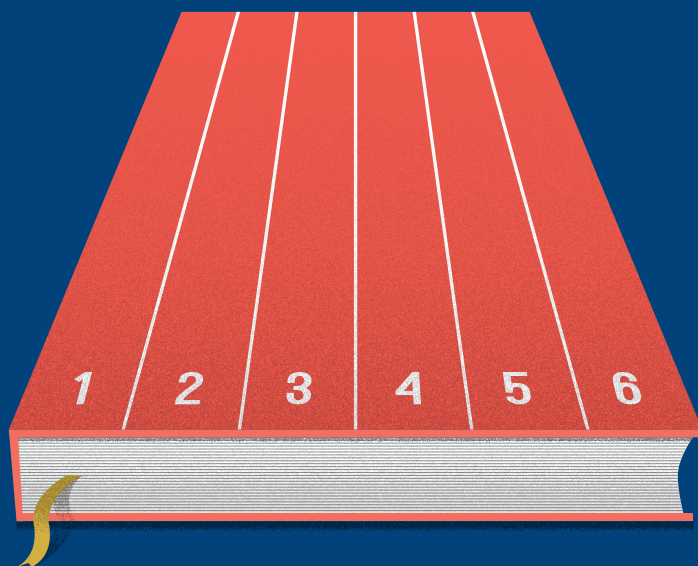


TRA REGOLAZIONE E GIURISDIZIONE

IN RICORDO DI ANTONIO PRETO



A cura di
Andrea Zoppini

Consumatori
e Mercato **6**

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Collana "Consumatori e Mercato"

6

**TRA REGOLAZIONE
E GIURISDIZIONE**
IN RICORDO DI ANTONIO PRETO
a cura di **Andrea Zoppini**



Roma TrE-Press

2017

Questo volume raccoglie i contributi presentati nel seminario “*Tra regolazione e giurisdizione: il regolamento di soluzione delle controversie dell’Agcom*”, del 25 novembre 2015, organizzato congiuntamente dall’Università degli Studi Roma Tre e dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, con il coordinamento del Dott. Bruno Carotti e della Dott.ssa Claudia Giustolisi.

PRESENTAZIONE DELLA COLLANA “CONSUMATORI E MERCATO”

DIRETTORE: VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

COMITATO SCIENTIFICO: GUIDO ALPA, MARCELLO CLARICH, ALBERTO MUSSO

La Collana “Consumatori e mercato”, per le Edizioni Universitarie di Roma Tre all’interno del progetto di Ateneo Roma TrE-Press, intende essere una piattaforma editoriale multilingue, avente ad oggetto studi attinenti alla tutela dei consumatori e alla regolazione del mercato. L’intento è di stimolare un proficuo scambio scientifico attraverso una diretta partecipazione di studiosi appartenenti a diverse discipline, tradizioni e generazioni. Il dialogo multidisciplinare e multiculturale diviene infatti una componente indefettibile nell’ambito di una materia caratterizzata da un assetto disciplinare ormai maturo tanto nelle prassi applicative del mercato quanto nel diritto vivente. L’attenzione viene in particolare rivolta al contesto del diritto europeo, matrice delle scelte legislative e regolamentari degli ordinamenti interni, e allo svolgimento dell’analisi su piani differenti (per estrazione scientifica e punti di osservazione) che diano conto della complessità ordinamentale attuale.

The “Consumer and market” series edited by Edizioni Universitarie di Roma Tre for the Roma TrE-Press project, aims at being a multilingual editorial project, which shall focus on consumer protection and market regulation studies.

The series’ core mission is the promotion of a fruitful scientific exchange amongst scholars from diverse legal systems, traditions and generations.

This multidisciplinary and multicultural exchange has in fact become fundamental for a mature legal framework, from both the market practice and the law in action standpoints.

A particular focus will be given on European law, where one can find the roots of the legislation and regulation in the domestic legal systems, and on the analysis of different levels, in line with the current complexity of this legal sector.

Elenco e qualifiche degli autori:

Ernesto APA, *Avvocato in Roma*

Angelo MARCELLO CARDANI, *Presidente dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*

Bruno CAROTTI, *Funzionario dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*

Filippo DONATI, *Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Firenze*

Roberta GUIZZI, *Avvocato dello Stato*

Marco LAMANDINI, *Professore ordinario di Diritto commerciale, Università di Bologna*

Mario LIBERTINI, *Professore ordinario di Diritto industriale, Università di Roma "La Sapienza"*

Giulio NAPOLITANO, *Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre*

Gilberto NAVA, *Avvocato in Roma*

Antonio PRETO, *Già Componente dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*

Gian Michele ROBERTI, *Professore ordinario di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"*

Andrea ZOPPINI, *Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato, Università degli Studi Roma Tre*

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro RomaTrE-Press

Copertina realizzata da Mosquito mosquitoroma.it

Editing ed impaginazione grafica:

Editoriale Scientifica s.r.l.

Edizioni: RomaTrE-Press ©

Roma, gennaio 2017

ISBN: 978-88-94885-02-6

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International Licence* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Indice

PREFAZIONE di <i>Angelo Marcello Cardani</i>	7
INTRODUZIONE	
ANDREA ZOPPINI, <i>Il regolamento per la soluzione delle controversie tra operatori: considerazioni introduttive</i>	9
SAGGI	
ANTONIO PRETO, <i>Il lungo cammino della riforma</i>	13
FILIPPO DONATI, <i>La soluzione delle controversie e le comunicazioni elettroniche</i>	21
GIAN MICHELE ROBERTI, <i>Ambito oggettivo e soggettivo</i>	31
MARIO LIBERTINI, <i>Azioni esperibili, decisioni ed effetti sul mercato</i>	41
MARCO LAMANDINI, <i>Il regime del procedimento, il contraddittorio e le misure cautelari</i>	51
ROBERTA GUIZZI, <i>Capacità deflattiva del contenzioso e rapporti con la tutela giurisdizionale</i>	59
GILBERTO NAVA, <i>Regolazione e negoziazione: la soluzione conciliativa</i>	75
ERNESTO APA, <i>Gli impegni nel diritto delle comunicazioni elettroniche e il loro coordinamento con il procedimento di risoluzione delle controversie fra operatori</i>	125
GIULIO NAPOLITANO, <i>Regulation and Litigation. La linea continua tra regolazione e soluzione delle controversie</i>	139
BRUNO CAROTTI, <i>Adeguato ai tempi e vivo: il regolamento dopo le modifiche normative e la prassi attuativa</i>	143

Angelo Marcello Cardani

Prefazione

*un battello lanciò un addio sconsolato
e sentii in gola il nodo gordiano
di tutti gli amori che avrebbero potuto essere e non erano stati*

Gabriel Garcia Marquez

La vita sa essere bella e intensa, e sa a volte spiazzarti. Talora sa essere cattivissima. Occorre imparare tutto questo per tempo: per goderne a pieno e – all’occorrenza – per imparare a difendersi.

Antonio Preto, che questo volume – grazie alla amichevole sollecitudine dei suoi amici di *Roma Tre* – intende ricordare a sole poche settimane dalla sua prematura scomparsa, aveva un suo modo di difendersi che avevo imparato – con piacevole sorpresa – a capire e ad apprezzare in questi quattro anni e più di continua frequentazione, che si sommano ai dieci anni di frequentazione a Bruxelles e ai sette anni di incontri – più casuali – in Bocconi.

Antonio, che, nonostante la congenita ruvidezza, aveva una capacità non comune di entrare in empatia con i suoi interlocutori, grazie alla sua innegabile disposizione al sorriso, a una difesa fatta di bonomia, disponibilità e grande carattere, alla passione che ne animava spesso l’eloquio e i toni, era felice del suo lavoro. E ci metteva passione, oltre che competenza. Si vedeva da quella inesausta disponibilità a parlare ed interloquire in ogni sede. Dalla voglia di esserci sempre. Dal bisogno di dire ogni volta la sua. Pur avendo, talvolta, ironizzato su questa sua attitudine, ora non posso che vederla per quella che era, la caparbia e determinazione di un uomo che aveva fatto da sé; di un uomo cresciuto in una provincia operosa – ma pur sempre periferia rispetto agli snodi nazionali dove incrociano politica, istituzioni e *business* – e da lì giunto fin nel cuore delle istituzioni nazionali e comunitarie, prima a Bruxelles e poi a Roma.

Essendo profondamente convinto, che ciò che chiamiamo vita non dovrebbe essere circoscritto al perimetro della professione, scorro i capitoli di questo libro e vedo Antonio soddisfatto muovere la testa, chiosare, sottolineare, commentare a voce altissima. Svolgo le pagine del suo *blog*, patinato e ricco di notizie, e ci vedo riflesso il commissario Agcom, il funzionario europeo, il notista e il saggista appassionato. E torno ancora una volta a pensare che ciò che mancherà di più, ciò che deve mancarci di più, è l'uomo, ossia quella dimensione di ciascuno di noi – inevitabilmente impastata di grandezza e miseria, di slanci e reticenze, di vette e mediocrità – che troppo spesso trascuriamo, ma che resta la cifra più vera della nostra essenza: cosa ci entusiasma, cosa amiamo, cosa ci fa vibrare di passione, di orrore, di indignazione.

Le nostre amate professioni che ci riempiono le giornate, che ci aiutano a combattere quella sfida quotidiana e umanissima che è la lotta per l'affermazione del nostro punto di vista, spesso nascondono una realtà più profonda, e cioè che il vero cimento non è tanto nell'essere dei bravi professionisti, quanto nella capacità di far emergere l'uomo. La nostra è una quotidianità che macina e metabolizza tutto a ritmi infernali, che gioco forza punta all'essenziale ed al *primum vivere*, che spesso avvilisce e riduce i rapporti tra le persone alla banale equazione del *cui prodest*. Mentre scrivevo queste righe ho sentito il bisogno di sfogliare i libri di Antonio, i suoi articoli, il suo *blog*, cercando quel che ci aveva trasmesso in quei pensieri. E mi sono reso conto che tutto viene consumato troppo velocemente.

È per questo che Antonio voglio ricordarlo in altro modo. E comincio da quella sua passione per il buon vino, in particolare per i rossi della sua terra, passione più di recente tradottasi in una sorprendente vocazione alla produzione. E voglio ricordarlo per certi suoi insospettati slanci sul filo della memoria, che lo portavano a rimembrare un suo giovanile apprendistato formativo in una piccola radio locale. E ricordare il suo vocione, che a volte poteva essere ingombrante, ma che sempre era cifra di umanità e passione. E quella sua barba sale e pepe, apparsa un giorno, quasi all'improvviso, forse un modo per dare un tratto di saggezza a quel suo viso da simpatico secchione; e quegli occhiali dalla montatura così seria, forse il tentativo di conferire un tratto di severità al volto di un ragazzino dagli occhi penetranti e curiosi e dall'espressione sempre vagamente sorpresa.

Voglio ricordarlo così, per restituire intensità e passione alla sua persona. Ma soprattutto per ricordare a noi tutti che se hai fatto un poco di strada con un altro uomo, qualcosa di lui deve restare per sempre dentro di te.

Andrea Zoppini*

*Il regolamento per la soluzione delle controversie tra operatori:
considerazioni introduttive*

Nello scrivere questa pagina introduttiva, rileggendo i saggi di questo volume, affido a due riflessioni una possibile traiettoria della discussione, reminiscenze che mi sembra possano aiutare a comprendere il senso del regolamento sulle controversie tra operatori approvato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

A cogliere non tanto il dato strettamente tecnico, sotteso al meccanismo procedurale adottato, quanto la valenza di politica del diritto, gli obiettivi che si prefigge e che realizza in chiave di regolazione.

La prima è legata a un non più recente, ma io ritengo sempre attuale saggio, di Owen Fiss intitolato *Against Settlement*, apparso ormai più di trent'anni fa nella *Yale Law Journal* (nel vol. 93, 1984, alle pp. 1073 ss.).

Si tratta d'una riflessione che a tutta prima potrebbe sembrare paradossale e contrastante con l'esperienza quotidiana d'un ordinamento – qual è il nostro – che segna il record negativo europeo di durata dei processi civili e che ha posto in essere molti sforzi e procedure per 'mediare' e risolvere il giudizio fuori e prima dell'aula di giustizia (basti pensare alla mediazione obbligatoria prevista dal D.Lgs. 28/2010 e dal D. Lgs. 69/2013). Insomma, per sottrarre le parti e il giudice alla decisione.

Scrivono Fiss, uno dei processualisti statunitensi più noti che ha fatto del diritto processuale un potente strumento *radical* di politica del diritto, che è un errore profondo educare gli studenti e poi i legali a conciliare evitando il giudizio e la sentenza.

Certo per le parti del conflitto normalmente rilevano esclusivamente gli interessi patrimoniali, come tali pienamente disponibili, e il conflitto costituisce un incidente comunque generatore di un pregiudizio nella pro-

* Prof. ord. dell'Università degli Studi Roma Tre – andrea.zoppini@uniroma3.it.

duzione della ricchezza. Tuttavia, dal conflitto, si genera un 'valore' per tutti i consociati, un'esternalità positiva per l'ordinamento in quanto tale, costituito dalla sentenza.

La decisione del giudice proprio in quanto pubblica non risolve solo il conflitto di quelle parti, ma orienta il comportamento di tutti gli attori dell'ordinamento. È regola di quel caso concreto, ma allo stesso tempo di tutti i futuri casi consimili.

Ciò perché la decisione del giudice non è segreta e occulta – come la transazione o l'arbitrato –, ma motivata e pubblica.

Nella motivazione della sentenza, si realizza l'autolegittimazione del/la giudice nella scelta tra le opzioni interpretative che gli/le si offrono. Nella pubblicità e nell'accesso a tutti della sentenza, la creazione di un bene pubblico suscettibile di un uso indiviso e non alternativo.

Ecco un profilo che deve possedere il diritto privato della regolazione là dove introduca meccanismi compositivi e alternativi al giudizio. La composizione degli interessi non deve disperdere il valore sotteso alla opzione interpretativa; proprio per questo capace di orientare futuri comportamenti.

Un caso che a me sembra centrato in questa logica è l'Arbitro Bancario e Finanziario, voluto dalla Banca d'Italia, che – seppure produce decisioni non vincolanti per le parti, che possono sempre rivolgersi al giudice – attua un meccanismo di pubblicità e di massimazione delle proprie decisioni.

Al fondo anche il regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti è in grado di perseguire un tale obiettivo, laddove prescrive la pubblicazione del provvedimento, corredato della motivazione, sul sito *web* dell'Autorità (art. 11, comma 5).

È ragionevole scorgere nella previsione di un simile meccanismo di pubblicità un intento conformativo di futuri comportamenti degli operatori.

La seconda riflessione che intendo proporre traccia un parallelismo tra il regolamento di cui discutiamo e una peculiare forma del processo amministrativo che prende il nome di ottemperanza interpretativa.

Nell'ottemperanza interpretativa, la parte istante non chiede al giudice amministrativo di conformare ad un precedente giudicato ineseguito la realtà, quanto piuttosto di dettare la definitiva interpretazione di una regola destinata a vincolare le parti.

A tal riguardo l'art. 112, comma 5 c.p.a. stabilisce che il ricorso avente ad oggetto l'azione di ottemperanza può essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di adempimento, precisando al successivo art. 114, comma 7 c.p.a. che il giudice, con il provvedimento con cui definisce il giudizio, fornisce chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza.

Diversa è la natura giuridica dell'ottemperanza interpretativa rispetto all'ottemperanza *tout court*. Diversità che ben si apprezza ponendo mente all'estensione della legittimazione ad agire alla parte soccombente (oltre che a quella vittoriosa), proprio in quanto si tratta d'uno strumento processuale che sollecita una sorta di 'interpretazione autentica' ad opera del giudice.

Una forma della tutela dei diritti che presenta taluni punti di contatto con la decisione dell'Autorità come disciplinata dal regolamento in esame, che ad un tempo realizza una modalità peculiare di regolazione e insieme attua la regola nei rapporti fra gli operatori.

Queste rapide riflessioni, spero possano aiutare a comprendere il valore e a distinguere il conflitto come vicenda espressiva di una patologia nei rapporti, di un contrasto di interessi legato frequentemente alla conquista di uno stesso mercato, rispetto alla generazione di una regola che possa aiutare quegli stessi operatori a scegliere, a prevenire il conflitto, a orientare in maniera efficiente le proprie risorse.

Antonio Preto*

Il lungo cammino della riforma

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il versante procedurale. – 3. Il versante sostanziale. – 3.1. I soggetti. – 3.2. I tempi. – 3.3. Cautelare monocratico. – 3.4. Rapporto con la giurisdizione. – 4. Il versante strategico. – 5. Le prospettive. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il cammino della riforma è stato lungo e il sentiero da percorrere non privo di ostacoli. Siamo partiti da un regolamento del 2008 che aveva dato buona prova di sé. Il riferimento, dunque, era scomodo: difficile fare meglio. Ma, certo, era d'obbligo intervenire, per le innovazioni normative e per il contesto in continua evoluzione¹.

Tre i versanti che riassumono questo cammino: procedurale, sostanziale e strategico. Di essi si terrà conto di seguito, per poi cercare di individuare le prospettive a venire e tracciare alcune, parziali, conclusioni.

2. *Il versante procedurale*

L'aspetto procedurale, a mio avviso, è centrale nell'adozione della delibera n. 226. Esso svela, nel *modus*, le intenzioni reali.

* Commissario Agcom (Commissione Infrastrutture e Reti), relatore del provvedimento con il quale è stato adottato il nuovo regolamento sulle controversie tra operatori (delibera n. 226/15/Cons, del 20 aprile 2015), nonché della precedente consultazione pubblica (delibera n. 256/14/Cons, del 28 maggio 2014). Il testo è una versione riveduta della presentazione del convegno svolto all'Università "Roma Tre".

¹ In materia, cfr., per tutti, G. NAVA, *Regolamentazione e contenzioso tra operatori nelle comunicazioni elettroniche*, Torino, Giappichelli 2012.

Con mossa atipica, ho personalmente promosso, non senza contrasti, la partecipazione di esperti esterni, professionisti e accademici, in un seminario tenutosi in Autorità. Invece di avviare subito la consultazione, ho ritenuto di avviare un previo confronto in una vera e propria tavola rotonda.

Le idee emerse in quella sede sono state molte; non di tutte, ma di alcune si è potuto tenere conto nella stesura della bozza del nuovo testo.

Poi, naturalmente, abbiamo applicato le ordinarie procedure di consultazione pubblica, tipica dei regolatori, che superano, come a tutti noto, il tradizionale modello della legge n. 241 del 1990.

Dalla consultazione abbiamo tratto spunti notevoli. E ne abbiamo tenuto conto, specialmente per i punti più innovativi. Una partecipazione in funzione collaborativa, dunque, e non difensiva, come ricorda la migliore dottrina.

3. *Il versante sostanziale*

Tratterò solo alcuni aspetti, in particolare incentrando l'analisi su soggetti, tempi, cautelare monocratico, rapporto con la giurisdizione.

3.1 *I soggetti*

Abbiamo esteso il campo di applicazione a soggetti non autorizzati ai sensi del Codice, ma interessati alla posa delle infrastrutture: un tema già emerso in ambito di co-ubicazione (delibera n. 622/11/Cons), che potrebbe rivelarsi utile nello sviluppo delle dorsali e nella semplificazione dei rapporti. Una decisione lungimirante, se consideriamo la recente scelta fatta dal Governo di attribuire ad Agcom la competenza a risolvere le controversie in attuazione della direttiva 2014/61/UE, ampliando così la platea dei soggetti interessati. La presenza di Enel, oggi, ne costituisce una conferma.

3.2 *I tempi*

Lo sforzo di ricondurre la tempistica entro i quattro mesi previsti dalla direttiva è notevole. Conoscevamo la non perentorietà dei termini ma allo stesso tempo, avevamo la consapevolezza che solo una giustizia celere è vera giustizia.

3.3 *Cautelare monocratico*

Qui l'innovazione è sostanziale. Il rispetto dei diritti degli utenti, necessità di una decisione immediata, che potrebbe rivelarsi cruciale – faccio una mera ipotesi – in caso di interruzione generalizzata del servizio. O in caso di una sua alterazione sostanziale (pensiamo all'impatto di eventuali operazioni 'occulte' sulla *net neutrality*).

3.4 *Rapporto con la giurisdizione*

La norma, per essere capita, deve essere calata nel contesto dei rapporti dell'Autorità con gli operatori. Una controversia viene avviata, istruita, studiata. Le parti sono messe in contatto, gli uffici approfondiscono la materia. A volte emerge una problematica generale legata alla controversia, che la decisione potrebbe risolvere.

Ora, alla parte è sempre consentito il ricorso alle vie giurisdizionali; se però tale diritto si esercita in uno stadio avanzato della controversia, allora vi è una perdita di risorse, tempi e potere decisorio. Per questo abbiamo considerato importante – e l'impulso è venuto proprio dalla Direzione interessata – consentire all'Autorità di pronunciarsi quando il ricorso alle vie giurisdizionali appaia strumentale e, comunque, intempestivo. Non si tratta, certamente, di definire la controversia nel merito, ma di esprimersi sui 'principi generali' del caso (se vi sono) che possono contribuire alla chiarezza del quadro regolamentare (magari in riferimento a istituti complessi o di difficile attuazione pratica).

Il tema è delicatissimo, come si comprende immediatamente. Tocca diritti costituzionali. La dialettica sul punto è stata intensa anche in seno all'Autorità. Alla fine è prevalsa una posizione di equilibrio, per cui il diritto al ricorso giurisdizionale, se esercitato quando lo stadio di trattazione della controversia è avanzato, non impedisce all'Autorità di pronunciarsi comunque, ma, come detto, limitando la pronuncia ai principi generali della materia.

Come si può capire, la soluzione della questione è legata strettamente alla *regulation by litigation*. E cioè alla 'dimensione strategica' del regolamento: aspetto, questo, che mi interessa maggiormente e su cui vorrei soffermarmi.

4. *Il versante strategico*

Il quadro giuridico di riferimento è molto sfidante perché consente ad Agcom di giocare una partita a tutto campo.

Come a tutti noto, l'art. 23, comma 3, del Codice delle comunicazioni elettroniche, correla la soluzione delle controversie agli obiettivi generali del settore (tracciati dall'articolo 13 dello stesso Codice). Il successivo art. 42, comma 5, disciplina l'intervento *ex officio* dell'Agcom in materia di interconnessione. Ecco, sono i principi generali del settore a venire in rilievo: è qui che si gioca un passaggio chiave. L'ampiezza della norma è tale da offrire varie sfaccettature, e una nuova frontiera all'Autorità e agli operatori. Ecco, lo strumento 'contenzioso' può essere utilizzato certo per dirimere la controversia, ma anche per indicare criteri rilevanti per l'intero mercato.

Non solo: la Corte di giustizia dell'Unione europea ha statuito che le decisioni di risoluzione delle controversie sono soggette all'obbligo di notifica ai sensi dell'art. 7 della Direttiva Quadro². La Corte ci dice che le decisioni assunte dalle Autorità nazionali di regolazione (Anr) nell'ambito della soluzione delle controversie non sono 'minori', né questa è una competenza 'minore'. Al contrario: ha la stessa dignità dell'attività prettamente regolatoria, poiché può avere lo stesso impatto.

Se avevamo ancora qualche dubbio sull'importanza della funzione di soluzione delle controversie, la Corte di giustizia, con questa sentenza, lo elimina del tutto. Il diritto europeo non tradisce, neanche in questo caso, il suo orientamento funzionalista e va alla sostanza delle cose. Traiamone i necessari insegnamenti.

Prendiamo qualche esempio ricostruttivo, oltre che di *case law*. Richard Posner qualche anno fa è tornato sulla fondamentale questione della *regulation by litigation*³. Ha ricordato, conformemente alla tradizione statunitense, come la *regulation* sia demandata alle *agencies*, ossia alle amministrazioni, e la *litigation* alle Corti.

² Corte giust., 16 aprile 2015, causa C-3/14, *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej e Telefonia Dialogsp. z o.o. c. T-Mobile Polska SA*, punto 40.

³ R.A. POSNER, *Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): An Analytical Framework*, in *Regulation vs. Litigation: Perspectives from Economics and Law*, a cura di D.P. Kessler, Chicago, University of Chicago Press, 2009, p. 11 ss.

Rispetto alla formazione dello ‘stato amministrativo’ nel corso del ventesimo secolo, oggi il panorama economico è molto cambiato. È vero che a volte può essere considerato più efficiente l’intervento giurisdizionale. Ma in altri casi avviene il contrario: proprio nel settore delle comunicazioni elettroniche può esistere un vantaggio comparativo nell’uso delle amministrazioni specializzate, rispetto alle corti⁴.

Certo, questi temi toccano un argomento specifico, ossia quando sono le stesse *agencies* a ricorrere alle *courts* per disciplinare un settore: scegliendo, appunto, la via giurisdizionale, invece di quella regolatoria.

Il tema posto dal regolamento è parzialmente diverso, ma non del tutto. Qui è la soluzione alternativa delle controversie a venire in rilievo. Con l’espressione, come noto, intendiamo tecniche volte a risolvere controversie sia in un’ottica giustiziale (e, cioè, consentendo a terzi di decidere), sia in un’ottica negoziale, attraverso un’opera di facilitazione che conduca alla composizione (attraverso incentivi).

Fino ad oggi abbiamo conosciuto la prima versione, quella giustiziale. La dottrina, amministrativistica e costituzionalistica, si è incentrata su natura e poteri delle autorità indipendenti parlando di funzione ‘quasi-giurisdizionale’. La Cassazione ha escluso tale natura: o giustizia o amministrazione; *tertium non datur*⁵.

Forse vi sono più modelli che convivono: alla natura tendenzialmente giustiziale se ne associa una sostanzialmente amministrativa, con l’aggiunta di tratti volontaristici.

Ed è proprio la linea di confine a interessarci, in questo momento storico; per capire il legame tra profili regolatori e decisori. La soluzione del rapporto con la giurisdizione, fatta propria dal nuovo regolamento, al fondo, parla di questo aspetto.

Partiamo da questa considerazione. Come detto, in alcuni casi si assiste all’uso, da parte dell’amministrazione, delle vie giurisdizionali, per giungere a definire le regole dell’attività economica e industriale attraverso il *case law*, invece che con le procedure dell’*Administrative Procedure Act*. La *regulation by litigation*, assume quindi un connotato specifico (diverso dal

⁴ “*Rising information costs because of greater technological complexity may also increase the gain to expertise and hence the comparative advantage of specialized agencies relative to generalist courts*”, conclude Posner nel suo citato articolo.

⁵ Secondo il noto insegnamento della sentenza della Sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341.

caso Agcom), ma indicativo. A ben vedere, del resto, «[r]egulation-by-litigation, as this new phenomenon became known, uses litigation and the courts to achieve and apply regulatory outcomes to entire industries»⁶.

Qual è il problema di fondo? Quello della corretta apposizione, in termini economici, delle regole. Non deve esservi un eccesso di regolazione, ma nemmeno un difetto dovuto a miopia (Jean Tirole ci ricorda che avremo molto da fare con le piattaforme digitali)⁷.

Il rafforzamento del ruolo della regolazione e delle controversie, e del loro reciproco nesso con la giurisdizione, può colmare un vuoto. Per fronteggiare le carenze di regolazione delle nuove frontiere, dove ci si muove con più cautela. *Regulation by litigation* anche per le piattaforme digitali anziché regolazione *ex ante*? Una domanda che dobbiamo porci.

Insomma, colmare le carenze di regolazione. Questa è la vera sfida che in Autorità ci siamo posti con il nuovo regolamento.

Ho parlato altrove di “proporzionalità inversa”. È proprio questo il senso: i tavoli negoziali che possono aprirsi con il regolamento di soluzione delle controversie sono importanti e influenti. Di grande impatto. Perché in un contesto come quello odierno, in cui la regolazione interviene a disciplinare una vasta gamma di rapporti, ma a volte stenta a stare al passo con i tempi, uno stimolo può venire proprio da una soluzione condivisa, giocando sullo stesso tavolo su questioni centrali per il mercato.

Ecco i termini della sfida. Avviare procedure di *litigation* ‘interne’ all’Autorità, che conducano, in maniera effettiva, alla soluzione di problemi. Per giungere poi, per induzione, a una definizione generale: di natura regolamentare, appunto.

Il compito non è facile. Ma va tenuto a mente da quanti sono tenuti ad interpretare le disposizioni vigenti. Perché la soluzione diviene un criterio teleologico determinante.

Siamo in una zona di confine, in cui il rischio paventato dalla *capture theory* è presente. Richiamando ancora Posner, vediamo che «[a]gencies are specialized, and this facilitates the development of expertise in technical sub-

⁶ A.P. MORRISS, B. YANDLE, A. DORCHAK, *Regulation by Litigation*, New Haven, Yale University Press, 2012, p. 1.

⁷ Sia sufficiente richiamare uno dei lavori essenziali del Premio Nobel: J. TIROLE, J.-J. LAFFONT, *A Theory of Incentives in Regulation and Procurement*, Hong Kong, Mit Press, 1993.

jects»; però, come elemento negativo, «*they are subject to far more intense interest-group pressures than courts*».

In questo senso, spostandoci nella prospettiva della scuola della *Public Choice*, si potrebbe forse cercare il rafforzamento del *public interest*: la *litigation*, non solo potrebbe supplire a carenze regolatorie, ma potrebbe ovviare al grande dilemma dell'adeguata rappresentazione degli interessi.

I pilastri fondamentali cui rivolgersi sono 'politica', 'amministrazione', 'giudice'. Devono essere dosati con cura, stimolando il *political ladder* solo laddove necessario (con la politica industriale, di cui Mark Thatcher ha recentemente preconizzato il ritorno, sostenendo che non sia in conflitto con la regolazione)⁸; favorendo l'*expertise* delle amministrazioni, anche per le controversie; ricorrendo al giudice se non si compone una soluzione.

Il nostro regolamento vuole percorrere tutto questo cammino che, come è ormai facile comprendere, è ancora molto lungo.

5. *Le prospettive*

Quella del ruolo strategico è una prospettiva di ampio respiro. Ma la realtà offre sempre nuovi stimoli. Non sorprende, in questo senso, che vi sia un altro elemento che indica come il cammino non sia ancora compiuto.

Nell'ambito dell'Agenda Digitale Europea, l'Unione, con la direttiva n. 61 del 2014, ha fissato in capo agli Stati l'obbligo di adottare misure che garantiscano la simmetria informativa e facilitino la posa di infrastrutture. Incidendo su accesso, progettazione e collocazione all'interno delle proprietà.

L'art. 10 della direttiva prevede la creazione a livello nazionale di uno o più organismi indipendenti per la soluzione delle controversie. Questi potranno 'imporre' una soluzione alle parti, per evitare rifiuti ingiustificati di negoziare, oppure per eliminare condizioni non ragionevoli.

Il Governo, con scelta saggia ha ritenuto di attribuire tale competenza ad Agcom, autorità amministrativa indipendente, proprio in virtù dell'esperienza già acquisita nel settore. Una attribuzione confermata dall'art. 9 dello Schema di Decreto Legislativo di attuazione della direttiva.

⁸ Cfr. M. THATCHER, *From Old To New Industrial Policy Via Economic Regulation*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, vol. 1, 2014, p. 6 ss.

Una nuova competenza? Un nuovo modo, oltre a quello oggetto di analisi in questa sede? Forse sì, ma solo negli ‘accidenti’ (in senso aristotelico), e non nella ‘sostanza’.

L’Autorità sarà chiamata, in linea con la Direttiva Quadro, ad assumere una decisione vincolante e proporzionale. Da adottare entro due mesi – per accelerare un processo per molti versi ancora troppo lento (da cui rinasce il tema centrale dei tempi).

Questo intervento eventuale di Agcom, *ex post*, va nella direzione di non incrementare il carico regolatorio *ex ante*. Una scelta che, in casi come questo, può rivelarsi la migliore per garantire l’equilibrio del mercato.

Ai sensi dello stesso art. 9, occorreranno modifiche ai regolamenti vigenti: la materia è dunque viva, e necessita di continui adattamenti.

6. Conclusioni

È presto per fare un bilancio. L’anno in corso è lo stesso dell’adozione e dovremo attendere assestamenti pratici.

Occorre giocare di sponda, riscoprire l’interesse pubblico anche nel dialogo con gli operatori.

In generale, un punto appare chiaro: il ruolo del regolamento va oltre i suoi confini naturali. Genera un punto di contatto tra controversie, regolazione e procedimenti giurisdizionali. Se è così, allora la via scelta dal regolamento è certo difficile, ma apre prospettive interessanti e forse non del tutto prevedibili.

Le controversie sono una tessera di questo mosaico.

Filippo Donati

La soluzione delle controversie e le comunicazioni elettroniche

SOMMARIO: 1. La doppia natura del procedimento di soluzione delle controversie tra operatori delineato dal diritto dell'unione europea. – 2. La disciplina dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche. – 3. Il nuovo regolamento per la soluzione delle controversie tra operatori. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *La doppia natura del procedimento di soluzione delle controversie tra operatori delineato dal diritto dell'unione europea*

Il legislatore europeo, a partire dalla direttiva interconnessione del 1997, ha affidato la soluzione delle controversie tra operatori alle autorità nazionali di regolamentazione¹. Tale scelta ha trovato una conferma negli artt. 20 e 21 della Direttiva Quadro², dedicati rispettivamente alle controversie nazionali e transnazionali.

La scelta del legislatore europeo persegue un duplice obiettivo: offrire una adeguata protezione agli operatori di comunicazione elettronica, da una parte, e assicurare l'uniformità del quadro regolatorio europeo, dall'altra parte.

Sotto il primo profilo, il legislatore europeo ha messo a disposizione degli operatori una procedura di soluzione delle controversie affidata a un'autorità indipendente, dotata di una forte competenza tecnica e capace di adottare decisioni in tempi brevi. Così inquadrata, la procedura di soluzione delle controversie rappresenta uno strumento di risoluzione alternativa delle controversie (alternative dispute resolution o ADR), che sostitui-

¹ Cfr. gli artt. 9, comma 5, 11 e 17 della direttiva n. 97/33/CE.

² Direttiva 2002/21/CE, come modificata dalla direttiva 2009/140/CE.

sce il ricorso all'autorità giudiziaria ma non preclude alle parti la possibilità di chiedere che la controversia venga poi decisa in sede giurisdizionale.

Sotto il secondo profilo, la procedura di soluzione delle controversie rappresenta uno strumento volto a promuovere la creazione di uno spazio regolatorio europeo. Le autorità nazionali di regolazione hanno infatti il compito essenziale di garantire un'attuazione uniforme diritto dell'Unione europea in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica. In questa prospettiva le autorità nazionali di regolazione sono state inserite in reti sovranazionali e talvolta in veri e propri organi europei, come è avvenuto appunto con l'istituzione dell'Organismo dei *regolatori* europei delle comunicazioni elettroniche (*BEREC*). Questa disciplina mira a fare in modo che le autorità nazionali di regolamentazione garantiscano la corretta attuazione della disciplina europea in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, operando come cinghia di trasmissione del diritto comunitario nell'ordinamento interno.

La Direttiva Quadro, nel disciplinare le controversie nazionali³ e transnazionali⁴, ha stabilito che l'autorità di regolamentazione debba perseguire gli obiettivi generali e i principi sanciti dall'art. 8, ovvero la promozione della concorrenza, lo sviluppo del mercato interno e la tutela degli interessi dei cittadini dell'Unione. Le autorità nazionali di regolamentazione, quindi, sono chiamate a svolgere un'attività sostanzialmente regolatoria anche quando risolvono controversie tra operatori. Sotto questo profilo, la Direttiva Quadro conferma l'impostazione già seguita dalla precedente direttiva in materia di interconnessione e accesso, dove si prevedeva che la decisione che dirime una controversia in questo settore deve costituire un 'giusto equilibrio' tra i legittimi interessi delle parti e l'interesse generale (interesse degli utenti, promozione della concorrenza ecc.)⁵. L'autorità nazionale

³ Cfr. l'art. 20 della Direttiva Quadro.

⁴ Cfr. l'art. 21 della Direttiva Quadro.

⁵ Cfr. l'art. 9, comma 5, direttiva n. 97/33/CE. Analoga previsione non era invece contenuta nella direttiva sul servizio universale (direttiva n. 98/10/CE, art. 26) che si limitava a riconoscere alle imprese ed agli utenti, in caso di violazioni della direttiva, la possibilità di adire le autorità nazionali di regolamentazione o un altro organo indipendente e di avvalersi di procedure «*di facile accesso e in linea di massima gratuite per risolvere le controversie in modo equo, trasparente e rapido*», senza peraltro precisare i criteri da seguire per la soluzione della controversia.

investita della controversia, pertanto, non potrà limitarsi a stabilire quale sia la disciplina giuridica concretamente applicabile alla fattispecie controversa, come farebbe un organo giurisdizionale o arbitrale (in un arbitrato secondo diritto): dovrà invece adottare una decisione che consenta il soddisfacimento delle finalità tipicamente perseguite nell'esercizio dell'attività di regolazione, nel rispetto comunque della disciplina applicabile⁶. Il procedimento di soluzione delle controversie tra operatori consente dunque alle autorità nazionali di regolazione di monitorare il sistema, di adattarlo all'evoluzione del mercato, di contemperare gli interessi delle imprese con gli interessi generali che rilevano nel settore; di svolgere quindi un intervento di regolazione anche nella fase della soluzione delle controversie.

L'istituto in esame, in definitiva, ha una doppia anima: strumento di soluzione delle controversie alternativo alla giurisdizione, da una parte, e strumento volto a permettere la cosiddetta *regulation by litigation*, dall'altra parte.

2. *La disciplina dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche*

Il Codice delle comunicazioni elettroniche, nel riprendere la disciplina prevista dalla Direttiva Quadro, ha confermato la doppia anima del procedimento di soluzione delle controversie dinanzi all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ('Agcom').

L'art. 23 del Codice non ha conferito all'Agcom poteri giurisdizionali, cosa che del resto sarebbe stata preclusa dal divieto di istituire giudici speciali sancito dall'art. 102 Cost.

In forza dell'art. 23 del Codice, dinanzi all'Agcom si svolge un procedimento amministrativo di tipo 'giustiziale'⁷, ovvero un procedimento amministrativo volto alla soluzione di un conflitto, caratterizzato da un vero e proprio contraddittorio e concluso con un provvedimento amministrativo

⁶ L'Agcom non potrebbe dunque, ad esempio, imporre obblighi di regolamentazione asimmetrica a carico di operatori privi di significativo potere di mercato. Si veda peraltro la delibera n. 14/06/CIR, in cui l'Agcom ha discutibilmente assoggettato ad obblighi di prezzo le tariffe di terminazione di un operatore non avente significativo potere di mercato (la vicenda riguardava obblighi derivanti dalla disciplina anteriore al Codice).

⁷ In argomento cfr. E. BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, CEDAM, Padova 1986.

vincolante. A differenza di quanto accade nei procedimenti giurisdizionali o arbitrari, non può essere sollevata una questione di legittimità costituzionale o un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE⁸. Si è parlato a tal riguardo di esercizio di 'attività amministrativa in forma contenziosa', riconducibile ad una generale funzione di regolazione⁹. Ciò appare del resto in linea con la natura amministrativa delle autorità indipendenti – e quindi anche dell'Agcom – e con la sottoposizione delle stesse ai principi del diritto amministrativo¹⁰.

In questi casi, dunque, l'Agcom svolge un ruolo 'paragiurisdizionale' nel quale però la tutela degli interessi delle parti diventa un 'modo indiretto e occasionale' per tutelare interessi generali in relazione ai quali essa esercita la propria attività di regolazione¹¹.

Si tratta dunque di una funzione di tipo amministrativo ben diversa dall'attività di mera applicazione della legge tipica dell'autorità giudiziaria¹².

⁸ Cfr. Corte giust., Grande sezione, 31 maggio 2005, C-53/03, in *Racc.*, 2005, I, p. 4609, che ha escluso la legittimazione di una autorità nazionale *antitrust* al rinvio *ex art.* 234 del Trattato CE, osservando che tale rinvio può essere effettuato «*solo da un organo chiamato a statuire su una controversia pendente dinanzi ad esso nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale*», In argomento cfr. A. COLAVECCHIO, *L'accesso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia: porte chiuse per le Autorità indipendenti?*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 137 ss.

⁹ Cfr. A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese, C. Franchini, Il Mulino, Bologna 1996, p. 107 ss.

¹⁰ Cfr. per tutti G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino 2001, p. 165 ss.; per indicazioni sugli orientamenti giurisprudenziali a tal riguardo cfr. F. CORTESE, *Momenti e luoghi salienti di una transizione: la tutela giurisdizionale amministrativa e i suoi sviluppi al cospetto delle autorità indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 446 ss.

¹¹ Cfr., con riguardo all'attività di vigilanza delle autorità indipendenti, M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese, C. Franchini, cit., p. 159. Più in generale sulla riconducibilità dei poteri giustiziali delle autorità indipendenti ad una funzione di regolazione cfr. L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino 2002, p. 343 ss.

¹² Per la tesi secondo cui i poteri giustiziali affidati alle autorità indipendenti costituiscono una attività amministrativa volta alla mera applicazione della legge per la tutela dei diritti dei cittadini cfr. invece G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti. I. Giurisdizione e amministrazione*, Giuffrè, Milano 2000, p. 253 ss., nonché G. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle*

La Corte di cassazione ha del resto escluso la natura 'giurisdizionale o paragiurisdizionale' del potere di soluzione delle controversie affidato alle autorità indipendenti¹³ precisando che queste, quando esercitano funzioni 'giustiziali', non svolgono un'attività assimilabile a quella di un giudice¹⁴, ma provvedono «*in considerazione di un interesse pubblico generale, la cui forza talvolta attenua la stessa protezione della posizione soggettiva*». La valorizzazione del contraddittorio, ha osservato la Corte, si iscrive nella «*diffusa tendenza alla introduzione nel procedimento amministrativo di momenti di partecipazione effettiva da parte degli interessati al suo esito*» e non significa affatto «*abbandono del procedimento in favore del processo*»¹⁵.

Il Codice ha precisato che la procedura di cui all'art. 23 non preclude alle parti la possibilità di adire un organo giurisdizionale¹⁶, superando così la precedente disciplina secondo cui i termini per agire in sede giudiziaria erano sospesi fino a quando non fosse stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione¹⁷. Se ne deve dedurre che ciascuna parte è libera,

regole, a cura di S. Cassese, C. Franchini, cit., p. 47. In questa prospettiva cfr. anche, con riferimento all'attività di 'aggiudicazione' svolta dall'AGCM, M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna 2005, pp. 96, 110 ss., 177 ss., il quale osserva che tale autorità, in sede di verifica circa il rispetto delle regole in materia di concorrenza e di pubblicità ingannevole, pone in essere un'attività che «*non è affatto diversa da quella che viene svolta dal giudice civile o penale chiamato a qualificare o sussumere una fattispecie concreta in una fattispecie normativa*».

¹³ Cfr. Cass., Sez. III, 12 ottobre 2012, n. 17408.

¹⁴ Diverse considerazioni possono invece valere per l'autorità garante della concorrenza e del mercato, che non è un'autorità di regolazione: cfr. per tutti M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 103, che configura tale autorità come organo «*formalmente amministrativo ma sostanzialmente giurisdizionale*».

¹⁵ Cfr. Cass., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341, con specifico riferimento al Garante per la protezione dei dati personali ma con rilievi di carattere generale applicabili a tutte le autorità indipendenti. Il carattere di terzietà, con riguardo alle amministrazioni indipendenti, non è dunque assimilabile alla posizione di un giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale ma richiama più semplicemente il rispetto «*del principio di imparzialità*».

¹⁶ Art. 23, comma 2 del Codice, in attuazione dell'art. 20, comma 5, della Direttiva Quadro.

¹⁷ In tal senso disponevano l'art. 1, comma 11, l. n. 249/1997 e l'art. 7, comma 3, del regolamento approvato con la delibera n. 148/01/CONS. In dottrina, sul punto, cfr. M. LIBERTINI, G. SCOGNAMIGLIO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione delle controversie fra "organismi di telecomunicazioni"*, in *Dir. Inform e Inf.*, 2002, p. 699 ss.

anche in pendenza di un procedimento dinanzi all'autorità di regolamentazione, di adire l'autorità giudiziaria; analogamente la pendenza di un ricorso giurisdizionale non impedisce a chi ne abbia interesse di avvalersi della procedura prevista dall'art. 23 del Codice.

In teoria potrebbe dunque aversi la contemporanea pendenza di un procedimento amministrativo (quello dinanzi all'autorità di regolazione) e di un procedimento giurisdizionale sul medesimo oggetto; in tal caso la legge non impone infatti all'Agcom di sospendere il procedimento in attesa della definizione del processo giurisdizionale¹⁸. In effetti il procedimento dinanzi all'Agcom persegue finalità di regolamentazione e quindi differisce dai procedimenti giurisdizionali; inoltre il procedimento dinanzi all'Agcom deve concludersi in tempi rapidi, che non potrebbero essere rispettati nell'ipotesi di sospensione del procedimento fino alla adozione da parte dell'autorità giudiziaria della sentenza definitiva¹⁹.

La disciplina dettata dal Codice lascia aperta la questione relativa al bilanciamento tra le esigenze di trasparenza e di pubblicità e le esigenze di riservatezza che possono emergere con riguardo alla controversia. In effetti le decisioni di carattere regolatorio richiedono trasparenza e apertura anche all'intervento da parte di terzi interessati. Nello stesso tempo, tuttavia, l'esistenza di una controversia in atto richiede l'adozione di regole volte a impedire l'utilizzo da parte di terzi o anche da parte della stessa autorità (al di fuori della procedura) delle informazioni confidenziali ottenute dalle parti interessate.

3. Il nuovo regolamento per la soluzione delle controversie tra operatori

Il nuovo Regolamento, approvato con la delibera n. 226/15/CONS, ha confermato che il procedimento per la risoluzione delle controversie

¹⁸ Ciò vale anche nell'ipotesi in cui dinanzi all'Agcom penda una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione di un provvedimento dell'Agcom o del Ministero delle Comunicazioni che sia stato impugnato dinanzi al giudice amministrativo.

¹⁹ Laddove peraltro il procedimento dinanzi all'Agcom laddove verta sull'interpretazione o sull'applicazione di un provvedimento amministrativo in pendenza della domanda cautelare di sospensione degli effetti del medesimo, può risultare tuttavia opportuno che l'Agcom attenda l'esito della decisione sull'istanza di sospensiva prima di adottare il provvedimento di definizione della controversia.

tra operatori è volto a perseguire gli obiettivi della regolazione. L'art. 2, comma 3, seppure con una formulazione tecnicamente non perfetta, chiarisce che in sede di risoluzione delle controversie l'Agcom «*attua i principi e persegue gli obiettivi di cui agli artt. 3, 4 e 13 del Codice*». Nonostante che la disposizione sia riferita all'esercizio delle competenze amministrative di cui al comma 2 (cioè alle controversie che coinvolgono soggetti tenuti alla fornitura di accesso a infrastrutture di posa di reti in fibra ottica), deve ritenersi che essa sia applicabile anche, e prima ancora, all'attività di soluzione delle controversie tra fornitori di reti e servizi di comunicazione elettronica ai sensi del comma 1 di tale articolo.

Il nuovo regolamento, tuttavia, valorizza soprattutto l'anima 'paragiurisdizionale' del procedimento di soluzione delle controversie dinanzi all'Agcom, per tre ragioni.

In primo luogo, il nuovo Regolamento conferma che si tratta di uno strumento alternativo alla giurisdizione. La Direttiva Quadro e il codice lasciano – a mio avviso – aperta la possibilità di una contemporanea pendenza del procedimento giurisdizionale e di quello amministrativo dinanzi all'autorità di regolazione, perché essi perseguono fini differenti. Invece il Regolamento conferma che, in caso di pendenza della controversia dinanzi all'autorità giudiziaria, l'Agcom deve dichiarare inammissibile o improcedibile l'istanza per la soluzione della controversia ai sensi dell'art. 23 del Codice. L'art. 3, comma 5 del regolamento stabilisce che l'Agcom possa pronunciarsi nonostante la pendenza del procedimento giurisdizionale solo dopo che il procedimento abbia condotto a una «*valutazione esaustiva dei fatti e delle questioni giuridiche sottese*» e qualora le questioni siano «*di particolare importanza e la loro definizione contribuisca al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 del Codice*». In tal caso, tuttavia, l'Agcom può pronunciare non una decisione vincolante, ma solo un «*atto interpretativo generale*».

In secondo luogo, il procedimento per le soluzioni delle controversie dinanzi all'Agcom è improntato al rispetto dei principi che caratterizzano il procedimento giurisdizionale. In particolare, il Regolamento prevede che il procedimento si svolga su impulso delle parti, nei limiti delle rispettive domande e nel pieno rispetto del principio del contraddittorio. Il Regolamento assicura inoltre lo svolgimento di una adeguata istruttoria, distingue la fase istruttoria dalla fase decisoria, permette alle parti di farsi assistere da esperti e consulenti, prevede un tentativo obbligatorio di conciliazione, ammette l'emissione di provvedimenti cautelari.

In terzo luogo, non è prevista l'apertura del procedimento a tutti i soggetti interessati, come invece accade nei procedimenti volti all'adozione di misure di regolazione. L'intervento nel procedimento di un terzo operatore è permesso soltanto su richiesta di una delle parti della controversia, e soltanto laddove il terzo sia titolare di una situazione sostanziale oggettivamente connessa a quella oggetto della controversia pendente. Non diversamente a quanto accade per i procedimenti giurisdizionali.

4. *Considerazioni conclusive*

La Direttiva Quadro e il Codice hanno configurato il procedimento di soluzione delle controversie tra operatori come istituto con una duplice funzione: strumento di tutela dei diritti delle imprese e strumento di regolazione.

Questa doppia anima del procedimento di soluzione delle controversie è propria anche di altri procedimenti amministrativi di tipo giustiziale. Nella concreta definizione del procedimento di soluzione delle controversie, tuttavia, occorre tenere conto di una serie di considerazioni, che militano contro la cosiddetta *regulation by litigation*.

In primo luogo, nel settore delle comunicazioni elettroniche, più che in altri campi, si pone l'esigenza di affidare la soluzione delle controversie a un soggetto dotato di adeguata competenza tecnica e di approfondita conoscenza della normativa di settore, capace di offrire agli operatori meccanismi di tutela rapidi e efficaci. Non sempre l'autorità giurisdizionale può soddisfare tali esigenze. Di qui l'opportunità di introdurre procedimenti che siano alternativi alla giurisdizione, nel senso di offrire una tutela diversa nella natura ma rispettosa dei principi di fondo cui si ispira l'attività giurisdizionale.

In secondo luogo, il settore delle comunicazioni elettroniche richiede grandi investimenti, con ritorni generalmente assai spostati nel tempo. Gli operatori, nel definire le proprie strategie d'impresa, devono quindi poter confidare su un quadro regolatorio stabile. La pendenza di una controversia tra operatori può certamente rappresentare un'ottima occasione per individuare e superare lacune o incertezze del quadro regolatorio. Essa non può invece giustificare un cambiamento del quadro normativo sul quale gli operatori hanno fatto affidamento per le proprie scelte imprenditoriali.

In terzo luogo, deve essere tenuta ferma la differenza tra i procedimenti volti alla definizione delle regole e i procedimenti volti all'applicazione delle stesse. I procedimenti di natura meramente regolatoria presentano esigenze (consultazioni pubbliche, partecipazione di tutti gli interessati, coinvolgimento della Commissione europea) che non possono certamente essere soddisfatte nell'ambito di un procedimento contenzioso, avviato per risolvere una controversia mediante l'applicazione delle regole esistenti.

Il nuovo Regolamento ha valorizzato l'anima 'giustiziale' del procedimento volto alla soluzione delle controversie tra operatori, rispetto a quella 'regolatoria'. Le considerazioni svolte portano a ritenere che si tratti di una scelta ragionevole e, come tale, da condividere.

Gian Michele Roberti

Ambito oggettivo e soggettivo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ambito oggettivo. – 2.1. La portata della competenza dell’Autorità. – 2.2. La natura della competenza dell’Autorità. – 3. Ambito soggettivo. – 4. Conclusioni.

1. *Premessa*

Posto all’incrocio fra regolazione e giurisdizione, il potere di *dispute settlement* esercitato dalle autorità indipendenti in virtù della normativa europea e nazionale di riferimento è da tempo un elemento essenziale della architettura giuridica degli ordinamenti settoriali. Ciò vale anche, e in particolare, per le comunicazioni elettroniche. Il nuovo Regolamento Agcom in materia di soluzione delle controversie, che rivede ed integra il previgente regime, rappresenta uno sviluppo di sicuro rilievo per la disciplina di questa importante modalità di intervento. Il nuovo apparato normativo, che fa seguito ad un approfondito processo di consultazione e riflessione, e che tiene conto altresì della prassi amministrativa e giurisprudenziale già maturata nel quadro del precedente regolamento, è invero uno strumento affinato nei contenuti e di grande utilità sia per la garanzia dei diritti delle imprese interessate sia, più in generale, della disciplina del mercato.

La definizione dell’ambito oggettivo e soggettivo di tale regime è ovviamente uno dei punti chiave per comprendere il ruolo che il *dispute settlement* assumerà nel quadro dell’ordinamento di settore. Le osservazioni qui formulate sono appunto destinate ad esaminare tali profili. In tale prospettiva, si procederà ad analizzare anzitutto la portata e la natura della competenza riconosciuta all’Autorità (*infra sub I*). Si esaminerà quindi l’ambito soggettivo di applicazione del nuovo regime (*infra sub II*), per poi formulare qualche considerazione conclusiva sulla latitudine di discrezionalità dell’intervento dell’Autorità e sulla esigenza di un adeguato controllo giurisdizionale.

2. *Ambito oggettivo*

2.1 *La portata della competenza dell'Autorità*

Definito in linea di sostanziale continuità rispetto al regime previgente, l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina sancita dal Regolamento è delineato dalle previsioni di cui all'art. 23 del Codice e dall'art. 2, comma 1 e 3, del Regolamento medesimo. Le norme citate chiariscono che le controversie per le quali l'Autorità può essere adita sono quelle aventi ad oggetto gli obblighi derivanti dalla normativa di settore e, più precisamente, come specificato dall'art. 2, comma 1, del Regolamento «*gli obblighi derivanti dal Codice, dalla direttiva quadro, dalle direttive particolari, da provvedimenti dell'Autorità ovvero da altre fonti, anche negoziali, che ne costituiscono attuazione*».

In sostanza, quindi, l'ambito oggettivo è perimetrato in funzione delle *fonti* della cui applicazione si tratta: fonti che includono l'intera catena di parametri giuridici conferenti, a partire dalla normativa europea rilevante e dalla sua trasposizione legislativa interna, sino alle disposizioni ulteriori di rango provvedimentale od anche negoziale. Ne consegue che, sia pur limitatamente alla disciplina di settore, il rimedio contemplato dal Regolamento, e la relativa competenza dell'Autorità, si esercitano con riguardo ad un ampio ventaglio di 'situazioni giuridiche'. Dinanzi all'Autorità possono invero essere dedotte pretese fondate sull'insieme delle fonti menzionate, ciò che consente alla parte legittimata di invocare tutela per un complesso di diritti (cui corrispondono correlati obblighi) particolarmente esteso e, comunque, non limitabile *a priori*.

L'ampiezza dell'ambito oggettivo trova conferma anche nel riferimento ai principi ed obiettivi di fondo della normativa settoriale contemplata dal comma 3, dell'art. 2 del Regolamento. In verità, già la previsione di legge (art. 23 del Codice) e la corrispondente norma della direttiva quadro (art. 20) espressamente sanciscono che la competenza esercitata dall'Autorità nazionale di regolazione (ANR) in sede di soluzione di controversie B2B deve essere orientata all'attuazione di detti principi ed obiettivi. Tale concezione 'funzionale' dell'agire dell'Autorità è oggi ribadita ed integrata dalla nuova formulazione dell'art. 2, comma 3, del Regolamento. La disposizione, infatti, aggiunge al riferimento agli obiettivi di cui all'art. 13 del Codice l'ulteriore richiamo agli artt. 3 e 4 del Codice medesimo: vale a

dire, appunto, le norme che declinano i principi generali dell'ordinamento settoriale e gli obiettivi della disciplina di reti e servizi di comunicazione.

Con ciò si conferma che è l'insieme dei fondamenti ispiratori dell'ordinamento di settore ad essere posto a base dell'azione svolta dall'Autorità in sede di soluzione delle controversie. Tale previsione, beninteso, funge da criterio guida nell'«esercizio» della competenza conferita. Ma rileva anche, in questa sede, quale elemento che concorre alla definizione della *portata* di tale competenza. Ed infatti, la concezione funzionale del rimedio prefigurato dalla direttiva e dal Codice – quale strumento che contribuisce alla piena ed effettiva realizzazione dei principi di fondo del sistema – non è senza influenza sulla individuazione e definizione delle situazioni giuridiche che possono essere sottoposte allo scrutinio dell'Autorità e, quindi, sulla delimitazione oggettiva della sua sfera di intervento.

Quanto rilevato su un piano generale trova coerente riscontro in sede di prassi. Come di seguito precisato, l'operatività del rimedio di cui all'art. 23 del Codice non si limita alla mera attuazione di obblighi sanciti dalle delibere di regolazione *ex ante* dei mercati delle comunicazioni elettroniche; esso si estende, come detto, alla *mise en oeuvre* dell'insieme delle fonti di settore, di qualsiasi rango e natura, polarizzate nei contenuti ed effetti alla luce delle norme di principio e programmatiche. Ciò implica che l'intervento dell'Autorità riguarda anche gli ambiti in cui non sussistono le condizioni (segnatamente, il significativo potere di mercato) che giustificano l'introduzione di un apparato rimediale *ex ante*. Tale approccio – sancito fra l'altro nella delibera 65/09/CONS, in materia di accesso e raccolta delle chiamate nelle reti telefoniche pubbliche mobili – è motivato dalla considerazione che in tali mercati, insuscettibili di regolamentazione *ex ante*, «*si ravvisa tanto più l'esigenza di un monitoraggio attento e continuo, al fine di evitare che comportamenti ostruzionistici degli operatori infrastrutturali ostacolino l'operatività di nuovi soggetti*»¹. Detto orientamento ha poi

¹ Delibera n. 65/09/CONS, par. 168. Tale approccio, confermato dal giudice amministrativo, si trova poi ribadito in una serie di ulteriori delibere; cfr. *inter alia* delibera n. 115/12/CIR, delibera n. 138/12/CIR, delibera n. 63/14/CIR.

La rilevanza e il fondamento giuridico di questo orientamento è esaurientemente illustrato da G. Nava nella relazione elaborata per il presente convegno, nonché, fra l'altro, in G. NAVA, V. MOSCA, *Nuovi orientamenti Agcom nella regulation by litigation: definizione di obblighi e prezzi nei mercati non regolamentati ex ante*, dmt.it <<http://www.dimt.it/2011/07/10/>

trovato pieno riscontro nella giurisprudenza. Il Tar ed il Consiglio di Stato hanno invero confermato la legittimità di un intervento Agcom, in sede di soluzione delle controversie B2B, avente ad oggetto la pretesa della parte ad una (etero)determinazione del prezzo contrattuale (nella specie il prezzo di raccolta di chiamate mobili), in un mercato non regolamentato, ed alla stregua di ‘criteri di equità e ragionevolezza’. Inoltre, e proprio per la sua coerenza con il quadro europeo d’origine, l’ampia portata della competenza dell’ANR trova altresì riscontro nella prassi di altri Stati membri; significativi al riguardo sono gli interventi di Ofcom, confermati in sede giurisdizionale, da cui si evince chiaramente che il *dispute resolution* ben può svolgersi in ambiti estranei al quadro degli *ex ante remedies*².

A ciò si aggiunga che, come confermato dalla Corte di Giustizia, l’attività di soluzione di controversie può financo estendersi all’adozione di decisioni che, per natura e contenuto, assumono *per se* carattere *regolatorio*³. In questa sede, basti segnalare che, alla luce di tale pronuncia, l’azione dell’Autorità può spingersi sino ad essere essa stessa regolazione *ex ante* (nel rispetto, in tal caso, delle prescrizioni procedurali proprie del NQR).

Conclusivamente, dunque, l’ambito oggettivo della competenza funzionale riconosciuta dall’art. 23 del Codice, da svolgersi alla stregua delle norme di principio e programmatiche di cui agli articoli 3, 4 e 13 del Codice medesimo, include quantomeno tre tipologie di scrutinio: (i) lo scrutinio ai sensi della regolamentazione *ex ante* (o di provvedimenti assunti nel quadro di attività di vigilanza); (ii) lo scrutinio ai sensi di principi e norme di settore non tradotte provvedimenti di regolazione *ex ante*; (iii) ipotesi di intervento che, nella sostanza, si traducano nella imposizione o modifica di regolazione *ex ante*.

2.2 *La natura della competenza dell’Autorità*

Alla luce delle osservazioni che precedono si può meglio comprendere anche quale sia la *natura* della competenza esercitata dall’ANR nel quadro

[nuovi-orientamenti-agcom-nella-regulation-by-litigation-definizione-di-obblighi-e-prezzi-nei-mercati-non-regolamentari-ex-ante/>](#) (ultimo accesso 1.6.2012).

² Cfr. A. SCOTT, *Dispute Resolution: adjudication or regulation?*, intervento in *The Place of the National Judiciary in the Single Market for Telecoms*, Bruxelles, 20 novembre 2014.

³ Cfr. Corte giust., 16 aprile 2015, causa C-3/14.

della soluzione delle controversie. Si è detto che il *dispute settlement* B2B si definisce in chiave funzionale, in quanto obiettivamente destinato a garantire, con i diritti dei singoli, la piena ed effettiva attuazione della normativa settoriale: ed invero, tutta la normativa, ivi incluse le previsioni generali, di principio e programmatiche, che sono tipicamente orientamento e formante dell'attività interpretativa.

In tale prospettiva, il *dispute settlement* necessariamente si iscrive in un'area intermedia fra regolazione e giurisdizione. Esso partecipa, in parte, dei tratti tipici dell'una e dell'altra.

Non diversamente dalla giurisdizione, il *dispute settlement* interviene *ex post*, su istanza di parte e con efficacia *inter partes*. Inoltre, come rilevato, la relativa decisione non si traduce necessariamente in una applicazione al caso concreto (i.e. alla pretesa dedotta dalla parte) di obblighi già enunciati in preesistenti provvedimenti regolatori o di vigilanza, bensì può sostanziarsi nell'elaborazione interpretativa di una regola del caso di specie, fondata su canoni giuridici generali, letti alla stregua di principi di ragionevolezza, proporzionalità ed equità.

In presenza di tali circostanze, dunque, tale attività si connota come una tipica forma di 'garanzia di diritti' che, tenuto conto anche della imparzialità e indipendenza dell'autorità decidente, presenta forti analogie con l'attività di carattere giurisdizionale. È in questo senso, del resto, che vanno lette le considerazioni del giudice amministrativo che espressamente qualifica l'intervento dell'Autorità come 'paragiurisdizionale': vale a dire «*uno strumento alternativo a quello giurisdizionale di cui condivide gli obiettivi*», nel cui ambito «*l'Autorità non esercita funzioni amministrative ma paragiurisdizionali, assumendo il ruolo di un vero e proprio giudice di una controversia, di tal che l'intero procedimento che si svolge dinanzi ad Agcom segue le regole del procedimento paragiurisdizionale e non amministrativo*»⁴.

⁴ Tar Lazio, Sez. III, n. 14517/2006; Tar Lazio, Sez. I, n. 12703/2015; Cons. Stato, Sez. III, n. 1699/2014.

Cfr. però sent. Cass., Sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341, dove si rileva che «*l'ordinamento anzitutto non conosce un tertium genus tra amministrazione e giurisdizione*» e che «*non vi è nel sistema costituzionale una figura di paragiurisdizionalità a sé stante*». Va detto tuttavia che la pronuncia della Cassazione qui menzionata coglie (correttamente) la natura dell'attività di risoluzione delle controversie in una prospettiva formale-istituzionale, fondata cioè sulla natura dell'autorità agente (autorità incardinata nell'apparato amministrativo

Al contempo, il *dispute settlement* presenta tratti che tendono ad assimilarlo, per certi versi, all'intervento regolatorio:

- dal punto di vista 'istituzionale', è lo stesso legislatore europeo ad aver concepito la competenza di soluzione delle controversie come uno degli attributi tipici delle ANR. Ciò vale per il settore delle comunicazioni elettroniche, come per altri settori regolamentati; si tratta dunque di una caratteristica di sistema, che muove dalla convinzione che: (i) per un verso, l'ANR per il suo profilo specializzato, per le (ulteriori) prerogative di cui è titolare e per le risorse di cui dispone, sia il soggetto che meglio di qualunque altro è in grado di assicurare efficacia e tempestività di intervento, coniugandole ai necessari *standard* di indipendenza, imparzialità e competenza; (ii) per l'altro, la prerogativa di soluzione delle controversie è il necessario complemento delle ulteriori prerogative di regolazione ed *enforcement*. Coesistendo nello stesso soggetto, concorre ad assicurare l'efficacia e la coerenza complessiva dell'azione del regolatore, a 360 gradi;
- dal punto di vista 'funzionale', poi, si è già detto che l'azione svolta in sede di soluzione delle controversie è destinata ad assicurare l'«effetto utile» delle norme che compongono l'ordinamento di settore. Essa dunque partecipa delle stesse finalità di fondo che connotano ed orientano l'azione regolamentare (oltre che di *enforcement*). Sia pur con le specificità proprie dell'azione (para)giurisdizionale – che in teoria riconosce diritti, non li crea – essa concorre comunque al perseguimento ed alla piena attuazione degli interessi generali. È in questo senso che va letto il riferimento esplicito agli artt. 3 e 4 del Codice di cui al novellato art. 2, comma 3, del Regolamento riferimento che, come emerge dai lavori preparatori è appunto inteso a ribadire e rafforzare la natura di *regulation by litigation* propria degli interventi svolti ai sensi dell'art. 23 del Codice;

dello Stato) e sulla conseguente sottoposizione del provvedimento adottato al controllo di legittimità del giudice amministrativo; nondimeno, in una prospettiva sostanziale, appare comunque corretto far ricorso alla nozione di 'paragiurisdizionalità', accolta, del resto, dallo stesso giudice amministrativo: tale nozione invero consente di cogliere, nella dinamica dell'agire dell'autorità indipendente, la specificità dell'attività di risoluzione delle controversie – come detto, caratterizzata dalla funzione di garanzia di diritti – rispetto alle altre attività tipiche dell'autorità medesima (i.e. l'elaborazione di regimi di mercato in chiave regolatoria ex ante e l'attività di public enforcement finalizzata all'accertamento e repressione delle violazioni della regolamentazione).

- dal punto di vista ‘soggettivo’, infine, se è vero che la decisione che dirime la controversia ha efficacia unicamente *inter partes*, è anche vero che, sotto diversi profili, il *decisum* dell’Autorità ha una valenza più ampia che tende a spiegare effetti, quantomeno indiretti, nei confronti dell’intera platea dei soggetti regolati. Anzitutto, come ogni decisione, costituisce ‘precedente’ e, in quanto tale, è tendenzialmente trasponibile al caso analogo, salvo *revirement* motivato da apposita ed adeguata motivazione. E ciò, si badi, in ragione di un generale dovere giuridico, di matrice europea, fondato sull’esigenza di garantire, specie nei settori regolamentati a livello UE, la ‘coerenza’ e la ‘prevedibilità’ dell’azione regolamentare: canoni, questi, che portano ad escludere ingiustificate ‘rotture’ di disciplina e che, pertanto, *coeteris paribus*, tendono a trasformare il singolo precedente in una vera e propria linea di prassi. Significativo al riguardo è quanto sottolineato da Ofcom rispetto alla valenza soggettiva dei propri provvedimenti, laddove si rileva che, benchè gli stessi siano *binding* solo nei confronti delle parti, nondimeno «[s]ince a subsequent dispute with similar facts is likely to result in a similar decision (given our application of the Guidance and our statutory duties, including our duty to have regard to the principle that regulatory activities should be consistent), we would expect this determination to be read across and followed in situations where a third party is facing similar questions and circumstances to these Disputes»⁵. A ciò si aggiunga che – come correttamente rilevato dall’Autorità nella prassi pregressa – il provvedimento di definizione della controversia, al di là della sua valenza attuativa fra le parti in causa, è comunque punto di riferimento e fonte di *moral suasion* per il mercato, «orientando le negoziazioni su fattispecie analoghe quanto agli aspetti tecnico-economici e giuridici»⁶.

In conclusione, come sottolineato da Giulio Napolitano, va riconosciuto un *continuum* fra regolazione e soluzione delle controversie, in qualche modo racchiuso nella formula, per certi versi ibrida, di attività ‘paragiurisdizionale’. Ad avviso di chi scrive, più che interrogarsi quindi sulla esatta natura della soluzione delle controversie (in particolare B2B) esercitata da un’autorità di settore indipendente, è più proficuo rivolgere lo sguardo alla

⁵ Cfr. nota 2.

⁶ Cfr. delibere precitate.

disciplina positiva di tale rimedio, ed alle sue implicazioni ed effetti. Meglio cioè approfondire – ed è appunto questo lo scopo del presente Convegno – il modo in cui il rimedio è destinato ad operare ed il ruolo che lo stesso può svolgere nella prospettiva di assicurare tutela piena ed effettiva ai diritti riconosciuti dall'ordinamento di settore. È appunto in tale prospettiva che, nel paragrafo finale, ci si soffermerà su alcuni spunti di riflessione conclusivi.

3. *Ambito soggettivo*

Con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione del Regolamento, si possono sinteticamente menzionare i seguenti profili.

In primo luogo, è stato modificato il testo del comma 1, dell'art. 2, così da tener conto sia dell'apporto dato dalla giurisprudenza europea con la sentenza *Telia Sonera* (causa C-192/08), sia delle modifiche introdotte nelle conferenti norme europee e nell'art. 23 del Codice. In virtù di tale evoluzione del quadro normativo la sfera di applicazione *ratione personae* si estende oggi anche alle controversie fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica e «*altre imprese che beneficiano dell'imposizione di obblighi in materia di accesso o di interconnessione*».

In secondo luogo, è noto che l'Autorità, con la delibera n. 622/11/CONS, ha esercitato le prerogative riconosciutele dal Codice e dalla legge n. 133/2008 (che ha convertito, con modificazioni, il d.l. n. 112/2008) in materia di dorsali e di accesso alle infrastrutture di posa per cavi in fibra ottica. In tale contesto, è stata ipotizzata la possibilità di un intervento dell'Autorità in sede di soluzione di controversie relative alla ubicazione ovvero all'accesso a dotti o altre infrastrutture di posa. In proposito l'art. 2, comma 2, del nuovo Regolamento contempla una esplicita competenza con riferimento all'ipotesi in cui la controversia insorga non già fra operatori di comunicazione (ipotesi, questa, ritenuta già riconducibile all'applicazione del previgente regolamento), bensì fra un operatore di comunicazioni elettroniche ed un soggetto titolare di infrastrutture di posa (quali ad esempio il soggetto – ente pubblico, concessionario, etc. – titolare dei diritti sull'infrastruttura medesima). Con riferimento a tale ipotesi, peraltro, l'intervento dell'Autorità presuppone il 'consenso' di entrambe le parti. Si tratta dunque di un rimedio che opera su base volontaria e che consente agli operatori interessati di esperire, innanzi all'Autorità, sia un

tentativo di conciliazione sia, in caso di perdurante disaccordo, e sempre su base volontaria, una successiva fase di risoluzione della controversia.

Nella fattispecie contemplata dall'art. 2, comma 2, dunque, l'intervento dell'Autorità si legittima essenzialmente per la 'specializzazione' che istituzionalmente le compete; per il suo carattere consensuale, tuttavia, si tratta di una formula di intervento che potrebbe rivelarsi di minore impatto quale fattore di orientamento del mercato. Forse, tenuto conto della definizione funzionale dell'ambito di operatività dello strumento, riconosciuto dalla direttiva europea e dalla relativa normativa di trasposizione, si sarebbe potuto anche contemplare un modello di attivazione obbligatoria, e non puramente volontaria, del *dispute settlement*, senza con ciò incorrere in censure di incompetenza. La soluzione in definitiva prescelta si situa su una linea di maggior cautela giuridica, ma costituisce, comunque, una novità significativa.

In terzo luogo, infine, il Regolamento sopprime il previgente comma 2, dell'art. 2, relativo alle controversie di cui alla delibera n. 334/03/CONS. Si tratta di un'abrogazione dovuta, che incide ad un tempo sulla sfera applicativa oggettiva e soggettiva del previgente regime e che è motivata dalla specificità della fonte UE su cui si fondava la suddetta delibera. Come noto, quest'ultima trae origine dalla speciale competenza attribuita ad Agcom dalla decisione della Commissione europea che aveva a suo tempo autorizzato, con rimedi, la concentrazione NewsCorp-Telepiù, dando così luogo alla nascita di SkyItalia (decisione COMP/M.2876). Alcuni dei rimedi contemplati dalla decisione erano stati rimessi alla supervisione di Agcom, chiamata appunto ad intervenire, in tale ambito, nella soluzione di controversie eventualmente promosse da imprese terze, nei confronti della *merged entity*, per asserite violazioni di taluni dei rimedi disposti dalla decisione medesima. Con lo spirare di tale apparato rimediabile – ed in assenza, allo stato, di misure regolatorie *ex ante* analoghe a quelle previste in altri Stati membri nei riguardi di piattaforme *incumbent* di *pay tv* – la fonte su cui riposava la competenza Agcom in materia è venuta meno: il Regolamento si limita quindi a prenderne coerentemente atto con l'elisione del previgente comma 2.

4. Conclusioni

In conclusione, ci sia consentito richiamare alcune valutazioni d'insieme ed alcuni spunti di riflessione. Dall'analisi dell'ambito di applicazio-

ne del meccanismo di soluzione delle controversie emerge come questo si collochi in un'area intermedia fra regolazione e giurisdizione. In sintesi, è strumento di garanzia di diritti, ma è anche strumento che certamente contribuisce alla (e in teoria può persino essere) regolazione. Di più, esso concorre alla piena ed effettiva attuazione dei principi ed obiettivi dell'ordinamento di settore, integrandone i precetti e partecipando in tal modo alla realizzazione degli interessi generali sottostanti.

Tenuto conto della sua natura ed estensione applicativa, lo strumento inevitabilmente implica esercizio di valutazioni e potere decisorio non privi di discrezionalità. Pur nel rispetto della *rule of law*, tale discrezionalità potrebbe assumere una certa ampiezza. Ciò potrebbe verificarsi in particolare nei casi in cui l'Autorità intervenga al di fuori della cornice provvedimentale delineata da regolamentazione *ex ante* e sulla base di canoni e principi di indole generale. In tali ipotesi, come rilevato dal giudice amministrativo, «*il potere esercitato dall'Autorità, non è riconducibile tanto a discrezionalità tecnica ma piuttosto a criteri di discrezionalità pura, legati a criteri metagiuridici e di equità, sindacabili, da parte del giudice amministrativo, con dei limiti significativi dovendo "...attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della pubblica Autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire"*»⁷.

Ad avviso di chi scrive, è questo un punto che, specie in prospettiva, assume particolare rilevanza. Quanto maggiore è la latitudine di intervento riconosciuta all'autorità indipendente in sede di soluzione delle controversie, tanto più accurato dovrebbe essere lo scrutinio giurisdizionale. Il potere al riguardo conferito al decisore, proprio perché concorre ad un tempo alla garanzia dei diritti dei singoli ed alla disciplina generale del mercato, dovrebbe sottostare ad una verifica puntuale, sufficientemente intensa e, soprattutto, condotta sulla base di rigorose tecniche istruttorie e nel rispetto di un pieno contraddittorio. È questo, peraltro, un tema di carattere generale, che concerne l'insieme dell'agire delle autorità indipendenti e che, a nostro avviso, dovrebbe formare oggetto di una specifica, quanto urgente, riflessione⁸.

⁷ Cons. Stato, Sez. III, n. 1699/2014.

⁸ Sul tema ci limitiamo a rinviare, per il momento, ad A. PRETO, B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso dell'Agcom*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 1, p. 123 ss.

Mario Libertini

Azioni esperibili, decisioni ed effetti sul mercato

SOMMARIO: 1. Le azioni esperibili. – 2. I criteri decisionali dell’Autorità.
– 3. La pronuncia dell’Autorità: natura ed effetti sul fronte processuale...
– 4. ... e sul mercato.

1. *Le azioni esperibili*

Date per conosciute le premesse normative (cioè l’art. 23 c.c.e. e il relativo regolamento), ci si occuperà qui solo delle azioni di cognizione, perché la normativa attuale sulla risoluzione delle controversie fra operatori non comprende azioni esecutive.

I tre tipi di azioni di cognizione tradizionalmente distinti (azioni di accertamento, di condanna e costitutive) sono da ritenere tutti ammissibili, in linea di principio.

Sull’ammissibilità delle azioni costitutive (su cui pesa, tradizionalmente, il principio di tassatività sancito dall’art. 2908 c.c.), la soluzione affermativa mi sembra implicitamente ma chiaramente ammessa, nel sistema normativo.

Basti pensare che il considerando 32 della Direttiva Quadro considera il procedimento di risoluzione delle controversie come un rimedio a favore dell’operatore che «*abbia negoziato in buona fede un accordo senza riuscire a raggiungerlo*». Questa scelta normativa è stata ribadita, e in certo senso rafforzata, dall’art. 9, Dir. 2014/61/UE, che sancisce il diritto degli operatori di comunicazioni elettroniche di ottenere accesso alle infrastrutture fisiche altrui a condizioni eque e non discriminatorie. Per la norma in questione, «*Se non viene raggiunto un accordo sull’accesso... gli Stati membri provvedono affinché ciascuna delle parti abbia il diritto di rivolgersi all’organismo nazionale competente per la risoluzione delle controversie.. [che], nel pieno rispetto del principio di proporzionalità, emette una decisione vincolante per comporre la controversia nel termine più breve possibile*».

Questa disposizione amplia l'ambito di applicazione del procedimento di risoluzione amministrativa delle controversie, estendendolo a quelle che possono insorgere fra operatori di telecomunicazioni e proprietari di immobili (orientamento peraltro recepito anche dal Reg. Agcom 225/16); ma la disposizione testé richiamata non ha una *ratio* eccezionale e si inserisce coerentemente nel sistema di regolazione tramite risoluzione di controversie, configurato sin dall'inizio dalle direttive europee in materia.

Quindi si deve ammettere, in via generale, che il procedimento di risoluzione delle controversie possa avere come specifico oggetto quello di supplire alla mancata conclusione di un accordo, che non si è riusciti a concludere per le vie negoziali. Inoltre, la previsione della direttiva può riferirsi tanto all'accordo nella sua interezza quanto a singole clausole da inserire o da rinegoziare.

La soluzione dell'inammissibilità di una tutela costitutiva depotenzierebbe dunque lo strumento, in contrasto con l'intenzione del legislatore. La base legale, richiesta dall'art. 2908 c.c., può dunque essere ravvisata nello stesso art. 23 c.c.e., interpretato finalisticamente. Ne consegue che sono esperibili tanto azioni costitutive positive (p.e. l'instaurazione di un rapporto contrattuale, in esecuzione di un obbligo preliminare), sia azione costitutive 'demolitorie' (p.e. annullamento di un contratto).

Quanto alle azioni di condanna, devono ritenersi ammissibili tanto quelle pecuniarie, quanto quelle aventi ad oggetto prestazioni di *facere* o di *non facere*. Il limite è però dato dal comma 3 dell'art. 23, per il quale gli obblighi che possono essere imposti alle imprese devono essere «*conformi alle prescrizioni del codice*». Si dovrebbe dunque far capo agli artt. 46 ss. CCE, e quindi eventuali misure inibitorie non potranno essere richieste al di fuori della materia dell'accesso e dell'interconnessione (p.e. ai fini del rispetto dell'obbligo di non discriminazione).

In pratica, nell'applicazione della disposizione si è reso necessario adottare rimedi specifici di qualunque tipo (anche di contenuto non previsto negli artt. 46 ss. CCE), purché giustificati da un criterio finalistico di determinazione delle competenze dell'Autorità¹.

Un caso (forse) estremo, in tal senso, è quello deciso con la Del. Agcom 17/11/CIR, *Telecom c. Eutelia*, con cui è stata accolta, sostanzialmente, una

¹ Cfr. Del. Agcom 124/10/CIR, *Telecom c. TeleTu*, in materia di procedure di migrazione e di pratiche di *retention*.

domanda di TI intesa a far cessare una pratica scorretta di Eutelia, che, mediante accordi con centri di servizi, otteneva il risultato di far aumentare artificiosamente i tempi delle chiamate terminate sulla propria rete.

Questa prassi estensiva circa l'ammissibilità delle azioni di condanna dev'essere, a mio parere, condivisa. L'esperibilità di tali azioni dev'essere ricostruita alla stregua del principio di effettività della tutela, che è certamente tra i «*valori funzionali del processo*», che pervadono tutto l'ordinamento², con la conseguenza che sarebbe incoerente limitare l'esperibilità del rimedio condannatorio rispetto all'ambito complessivo delle controversie proponibili dinanzi all'autorità di regolazione.

L'unico limite, che rimane necessario riconoscere, riguarda le condanne puramente risarcitorie. Sul punto il Reg. Agcom n. 226/15/CONS ha anzi evitato di riprodurre la disposizione del precedente art. 11, comma 4, Reg. 352/08, che prevedeva la possibilità di decisioni riguardanti «*prestazioni di natura esclusivamente pecuniaria e commerciale, non correlate a questioni di rilevanza regolamentare*»; si è così consolidata la scelta normativa nel senso di escludere dalla procedura di risoluzione alternativa questioni di mera valenza civilistica.

Potrebbe giungersi, tuttavia, a conclusione diversa per ciò che riguarda la liquidazione di penali e di indennizzi contrattuali (se e in quanto derivino da fonti negoziali che costituiscano, a loro volta, attuazione di obblighi derivanti dal Codice: arg. *ex art.* 2.1 Reg.).

Anzi, per quanto riguarda le penali, l'Autorità non esita a disporle *ex novo*, per fatti non previsti contrattualmente³. In altri termini, l'Autorità liquida risarcimenti per danni futuri (in forma di nuove penali), data la funzione di prevenzione (e quindi *lato sensu* regolatoria) che tali decisioni assumono, mentre si ferma di fronte ai risarcimenti per danni già maturati, che considera di rilevanza meramente civilistica.

Per quanto riguarda gli indennizzi, si può aggiungere che, in realtà, i confini tra indennizzo e risarcimento non sono affatto netti e sicuri. Si consideri il caso della Del. AGCom 64/14/CIR del 26 maggio 2014, *Wind c. Telecom (servizio di interconnessione IP)*: qui l'Autorità ha accertato un ritardo colpevole di TI nel realizzare una modalità innovativa di interconnessione a cui era obbligata sul piano regolamentare. In conseguenza di

² Cass. Civ., ss.uu., 12 dicembre 2014, n. 26242, § 4.3.

³ Cfr. art. 1, Del. Agcom 15/14/CIR del 13 febbraio 2014, *Fastweb c. Telecom – Migrazioni biostream*.

tale ritardo, Wind si era vista addebitare corrispettivi di interconnessione più alti, perché legati alla tecnica precedente da cui avrebbe voluto migrare. L'Autorità ha ordinato, praticamente, di restituire la differenza, ma per giungere a tale risultato ha 'inventato' una figura regolamentare *ad hoc* inusitata, che viene chiamata 'migrazione amministrativa' (per distinguerla dalla 'migrazione tecnica' vera e propria, cioè il fenomeno 'reale'). Il caso è interessante anche teoricamente, perché denota la vitalità, a distanza di secoli, del modello logico della *fictio juris*, strumento prezioso per consentire lo sviluppo dinamico dei sistemi normativi, ma anche eterna modalità di manifestazione di autoreferenzialità di chi esercita il potere decisionale. In realtà si tratta, concettualmente, di una condanna risarcitoria vera e propria, la cui irrogazione può apparire comunque giustificata, sempre alla luce del richiamato principio di effettività della tutela e della funzionalità del rimedio rispetto all'effettività della stessa regolazione.

Infine, si deve considerare che ciò che è precluso all'Autorità è la liquidazione del danno risarcibile (fatte salve le precisazioni sopra esposte), ma non anche l'accertamento dell'*an* ed anche della dimensione dei fatti produttivi di danno risarcibile, il cui ammontare sarà poi liquidato in separata sede.

In questa prospettiva, è da ritenere ammissibile un'azione volta all'accertamento di *malpractice*, che finirà per avere, sostanzialmente, il valore di una condanna generica (con danni da liquidare in separata sede).

Si deve tuttavia rilevare che azioni di questo tipo verranno ad interferire, in molti casi, con un procedimento sanzionatorio (l'atto introduttivo costituisce anche denuncia, o è parallelo a una denuncia). In questi casi si determinano i presupposti per la sospensione del procedimento contenzioso *ex art. 6 Reg.* Ciò costituisce incentivo, per le parti lese o presunte tali, per preferire la denuncia e il procedimento sanzionatorio, come premessa per successive pretese da far valere dinanzi al giudice civile.

Le controversie di cui si è detto possono coinvolgere, a mio avviso, profili di corretta esecuzione del contratto (se e in quanto aventi carattere determinativo ed integrativo di obblighi regolamentari). Non mi sembra fondato, a tal proposito, l'assunto negativo, secondo cui tali profili esulerebbero comunque dalla competenza dell'Autorità⁴.

⁴ Del. Agcom 131 bis/14/CIR del 10 dicembre 2014, *Fastweb c. Vodafone in materia di condizioni economiche del servizio di raccolta di chiamate originate dalla rete VO e dirette verso NNG attestate su rete FW*, § 32.

Nell'ambito della tutela di accertamento non c'è ragione, poi, per limitare l'ammissibilità anche di domande di accertamento negativo (s'intende, nel rispetto dei principi generali sull'attualità dell'interesse ad agire).

A mio avviso sono da ritenere ammissibili anche le domande riconvenzionali, nei limiti della comunanza di titolo o almeno della connessione ex art. 36 c.p.c. La dottrina ha manifestato dubbi in proposito⁵. Ma ritengo che questi debbano essere superati, per ragioni di economia di mezzi giuridici (anch'esse rientranti tra i «*valori fondativi del processo*»). La stessa conclusione può valere per la chiamata in causa di terzi.

* * *

Per formulare una valutazione conclusiva sulla tipologia dei contenziosi esperibili dinanzi all'Autorità, si può in primo luogo richiamare la classificazione complessiva proposta dalla dottrina summenzionata⁶:

- (i) domande volte a dare attuazione ad obblighi regolamentari applicabili agli operatori (in generale o come *remedies* per SMP);
- (ii) domande volte ad integrare lacune del contratto fra operatori;
- (iii) domande volte a fissare obblighi in mercati non ancora o non ancora completamente regolati (es. condivisione siti).

Credo che, in realtà, tutte le domande si possano ricondurre a due macrocategorie: obblighi derivanti direttamente dalla legge ed obblighi derivanti da contratti attuativi di obblighi di legge. Spesso accade che obblighi legali/regolamentari e obblighi negoziali si intreccino nella medesima fattispecie⁷.

In proposito si può solo ribadire che si deve riconoscere largo spazio per l'integrazione dei contratti, al fine di realizzare le finalità della regolazione.

2. I criteri decisionali dell'Autorità

È giunto ora il momento di soffermarsi sui criteri di decisione che devono essere seguiti dall'Autorità. La norma fondamentale è qui, ovvia-

⁵ G. NAVA, *Regolazione e contenzioso fra operatori di comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino 2012, p. 104 ss.

⁶ G. NAVA, *Ibid.*, p. 152.

⁷ Cfr. Del. Agcom 15/14/CIR, *Fastweb c. Telecom – Migrazioni verso accessi bitstream*.

mente, quella per cui le decisioni devono essere prese in conformità agli obiettivi dell'art. 13 c.c.e.⁸.

Sviluppando tale indicazione normativa, la giurisprudenza ha affermato che «*il potere esercitato dalla Autorità non è riconducibile tanto a discrezionalità tecnica ma piuttosto a criteri di discrezionalità pura, legati a criteri metagiuridici e di equità, sindacabili, da parte del giudice amministrativo, con dei limiti significativi dovendo ..attestarsi sulla linea di un controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della pubblica autorità, assicuri la legalità sostanziale del suo agire*»⁹.

A parte ogni possibile riflessione sui confini tra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura, l'indicazione del Consiglio di Stato mi sembra condivisibile, nel senso che essa costituisce uno sviluppo necessario della funzione *lato sensu* regolatoria della decisione delle controversie, sancita dall'art. 13 c.c.e. e rafforzata dall'art. 42.5 c.c.e., che prevede il potere di intervento d'ufficio dell'Autorità ai fini dell'imposizione di obblighi di accesso e di interconnessione.

Peraltro, il rilievo normativo di questa funzione regolatoria delle decisioni di risoluzione delle controversie è stata ribadita dalla Corte di Giustizia, nella sentenza del 16 aprile 2015, C-3/14, *Prezes Urzedu Komunikacji Elektronicznej*, ove è stato sancito che, in vista di decisioni che impongano obblighi di accesso in materie che possano influire (anche potenzialmente) sul commercio fra gli Stati membri, si deve attivare il procedimento di consultazione delle autorità nazionali, previsto dall'art. 7, par. 3, della Dir. n. 2002/21/CE.

L'indicazione di principio di cui si è detto ha trovato conferma e sviluppo, in modo legittimo, nella disposizione dell'art. 3, comma 5, Reg. 226/15/CONS, in base alla quale l'Autorità, anche in caso di sopravvenuta improcedibilità della domanda, «*può comunque pronunciarsi sulle relative questioni con un atto interpretativo generale, qualora le stesse siano di particolare importanza e la loro definizione contribuisca al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 23 del Codice*». Si tratta di uno sviluppo di notevole rilevanza sistematica, che evidenzia come lo svolgimento del ruolo

⁸ Questa disposizione è da tutti ritenuta, giustamente, fondamentale in materia: cfr. P. MESSANA – I. POILITO, *La risoluzione alternativa delle controversie fra imprese (articolo 23)*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2014, p. 295.

⁹ Così Cons. Stato, sez. III, 9 aprile 2014, n. 1699.

di decisore delle controversie (che pur deve portare a soluzioni chiare ed efficaci, come si è cercato di dire affrontando i diversi problemi interpretativi), non fa sì che l'Autorità debba spogliarsi del suo ruolo primario di regolatore del mercato. Da qui la peculiarità per cui il procedimento può concludersi tanto con una decisione avente effetti *inter partes*, quanto con un'istruzione amministrativa ('atti interpretativo generale').

Una conseguenza importante di questa indicazione sistematica è che essa consente un'applicazione elastica del principio della domanda, con conseguente allargamento dell'ambito di ammissibilità della pronuncia d'ufficio, purché sempre nel rispetto del principio del contraddittorio. Si veda, p.e., la Del. Agcom 64/14/CIR del 26 maggio 2014, *Wind c. Telecom (servizio di interconnessione IP)*, §§ 127-129: l'Autorità si pronuncia sul dimensionamento dei nodi di interconnessione, su cui si è discusso nel corso del procedimento, anche senza la formulazione di domande specifiche, e si pronuncia ugualmente proprio per l'evidente interesse regolamentare della questione.

Contemporaneamente si deve segnalare, tuttavia, che l'Autorità presta deferenza nei confronti delle sentenze dei giudici (anche dei giudici civili), che si sono pronunciati precedentemente sulle questioni da essa trattate, ancorché attinenti alla materia regolamentare¹⁰.

3. *La pronuncia dell'Autorità: natura ed effetti sul fronte processuale...*

Anche il punto da ultimo accennato, in certo senso, conferma proprio che l'inquadramento sistematico della disciplina della risoluzione amministrativa delle controversie propende verso la continuità con la regolazione, piuttosto che verso la giurisdizione. Si veda, p.e., la Del. Agcom 131 bis/14/CIR che determina i prezzi equi del servizio di raccolta da reti mobili, superando una possibile ragione di improcedibilità e intervenendo d'ufficio *ex art. 42 CCE*.

In altri termini, la formula notissima della *regulation by litigation* non ha una valenza meramente descrittiva, ma anche normativa e sistematica, perché consente di affermare che la 'decisione' conclusiva del procedimen-

¹⁰ Cfr. Del. Agcom 584/13/CONS del 28 ottobre 2013, *Siportal c. Telecom – Contributi di attivazione ADSL*, § 47.

to è pur sempre un provvedimento amministrativo¹¹. Da questa conclusione (secondo me condivisibile), la dottrina citata trae alcuni corollari, che meritano di essere brevemente riesaminati: la decisione come tale non è suscettibile di acquisire autorità di giudicato né di titolo esecutivo e, viceversa, è in linea di principio assoggettabile anche ad interventi in autotutela da parte della stessa Autorità.

Queste conclusioni sono complessivamente coerenti, salvo, a mio avviso, quella relativa alla mancanza di efficacia esecutiva della decisione dell'Autorità. Questa conclusione mi sembra, anzi, quasi paradossale: un atto pubblico che contiene una condanna ad una certa prestazione, con decisione adottata a seguito di un procedimento in contraddittorio, è considerato insuscettibile di immediato *private enforcement*, sulla base di un'interpretazione formalistica dell'art. 474 c.p.c.

Ma questa soluzione viola proprio il principio di economia dei mezzi giuridici, perché renderebbe necessario un ulteriore procedimento (almeno – sussistendone i presupposti – monitorio, con relativo decreto ingiuntivo). Di fronte all'inottemperanza dell'operatore che si rifiuta di dare esecuzione alla decisione, sarebbero immediatamente applicabili solo le sanzioni amministrative pecuniarie *ex art. 98 c.c.e.* (la cui applicazione è espressamente prevista dal testo regolamentare). Questa soluzione finirebbe tuttavia per esprimere una logica di separatezza fra *public* e *private enforcement*, che sembra contraria all'orientamento generale dell'ordinamento europeo, che (soprattutto in materia antitrust) afferma il principio della complementarità e della sinergia fra i due sistemi di *enforcement*.

4. ... e sul mercato

Accennando, per finire, agli 'effetti sul mercato' (ultimo tema dell'intervento affidatomi), direi che non ci sono dubbi, in linea di principio, sul punto che «*la soluzione di una controversia non può che avere effetti limitati alle parti e con riguardo alle specifiche circostanze del caso concreto e non nei confronti della pluralità degli operatori*»¹².

¹¹ MESSANA – POLITO, *La risoluzione alternativa delle controversie fra imprese (articolo 23)*, cit., p. 298.

¹² Così Tar Lazio – Roma, 21 giugno 2013, n. 6259, § 9.2.

Nella stessa sentenza si precisa anche a chiare lettere che la pronuncia decisoria non ha effetto di regolazione *ex ante* del rapporto e non ha effetto vincolante sui contratti futuri fra le parti aventi il medesimo oggetto¹³.

Queste conclusioni sono ineccepibili, su un piano giuridico formale. L'Autorità usa comunque affermare, correttamente, che *«sebbene nel quadro giuridico vigente il provvedimento di definizione della controversia ha valenza attuativa solo tra le parti in causa nella stessa, lo stesso è in grado di produrre effetti sul mercato, in termini di esempio o moral suasion, orientando le negoziazioni su fattispecie analoghe quanto agli aspetti tecnico-economici e giuridici»*¹⁴. Inoltre, *«sulla base del quadro normativo succitato, la definizione delle condizioni economiche di interconnessione nel mercato in oggetto rientra a pieno titolo nell'ambito dei poteri dell'Autorità esercitabili in ambito controversiale, purché sia svolta avendo come ambito soggettivo di applicazione le parti coinvolte nella controversia. La decisione certamente costituirà un elemento di orientamento per il mercato»*¹⁵.

¹³ Punto confermato da Cons. Stato, sez. III, 9 aprile 2014, n. 1699.

¹⁴ Del. 63/14/CIR, § 31.

¹⁵ Ivi, § 35.

Marco Lamandini

*Il regime del procedimento,
il contraddittorio e le misure cautelari*

SOMMARIO: 1. Una necessaria premessa. – 2. La struttura pluriarticolata del procedimento. – 3. L'inammissibilità e l'improcedibilità. – 4. Il procedimento abbreviato di manifesta fondatezza. – 5. Il procedimento ordinario. – 6. Il procedimento cautelare.

1. *Una necessaria premessa*

Nei paragrafi che seguiranno ci si soffermerà essenzialmente sugli elementi di novità del nuovo regolamento rispetto al precedente in relazione al regime del procedimento, al contraddittorio e alle misure cautelari, azzardando qualche iniziale valutazione pur nella consapevolezza che solo il tempo e la concreta esperienza applicativa consentiranno in realtà di apprezzare fondatamente l'esito della riforma. Ci si concentrerà inoltre – tra le diverse novità – su quelle che, nell'area coperta dal presente esame, mi paiono (con valutazione del tutto soggettiva e che dunque non pretende di essere né esaustiva né quella oggettivamente preferibile) di maggiore rilevanza sistematica.

2. *La struttura pluriarticolata del procedimento*

La struttura del procedimento diviene, anzitutto, 'pluriarticolata', avendosi in realtà tre diverse soluzioni procedimentali a seconda che l'esito sia l'inammissibilità dell'istanza, l'ammissibilità (e conseguente istruttoria) della stessa ovvero la manifesta fondatezza. Vi è, in ciò, un'interessante (e 'spinta') valorizzazione – nel quadro del principio ordinamentale di buona amministrazione (qui applicato all'esercizio di funzioni quasi giurisdizio-

nali nell'applicazione del diritto settoriale nel quadro di controversie tra privati) – dell'economia degli sforzi procedurali. Ed è proprio nella ricerca di un equilibrato punto di equilibrio tra 'rafforzata efficienza dell'attività amministrativa' e 'pienezza della tutela sostanziale del singolo' che va rintracciato, mi pare, il carattere di fondo dell'intervento riformatore in punto di procedimento: un punto di equilibrio, peraltro, particolarmente complesso, anche in considerazione delle 'mobili frontiere' del diritto fondamentale di difesa nonché degli altri diritti fondamentali di natura procedimentale riconosciuti dall'ordinamento tanto interno quanto europeo e convenzionale. È noto infatti che, con esiti non sempre coincidenti, possono trovare applicazione, anche nei procedimenti amministrativi e in relazione ai diritti fondamentali di tipo procedimentale, sia le garanzie costituzionali sia quelle della convenzione europea sui diritti dell'uomo sia, ove l'autorità nazionale dia attuazione al diritto europeo (ivi compreso un diritto nazionale attuativo di direttive di armonizzazione), la stessa carta dei diritti fondamentali.

3. *L'inammissibilità e l'improcedibilità*

Circa il primo di questi sviluppi procedurali – e segnatamente quello che è chiamato a valutare preliminarmente l'ammissibilità dell'istanza – merita attenzione, a mio avviso, il fatto che al direttore della direzione reti e servizi è affidato un delicato compito di 'filtro' procedimentale: ruolo da svolgersi mediante una valutazione allo stato degli atti (con facoltà, peraltro, di chiedere l'integrazione dei documenti, in un termine ristretto di 7 giorni lavorativi, ad evitare eccessivi rallentamenti all'azione amministrativa) in relazione non solo alla 'manifesta infondatezza' ma anche all'incompetenza e cioè alla eventuale 'esorbitanza' della controversia rispetto al perimetro oggettivo e soggettivo di cui all'art. 2 del regolamento e 23 del codice. Il provvedimento del direttore deve essere, naturalmente, 'motivato' ed esso, pur potendo definire il procedimento, non è necessariamente finale, giacché, del tutto opportunamente – in modo da riconoscere adeguata tutela al diritto al contraddittorio – la versione finale del nuovo regolamento (pur accogliendo qui come altrove un sistema decisorio a competenza ripartita tra direttore e commissione) consente alla parte istante di formulare, entro 10 giorni, opposizione alla commissione rispetto alla

decisione di inammissibilità pronunciata dal direttore. In caso di riforma della decisione del direttore da parte della commissione, si provvederà alla convocazione delle parti alla prima udienza.

L'inammissibilità ai sensi dell'art. 3, comma 6, peraltro, non è l'unica circostanza in presenza della quale il procedimento avviato con l'istanza del ricorrente può interrompersi. Il regolamento, riconoscendo nel principio di alternatività delle tutele il 'precipitato' concreto del principio di efficienza ed economia procedimentale, prevede infatti la improcedibilità dell'azione avanti all'Autorità «*qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia stata già adita l'autorità giudiziaria*» (artt. 3, commi 3 e 4 del regolamento). In tal caso, tuttavia, in conformità all'obbligo di «*piena cooperazione*» che le parti devono all'autorità ai sensi dell'art. 1, comma 1, n. 22, della direttiva 2009/140/CE, è richiesto che la parte istante formuli una dichiarazione espressa di rinuncia. Poiché essa viene prevista per finalità di mera certezza, non mi sembra che, in caso di omissione della parte, sia comunque preclusa la possibilità al direttore di provvedere dichiarando improcedibile l'azione.

L'improcedibilità, sempre in corso di procedimento, è altresì prevista dall'art. 8, comma 4, per l'ipotesi in cui «*dai documenti depositati emerge che le parti, con atto scritto, avevano stabilito, di comune accordo, di risolvere la controversia ricorrendo a mezzi alternativi che espressamente escludono la competenza dell'autorità*». È questo il caso, se non mi inganno, dei comitati tecnici previsti in più occasioni dai contratti tra operatori (non invece dell'eventuale scelta arbitrale prevista dai medesimi contratti, che a rigore dovrebbe refluire nell'ipotesi di cui all'art. 3, essendo funzionalmente equivalente alla azione giudiziale). Peraltro, nel caso testé ricordato, l'improcedibilità è solo temporanea giacché ai sensi dell'art. 8, comma 5, «*il procedimento viene ripreso, su istanza di una delle parti, qualora, nel termine di 4 mesi [...], non risulti ancora definito*».

Ma una delle novità più significative – e per vero discusse, in sede di consultazione pubblica – del nuovo regolamento è quella che interseca questa ipotesi di improcedibilità in relazione non al momento del deposito dell'istanza iniziale (e dunque allorché ancora debba concludersi il sub-procedimento preliminare di ammissibilità), bensì a procedimento istruttorio già avviato ai sensi dell'art. 6. L'art. 3, comma 5 dispone infatti che qualora l'azione sia proposta avanti all'autorità giudiziaria «*dopo che il procedimento abbia condotto ad una valutazione esaustiva dei fatti e delle questioni giuridi-*

*che sottese, l'Autorità può comunque pronunciarsi sulle relative questioni con un atto interpretativo generale, qualora le stesse siano di particolare importanza e la loro definizione contribuisca al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 del codice». È questo un chiaro segnale dell'importanza che l'Autorità ascrive alla c.d. *regulation by litigation* ed integra esempio nuovo di relazione tra procedimento quasi giurisdizionale di risoluzione delle controversie tra operatori e regolamentazione (mediante 'interpretazione') e dunque un inedito caso di ultrattività sostanziale degli effetti del procedimento contenzioso, finalizzata all'evidenza a non disperdere il frutto (purché sufficientemente 'maturo', perché esaurientemente istruito) dell'attività amministrativa svolta nel procedimento, sia pure rivolgendo lo stesso al diverso fine di orientare *pro futuro* nell'applicazione della disciplina. Se ben vedo, vi è qui un interessante riconoscimento del fatto che il procedimento quasi contenzioso non è, in astratto, finalizzato soltanto a risolvere una lite tra privati incidendo sui relativi diritti soggettivi individuali, ma può altresì accogliere una finalità regolatoria generale. Mi sembra peraltro possibile – una volta rilevato che il procedimento tra due parti è suscettibile, almeno in questo caso, di determinare esiti di portata generale – che gli altri operatori in ipotesi contro-interessati possano chiedere di partecipare al procedimento contenzioso ai sensi dell'art. 6, comma 5, che merita dunque, in questa prospettiva, di essere forse applicato con una certa 'larghezza' al fine di assicurare piena tutela al contraddittorio di tutti coloro che siano potenzialmente interessati dall'esito del procedimento.*

4. *Il procedimento abbreviato di manifesta fondatezza*

All'estremo opposto rispetto al sub-procedimento di inammissibilità si colloca – come espressione simmetrica del medesimo principio di economia procedimentale – il procedimento abbreviato di manifesta fondatezza di cui all'art. 3, comma 8 del regolamento. Anche in questo caso si è dinanzi ad un numero idealmente chiuso di ipotesi 'tipiche' (la 'manifesta fondatezza', appunto, e la 'fattispecie rispetto alla quale sussistono precedenti in termini', che, a ben vedere, dovrebbe essere specie del primo genere), le quali tuttavia mantengono, in concreto, un significativo carattere 'elastico'. Molto opportuno appare, pertanto, che lo schema decisorio adottato, pur essendo anche qui, in qualche misura, ripartito tra direttore e com-

missione, valorizzi la funzione decisoria della commissione stessa. Infatti, ad una prima valutazione di manifesta fondatezza sulla base degli atti del direttore, fa seguito, da un lato, la necessaria difesa del convenuto che ha diritto di far avere le sue contro-deduzioni entro 10 giorni dal ricevimento della relazione motivata del direttore, e, dall'altro lato, qualora il direttore confermi la propria valutazione di manifesta fondatezza, è la commissione a dover decidere «*allo stato degli atti e della relazione dettagliata e motivata del direttore*». Questa, almeno, è la lettura che a me pare di dover dare dell'ultimo periodo dell'art. 3, comma 8, che pur usa – mi sembrerebbe con qualche non necessaria ambiguità (anche in relazione a quanto emerge dai lavori preparatori, che confermano l'obbligatorietà della decisione dell'organo collegiale) – l'espressione «*può adottare una decisione vincolante*». L'uso del verbo «*può*» sembra dunque da riferire, piuttosto, al fatto che è sempre possibile alla commissione, invece che decidere allo stato degli atti, richiedere alle parti di prendere ulteriore posizione sui fatti contestati, ove ciò appaia necessario. Qualora poi la commissione non accogliesse la proposta del direttore, si provvederà agli adempimenti di avvio del procedimento ordinario.

5. *Il procedimento ordinario*

Quanto al procedimento ordinario, mi pare che le modifiche introdotte rispetto al passato dal nuovo regolamento, da un lato, confermino la centralità che si vuole assegnare alle esigenze di speditezza (in tal senso depone l'espressa indicazione che il termine di 20 giorni fissato dall'art. 5, comma 2, vale solo per la prima udienza, sicché le successive è da attendersi che vengano disposte in ossequio al principio di concentrazione) e, dall'altro lato, l'opportuna separazione tra funzioni istruttorie, demandate all'ufficio (al responsabile del procedimento, prima, e al direttore, che formula la propria relazione alla commissione di accompagnamento del resoconto istruttorio del responsabile) e funzione decisoria, demandate alla commissione.

Tre questioni, tra le altre, mi sembrano qui meritevoli di attenzione.

- a) In primo luogo, viene ribadita, dall'art. 9, l'importanza all'interno del procedimento del tentativo di conciliazione, pur reso facoltativo ma esperibile (e rinnovabile) in ogni fase del procedimento. Ciò avviene a

giusta ragione, se si considera che – come è emerso in sede di consultazione – circa il 50% dei procedimenti degli ultimi tre anni si è concluso con un accordo conciliativo. Le modifiche rispetto al passato introdotte dal regolamento sono, qui, essenzialmente volte a valorizzare l'intervento dell'ufficio nell'individuazione di una soluzione bonaria (non a caso si determina anche un effetto in punto di spese: si veda l'art. 11, comma 8, ove l'impresa soccombente abbia rifiutato senza giustificato motivo la proposta di conciliazione). E si tratta, a mio avviso, di modifiche appropriate e che trovano ulteriore conforto nell'esperienza pratica recente, di cui sono testimone diretto, delle conciliazioni nei procedimenti avanti all'Organo di Vigilanza sulla parità di accesso di cui al gruppo di impegni n. 7 approvati con la delibera 718/08/CONS dell'Autorità.

- b) In secondo luogo, l'art. 7 riconferma, con una mera modifica formale, il contenuto del previgente regime in punto di diritto delle parti di accesso agli atti del procedimento. Resta dunque nella discrezionalità valutativa del direttore il difficile compito di contemperare il diritto di difesa e le esigenze di segretezza e di riservatezza, con facoltà, nei casi di assoluta inconciliabilità delle opposte esigenze, di accordare *«prevalenza ad una di esse secondo un criterio di proporzionalità e all'esito di un giudizio di bilanciamento»*. Per vero, l'art. 7, comma 8, in relazione ai *«documenti che forniscano elementi probatori decisivi»* restringe il potere di bilanciamento accordando una prevalenza di principio al diritto di difesa, giacché consente la compressione di esso solo ove la ostensione del documento 'segretato' determinerebbe *«grave e irreparabile nocumento all'impresa interessata, manifestamente sproporzionato rispetto all'oggetto della controversia»*. È dubbia, tuttavia, a mio avviso, la piena congruenza di questa disciplina con la protezione effettiva del diritto di difesa nella forma dell'accesso c.d. difensionale, che anche di recente il Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 783) ha ritenuto prevalente sugli interessi contrapposti. Analogo esito mi pare derivi dalla giurisprudenza della CGUE e della CEDU.
- c) In terzo luogo e infine, benché il nuovo regolamento, eliminando l'ipotesi della decisione 'delegata' al direttore in precedenza prevista dall'art. 11, comma 4, abbia opportunamente accresciuto il ruolo decisivo della commissione, esso, all'art. 11, comma 1, riconferma che la discussione davanti al collegio prima della decisione della controversia

è meramente eventuale (anche se, a livello di prassi, frequente) e subordinato ad una valutazione di opportunità della commissione stessa, sicché non viene riconosciuto un diritto ad essa alle parti. Si tratta, a ben vedere, di una compressione del contraddittorio che, per quanto appaia legittima in questa sede alla luce dei precedenti anche europei che si sono occupati in altri settori di situazioni analoghe, può apparire tutto sommato poco opportuna, giacché la discussione davanti all'organo decidente consente in effetti di veicolare con particolare efficacia e immediatezza gli argomenti dibattuti.

6. *Il procedimento cautelare*

Va considerato, conclusivamente, il procedimento cautelare. In relazione ad esso, va segnalato come l'ambito oggettivo della tutela cautelare sia stato esteso oltre il perimetro del pregiudizio 'di natura economica' e come il rito sia stato meglio scandito da un punto di vista procedimentale al fine di assicurarne la celerità (fatto questo particolarmente importante, anche perché la pendenza del procedimento cautelare sospende i termini del procedimento ordinario). Si prevede inoltre, anche qui, un sistema composito di competenze ripartite tra direttore e collegio specie in caso di rigetto (art. 4, comma 4 e, soprattutto, comma 6 del nuovo regolamento) e un contraddittorio essenzialmente demandato alla fase avanti all'ufficio prima dell'emanazione del provvedimento da parte della commissione (art. 4, comma 5, che pur richiede, con formula un poco anodina, che essa accerti la «completezza del contraddittorio»). Viene infine previsto un procedimento presidenziale ulteriormente accelerato nei casi di «*estrema gravità e urgenza che incidano sui diritti dell'utenza, con particolare riferimento alla continuità dei servizi*». Forte dunque è la sensazione di una tendenza verso la 'sommarizzazione' del giudizio, seppur con efficacia solo cautelare: ciò che, inevitabilmente riducendo (pur senza eliminarli o comprimerli illegittimamente) gli spazi in cui si dispiega il diritto di difesa, invita ad un uso parsimonioso di tali cautele solo al ricorrere rigoroso dei presupposti per essi previsti.

Roberta Guizzi*

*Capacità deflattiva del contenzioso
e rapporti con la tutela giurisdizionale*

SOMMARIO: 1. Inquadramento della questione. – 2. Funzioni e potenzialità degli strumenti alternativi alla giurisdizione. – 3. Alcune osservazioni conclusive.

1. *Inquadramento della questione*

Scopo del presente contributo è indagare la relazione che intercorre tra il procedimento di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche, nella configurazione già peraltro parzialmente innovativa offertane dal (nuovo) regolamento Agcom, adottato con delibera n. 226/15/CONS, e la tutela giurisdizionale affidata al *giudice naturale*¹.

Il dibattito sull'assetto delle reciproche interrelazioni, giunto ad un ap-prodo che non è inappropriato definire provvisorio, nell'attuale quadro congiunturale, appare destinato, infatti, ad arricchirsi di nuova linfa per effetto dell'imminente recepimento² della direttiva n. 2014/61/UE, recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elet-

¹ *Per il lavoro di ricerca del materiale di studio e la condivisione di riflessioni sul tema si ringrazia la dr.ssa Elisabetta Conte, funzionario del Servizio giuridico Agcom.

La giurisdizione esclusiva del Tar sugli atti e provvedimenti delle Autorità indipendenti e la competenza funzionale del Tar Lazio sortisce dal combinato disposto degli artt.14, 133 e 135 del codice del processo amministrativo (cpa) approvato con d.lgs. 2 luglio 2010 n.104 e s.m.i.

² Il recepimento della direttiva 2014/61/UE è stato attuato solo successivamente allo svolgimento della presente relazione, con decreto legislativo 15 febbraio 2016 n.33, entrato in vigore il successivo 10 marzo.

tronica ad alta velocità: lo schema del decreto legislativo di recepimento³ e segnatamente il suo art. 9 comma 6, laddove dispone che l'Agcom adegui i propri regolamenti alle disposizioni del medesimo decreto, prevedendo in ogni caso la definizione della controversia anche in pendenza di un ricorso giurisdizionale lascerebbe, invero, prefigurare (e l'impressione è confermata dalla lettura della relazione illustrativa) una vera e propria 'inversione di rotta' rispetto al tradizionale approccio al tema che, nella cornice dei pertinenti principi comunitari,⁴ riconosceva al meccanismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie carattere recessivo rispetto agli strumenti di tutela giurisdizionale. La 'virata' è come, si comprende, di dirompente impatto, la cui portata è forse sfuggita allo stesso legislatore, destinata com'è – volendo anticipare momentaneamente le conclusioni di cui si dirà tra breve – in qualche misura a condizionare, se non escludendola quanto meno fortemente limitandola, la stessa capacità deflattiva del contenzioso che costituisce uno tra i più significativi – anche se non l'unico – effetto conseguente all'opzione per i mezzi alternativi (alla tutela giurisdizionale, appunto) di risoluzione delle controversie (le cosiddette ADR).

La portata innovativa dell'emananda disposizione, che non ci pare troppo azzardato definire distonica rispetto al quadro normativo e regolamentare vigente, può cogliersi appieno riflettendo sulla cornice dei principi costituzionali, che fungono da limiti per così dire 'esterni' cui ogni disciplina delle ADR deve conformarsi e che valgono, in definitiva, a legittimarne la stessa esistenza, come si vedrà. Si vuol dire, in altri termini, che qualsivoglia regolamentazione degli istituti/procedimenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie muove – deve muovere – dalla consapevolezza che la legittimazione di tali mezzi, a monte (e, a valle, la loro legittimità) deriva dal loro concreto atteggiarsi e svolgersi nel rispetto delle garanzie costituzionali del diritto di azione e di precostituzione *ex lege* del giudice naturale poste dagli articoli 24 e 25 Cost. – di cui tanto la riserva dell'amministrazione della giustizia all'ordine giudiziario *ex art* 101, quan-

³ Si veda atto Governo n. 243, trasmesso alla Camera il 14 novembre 2015.

⁴ Il riferimento è all'art. 20 paragrafo 5 della Direttiva Quadro - 2002/21/CE s.m.i. - secondo cui le procedure previste da commi 1, 3 e 4 del medesimo articolo (i.e. le ADR) non precludono alle parti la possibilità di adire un organo giurisdizionale; ma cfr. anche art. 23 ult. comma del Codice delle comunicazioni elettroniche, approvato con d.lgs 1 agosto. n. 2003 n. 259.

to il divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali ex art. 102 Cost. costituiscono corollario –, ma anche nell'osservanza del principio posto dall'art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, il quale sancisce il diritto di ogni persona a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge⁵.

2. *Funzioni e potenzialità degli strumenti alternativi alla giurisdizione*

È, dunque, solo in questo quadro di principi – e nella misura in cui appunto essi vi si conformino – che l'ordinamento incoraggia i rimedi (amministrativi) alternativi alla giurisdizione, anzitutto in ragione della loro peculiare e obiettiva capacità deflattiva del contenzioso e delle conseguenti, positive ricadute sulla riduzione dei tempi della definizione delle controversie e quindi, in definitiva, sull'effettività (*recte*, sulla garanzia dell'effettività) della tutela. Nella declinazione dei rimedi alternativi, la funzione deflattiva è stata sovente affidata, nella prospettiva del suo potenziamento, alla previsione di un tentativo obbligatorio di conciliazione. È noto come la legittimità costituzionale di quelle norme che introducono condizioni di procedibilità dell'azione giudiziaria – in cui, in ultima analisi, il tentativo obbligatorio di conciliazione si risolve – sia stata positivamente scrutinata dal Giudice delle Leggi, il quale ha più volte affermato, alla stregua di un indirizzo che può ormai ritenersi consolidato, che lo strumento della conciliazione (*id est*, il tentativo obbligatorio di conciliazione) non contrasta

⁵ Si vuol qui richiamare all'attenzione come i più recenti approdi della giurisprudenza della Corte EDU, segnati dalla sentenza del 4 marzo 2014 nella causa Grande Stevens c/ Italia, in tema di violazione del principio del *ne bis in idem* in caso di avvio di procedimento penale per violazioni già oggetto di sanzioni (solo apparentemente) amministrative, abbia di fatto indotto a generalizzare l'applicazione della regola posta dall'art. 6, tipicamente riservata al solo processo, anche ai procedimenti amministrativi (per lo meno a quelli di tipo sanzionatorio, ma le medesime esigenze sottese a tale applicazione estensiva potendo soccorrere anche per i procedimenti di risoluzione di controversie), attribuendovi un marcata connotazione in termini di paragiurisdizionalità, destinata a risolversi in un rafforzamento delle garanzie difensive dei soggetti coinvolti nel procedimento. Si veda al riguardo l'innovativa previsione contenuta all'art. 11 dell'allegato A del reg. Agcom n. 226/15/CONS.

con il diritto di azione, «*in quanto finalizzato ad assicurare l'interesse generale al soddisfacimento più immediato delle situazioni sostanziali realizzato attraverso la composizione preventiva della lite rispetto a quello conseguito attraverso il processo*»⁶.

Nell'esperienza delle controversie rientranti nel perimetro delle competenze dell'Agcom, benché l'opzione per l'introduzione della conciliazione obbligatoria fosse stata divisata dal legislatore come necessaria in via generale dall'articolo 1 comma 11 della legge 31 luglio 1997 n. 249⁷, essa è stata poi, in concreto, declinata solo nell'ambito della risoluzione (*recte*, del procedimento di risoluzione) delle controversie tra operatori e utenti⁸, in quanto necessitata in ragione del vincolo posto dalle pertinenti norme sovranazionali⁹. La predetta disposizione, peraltro, pur avendo superato indenne il vaglio di costituzionalità, è stata tuttavia interpretata dalla Consulta¹⁰ nel senso dell'esclusione dell'obbligo del previo esperimento del tentativo di conciliazione nelle fattispecie in cui la proposizione della domanda giudiziale sia corredata da istanza cautelare. Ha osservato, al

⁶ Così testualmente si legge in Corte cost., sentenza 1 luglio 2000 n. 276, resa in fattispecie concernente il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto nelle controversie in materia di rapporto di lavoro subordinato ai sensi degli artt. 410, 410 bis e 412 bis del codice di procedura civile; o ancora più di recente, in fattispecie ove oggetto dello scrutinio di costituzionalità era la norma dell'art. 17 bis del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546/ recante la disciplina dell'istituto del reclamo nelle controversie tributarie di valore inferiore a € 20.000,00, si veda la sentenza del 16 aprile 2014 n. 98 che ha escluso la necessità di una relazione immediata tra il sorgere del diritto o dell'interesse legittimo e la tutela giurisdizionale, essendo consentito l'imposizione di un onere amministrativo che ne comporti il differimento, purché giustificato da esigenze di ordine generale o da superiori finalità di giustizia.

⁷ Tale disposizione preclude, infatti, la proposizione del ricorso in sede giurisdizionale non preceduto dal (previo) esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità, prevedendo la sospensione dei termini per agire in sede giurisdizionale fino alla chiusura del procedimento di conciliazione.

⁸ Cfr. articolo 3 del regolamento approvato con delibera 173/07/CONS s.m.i.

⁹ L'articolo 34 della direttiva 2002/22/CE (cd. servizio universale) prevede invero che «*gli Stati Membri provvedono affinché esistano procedure extra-giudiziali, trasparenti, non discriminatorie, semplici e poco costose per l'esame delle controversie irrisolte tra i consumatori e le imprese che forniscono reti e/o servizi di comunicazione elettronica*».

¹⁰ Il riferimento è alla sentenza della Corte Costituzionale del 30 novembre 2007, n. 403.

riguardo, la Corte che 'immanenza' della tutela cautelare – predicabile anche sulla base dei principi elaborati dalla Corte di giustizia¹¹ – impone di escludere che il tentativo obbligatorio di conciliazione possa essere ritenuto condizione di procedibilità dell'azione cautelare, l'interesse generale alla più immediata composizione della lite su cui esso si fonda essendo, invero, destinato a recedere di fronte alle ragioni di urgenza, alla cui salvaguardia i provvedimenti cautelari risultano preordinati in funzione di garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti.¹²

Un'impostazione del tutto diversa è, invece, quella sottesa al regolamento controversie tra operatori, di cui alla delibera 226/15/CONS che, nel panorama dei rimedi alternativi offerto dall'ordinamento, appare assumere connotazioni del tutto peculiari, sia pur senza discostarsi dalla cornice dei principi costituzionali che, come si diceva, valgono a segnare i limiti o se si preferisce le condizioni di legittimità degli ADR.

Invero, nell'impianto del regolamento controversie operatori non figura alcuna previsione della conciliazione come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria, in assenza di vincoli posti, in tal senso, dalla pertinente normativa sovranazionale. Le ragioni di una tale scelta possono, forse, rinvenirsi nella particolare funzione assegnata al procedimento di risoluzione delle controversie in esito al quale, oltre alla formulazione della *regola del caso concreto* (*id est*, alla decisione della lite tra le parti), ma, in qualche misura, anche a prescindere da essa, rilievo non secondario assume l'eliminazione delle divergenze sull'applicazione della disciplina comunitaria¹³ e la declinazione degli obiettivi della regolazione (ma sull'argomento si tornerà infra). Tale opzione del regolatore – che si pone in una linea di disconti-

¹¹ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 1990 in causa C-213789, Factortame.

¹² La fattispecie oggetto del giudizio a quo verteva su ricorso ex 700 c.p.c. presentato da un utente davanti al Tribunale ordinario per la riattivazione in via d'urgenza della linea telefonica, nel cui contesto l'operatore convenuto aveva formulato eccezione di improcedibilità per mancato esperimento del tentativo di conciliazione; la Corte coglie peraltro ivi l'occasione per affermare il principio della non surrogabilità della tutela cautelare accordata dal giudice, precisando che la natura, il regime e le finalità di detta forma di tutela rispetto a quella offerta dai provvedimenti temporanei Agcom rende irrilevante l'applicazione della disciplina dell'art. 21 del regolamento.

¹³ Cfr. F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle telecomunicazioni*, Torino, Giappichelli 2007.

nuità rispetto alle omologhe scelte contenute nel previgente regolamento 148/01/CONS – non deve, peraltro, essere intesa come manifestazione di disfavore per i meccanismi conciliativi: anzi, la composizione bonaria delle controversie rappresenta uno degli obiettivi perseguiti dal regolamento 226/15/CONS, com'è reso palese dalla previsione dell'articolo 9 comma 5 dell'allegato A alla predetta delibera, a mente del quale il tentativo conciliazione – che il responsabile del procedimento deve esperire nella *prima udienza di comparizione* – può essere rinnovato in qualsiasi fase della procedura e va comunque esperito prima della trasmissione degli atti alla Commissione (la Infrastrutture e Reti; ndr). L'impianto regolamentare appare, dunque, ispirato dalla ricerca di un punto di equilibrio tra due opposte istanze; da un lato, quella di favorire la composizione bonaria delle liti – che prescinda cioè da una decisione *terza*, sia essa proveniente dal giudice piuttosto che dall'autorità amministrativa – nella prospettiva di giungere ad un assetto degli opposti interessi delle parti realmente soddisfacitivo delle rispettive ragioni e, dall'altro lato, quello di valorizzare la funzione regolatoria del rimedio alternativo, attraverso un'implementazione dei meccanismi di *regulation by litigation* spinta sino al punto da riconoscere, in capo all'Organo decidente, il potere di intervenire – in esito ad una lite divenuta improcedibile, per dichiarazione espressa della parte di voler adire l'autorità giudiziaria – con un atto interpretativo generale, al fine di pronunciarsi sulle questioni oggetto della controversia, qualora le stesse siano di particolare importanza e (condizione concorrente?) la loro definizione contribuisca al perseguimento degli obiettivi previsti dagli articoli 3, 4 e 13 del Codice delle comunicazioni elettroniche (cfr. art. 3 comma 5 dell'allegato A alla delibera n. 226/15/CONS)¹⁴.

Si tratta di una previsione che, in certo qual modo, ricalca quella contenuta all'art. 99 comma 5 del C.P.A. (approvato con il già ricordato d.lgs. n.104/2010) che consente all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

¹⁴ La predetta disposizione subordina, peraltro, l'adozione dell'atto interpretativo generale all'ulteriore condizione che il procedimento sia approdato ad una valutazione esaustiva dei fatti e delle questioni giuridiche sottese, il che val dire sia stato compiutamente istruito. Tanto in accoglimento di un rilievo espresso dagli operatori i quali, in sede di consultazione pubblica sullo schema di provvedimento, avevano manifestato la preoccupazione che una previsione siffatta potesse concretare un'elusione delle garanzie procedurali previsti dal quadro europeo per l'esercizio dei poteri regolatori.

l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, se la questione deferita alla sua competenza sia di particolare importanza, anche nei casi in cui dichiararsi il ricorso inammissibile, irricevibile o improcedibile, e rappresenta uno degli ulteriori elementi di novità offerti dal regolamento controversie.

3. *Alcune osservazioni conclusive*

È naturalmente troppo presto per formulare qualsiasi ipotesi circa l'impatto di questo nuovo strumento e la presente sede neppure pare la più appropriata. Solo il tempo e l'esperienza applicativa potranno testimoniarne l'utilità e disvelarne eventuali limiti e criticità. Una considerazione può, tuttavia, essere azzardata: nel quadro tracciato dalla recente raccomandazione della Commissione europea, che ha ridotto il numero dei mercati regolamentati *ex ante*¹⁵, la scelta del regolatore di cogliere l'occasione offerta dalla revisione del regolamento controversie operatori per sperimentare nuovi spazi di implementazione di ogni strumento che possa fungere da orientamento per il mercato appare, almeno a parere di scrive, sorretta da una (condivisibile) causa giustificativa precipua¹⁶.

Tuttavia, ai fini della nostra riflessione, ci sembra importante sottolineare come il nuovo impianto regolamentare nel suo complesso, anche laddove contempla la previsione di istituti innovativi – quale appunto l'atto interpretativo generale – resti improntato all'osservanza dei tradizionali principi che regolano l'assetto dei rapporti tra tutela amministrativa e giurisdizionale. E conferma in tal senso si trae dalle disposizioni contenute nei commi 3 e 4 del già citato articolo 3 dell'allegato A del regolamento n. 226/15/CONS, che salvaguardano la possibilità per ciascuna delle parti¹⁷

¹⁵ Si tratta della raccomandazione C (2014) 710 del 9 ottobre 2014.

¹⁶ Il dibattito sulla valorizzazione della funzione cripto regolatoria delle decisioni di controversie è destinata a riaprirsi (ove mai avesse potuto considerarsi chiuso), per effetto della recente decisione della Corte di giustizia del 15 aprile 2015 in causa C-3/14, secondo cui anche le decisioni di risoluzione di controversie sono soggette all'obbligo di notifica ai sensi dell'art. 7 della Direttiva Quadro, 2002/21/CE.

¹⁷ In accoglimento di un rilievo formulato durante la consultazione pubblica, e ad evitare i paventati (e fondati, ad avviso di chi scrive) rischi di disparità di trattamento tra attore

di adire il giudice in qualsiasi momento, sancendo con l'improcedibilità la domanda già proposta innanzi all'Autorità e prevedendo, a prevenzione di fenomeni di abuso, la presentazione di una dichiarazione espressa di rinuncia all'azione dinnanzi all'Autorità, al fine di consentire l'archiviazione del procedimento.

Ebbene, come si accennava in premessa, l'imminente recepimento della direttiva c.d. Scavi, 2014/61/UE¹⁸ è destinata tuttavia ad aprire nuove prospettive nella riflessione sull'atteggiarsi dei reciproci rapporti tra tutela giurisdizionale e rimedi alternativi, capaci di minarne in radice l'assetto tradizionale. Non ci pare questa la sede per soffermarsi – se non brevemente e per quanto funzionale al presente intervento – sull'estensione dell'ambito delle competenze dell'Agcom che il recepimento della direttiva scavi porta, indiscutibilmente, con sé: sia dal punto di vista dell'ampliamento della sfera soggettiva di applicazione – in qualche misura già anticipato dal regolamento 226/15/CONS che all'articolo 2 comma 2 rimette all'Agcom, in attuazione della delibera 266/11/CONS¹⁹ la cognizione delle controversie tra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica e i soggetti tenuti alla fornitura di accesso ad infrastruttura di reti a fibra ottica –, sia dal punto di vista dell'ampliamento oggettivo, ovvero della tipologia di controversie devolute all'Autorità.

Ora, indubbiamente l'estensione delle competenze Agcom alla risoluzione di controversie con soggetti – i titolari dell'infrastruttura di posa e/o coloro che siano tenuti a fornire l'accesso alla stessa – diversi dai soggetti autorizzati ai sensi e per gli effetti dell'art 25 del Codice delle comunicazioni elettroniche, già previsto dal regolamento controversie mercé il rinvio alla delibera 226/15/CONS, esclusivamente su base volontaria, è

e convenuto, nella versione definitiva del regolamento è stata ripristinata la formulazione che vuole archiviata la controversia se una qualsiasi delle parti si rivolge all'autorità giurisdizionale.

¹⁸ La direttiva in parola è, come si diceva, stata recepita con legge n. 33/2016 in epoca successiva allo svolgimento del presente intervento, ma le riflessioni quivi svolte conservano validità alla luce della vigente disposizione dell'art. 9 della medesima legge.

¹⁹ Il predetto regolamento, adottato con la delibera 622/11/CONS, ha dato attuazione come noto alle competenze conferite all'Autorità dal d.l. 25 giugno 2008 n. 112, cd decreto sviluppo, convertito in 6 agosto 2008 n. 133 sui diritti dorsali e obblighi di accesso alle infrastrutture di posa per cavi in fibra ottica.

destinato a trovare necessaria ed opportuna legittimazione nella norma di recepimento della direttiva, che varrà a integrarne una troppo fragile (per non dire inesistente) base giuridica. Si tratta di un'opzione da guardare, a nostro avviso, decisamente con favore, potendo la risoluzione delle controversie in materia di ubicazione e/o di accesso ad infrastrutture atte alla posa di reti di telecomunicazione fungere da strumento suscettibile, in ultima analisi, di agevolare quella condivisione delle infrastrutture che è condizione fondamentale per la diffusione e lo sviluppo delle reti ad alta velocità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda digitale UE²⁰.

Più di una riserva suscita di contro, a parere di scrive, l'ampliamento delle tipologie di controversie devolute alla competenza dell'Agcom²¹ previsto dallo schema di decreto di recepimento della direttiva cd scavi: gli articoli da 3 a 8²² enucleano, invero, (e l'elencazione non ha pretesa di esaustività) una variegata gamma di obblighi e diritti in relazione all'accesso all'infrastruttura fisica esistente, ovvero alla trasparenza sulle medesime infrastrutture, o ancora al coordinamento delle opere del genio civile, la cui inosservanza può essere fatta valere in sede di amministrativa, radicando la nuova competenza 'decisoria' dell'Autorità. Ma tra le diverse tipologie di controversie prefigurate nello schema di articolato preme, in questa sede, richiamare all'attenzione quella dell'art. 8²³: tale disposizione prevede, in linea generale al comma 1 (obblighi di accesso specifici essendo, infatti, declinati ai commi 3 e 4) che i proprietari di unità immobiliari o il condominio abbiano il diritto e (si cita testualmente) «*ove richiestone, l'obbligo di soddisfare tutte le richieste ragionevoli di accesso presentate da operatori di rete secondo termini e condizioni eque e non discriminatorie, anche con riguardo al prezzo*», e che in caso di mancato accordo sull'accesso di cui ai commi 1, 3 e 4 ciascuna delle parti ha diritto di rivolgersi all'organismo nazionale dell'articolo 9 (*id est*, Agcom). Ora, in disparte ogni considerazione, davvero non pertinente in questa sede, circa l'individuazione nel solo proprietario (e nel condominio) del soggetto legittimato ad adire l'Autorità, piuttosto che anche nel titolare di un diritto reale – ad esempio,

²⁰ Banda Larga superiore a 100 mbps per il 50% dei cittadini UE entro il 2020.

²¹ Individuato anche dal vigente art. 9 della legge n. 33/ 2016 quale organismo di risoluzione delle controversie.

²² Gli attuali articoli a 3 a 8 della legge 33/2016.

²³ L'attuale articolo 8 della legge 33/2016.

l'usufruttuario – o (perché no?) personale di godimento (ad esempio, il locatario), come non solo la lettera della direttiva (nella versione inglese, il riferimento è all'*holder of a right of use of access point and the in-building physical infrastructure*) ma anche la sua ratio avrebbero consentito²⁴, sorprende e preoccupa non poco la leggerezza con cui il legislatore delegato ha aperto all'Autorità amministrativa indipendente le porte del 'mondo' dei diritti – dei più antichi diritti noti all'esperienza degli ordinamenti giuridici –, senza peraltro preoccuparsi di definire il rapporto che intercorre tra gli obblighi scaturenti dalla direttiva cd scavi (la cui latitudine è tutta da delimitare, non potendo neppure in ultima analisi escludersi che essa non si atteggi in realtà a fonte di nuovi obblighi) e la cui violazione è idonea, appunto, a radicare la competenza dell'Agcom, e tutti gli altri obblighi già presenti nell'ordinamento, scaturenti da altra fonte²⁵, e su cui resta competente in via esclusiva l'Autorità giudiziaria ordinaria.

E le ragioni dell'allarme sono avvalorate dalla constatazione che, introducendo nell'ordinamento una disposizione come si diceva del tutto eccentrica rispetto al quadro di riferimento, il legislatore delegato ha 'infranto il dogma' della recessività della tutela amministrativa rispetto a quella giurisdizionale. Ed invero, pur affermando, al comma 5 dell'articolo 9, che la procedura di risoluzione di controversie non preclude la possibilità di adire un organo giurisdizionale, il legislatore ha tuttavia chiaramente disposto, al comma 6, che in sede di adeguamento dei propri regolamenti l'Autorità debba prevedere in ogni caso la risoluzione della controversia anche in pendenza di ricorso giurisdizionale.

²⁴ Se, invero, la ratio della norma è quella di ridurre i costi dell'installazione per aumentare la diffusione delle reti ad alta velocità e considerando che le architetture di rete che permettono la massima velocità di connessione sono quelle implicanti l'arrivo della fibra fino all'unità abitativa dell'utente – le cosiddette architetture FTTH – il riferimento al titolare del diritto d'uso, contenuto nella direttiva, appare pienamente giustificato e di contro poco conforme con il suo scopo la limitazione, contenuta nella norma nazionale di recepimento, al solo proprietario/condominio.

²⁵ A titolo solo esemplificativo in materia di obblighi di accesso si vuole qui ricordare l'articolo 1 comma 7 della legge 18 giugno 2009 n.69 che ha in sostanza riconosciuto ai lavori di installazione della fibra la natura di innovazioni necessarie ex art. 1120 cod. civ. Quid iuris in caso di contestazioni che sorgessero sulla validità, ad esempio, delle relative deliberazioni assembleari di approvazione? Ricadrebbero nell'ambito della competenza Agcom ex artt.8 e 9 dello schema di decreto delegato di recepimento?

La previsione crea sconcerto e pone il regolatore nell'imbarazzo di dover adeguare il proprio regolamento di procedura, recependo una disposizione foriera di evidenti criticità: essa infatti pare frustrare la ratio stessa della direttiva, che è quella di accelerare lo sviluppo delle reti a banda larga – in conformità, lo si è detto, agli obiettivi dell'Agenda digitale UE – anche mercé l'affidamento della risoluzione delle controversie ad un organismo dotato della necessaria expertise tecnica. L'obiettivo di accelerazione potrebbe essere, appunto, vanificato dall'incertezza e del disorientamento generati nel mercato anche come effetto del potenziale contrasto di giudicati. Ma, a monte, ciò che risulta pregiudicato da questo nuovo approccio allo strumento della tutela amministrativa è la sua stessa capacità deflattiva del contenzioso, che ne rappresenta l'*ubi consistam*, giustificandone e al tempo legittimandone la necessaria caratterizzazione in termini di alternatività/recessività con la tutela giurisdizionale.

L'esperienza applicativa della risoluzione di controversie in Agcom ha dato, infatti, ottimi risultati in termini di capacità deflattiva (dei 128 procedimenti avviati dal marzo 2009 all'attualità, ai sensi del regolamento operatori, l'88% del totale ossia 113 si sono conclusi e di questi 113, ovvero il 63%, pari a ben 71 controversie, è stato conciliato)²⁶.

Dati che attestano, dunque, l'efficacia di uno strumento che ha dato buona prova di sé e sulle cui prospettive di futuro impiego si addensano, pur tuttavia, ombre nere. Un monito, forse, questo, per l'improvvido legislatore a rivedere scelte verosimilmente frutto di non adeguata ponderazione.

²⁶ Si confrontino per i dati le tabelle del 24 novembre 2015 qui allegare ed elaborate con l'ausilio dall'ing. Giovanni Santella, direttore delle Direzioni infrastrutture e reti dell'Autorità.



Stato delle controversie

AGCOM
Napoli, 24/11/2015

www.agcom.it

1

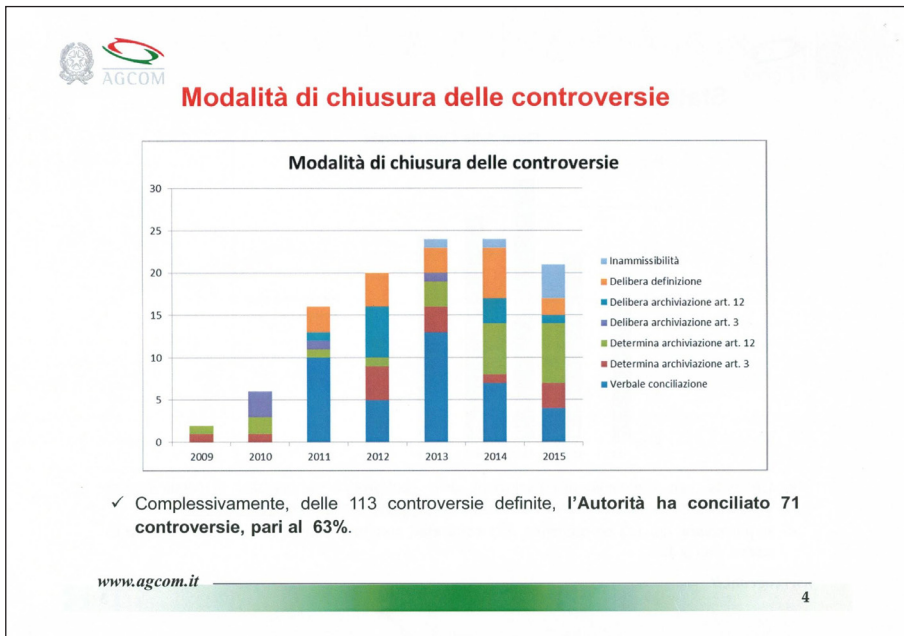
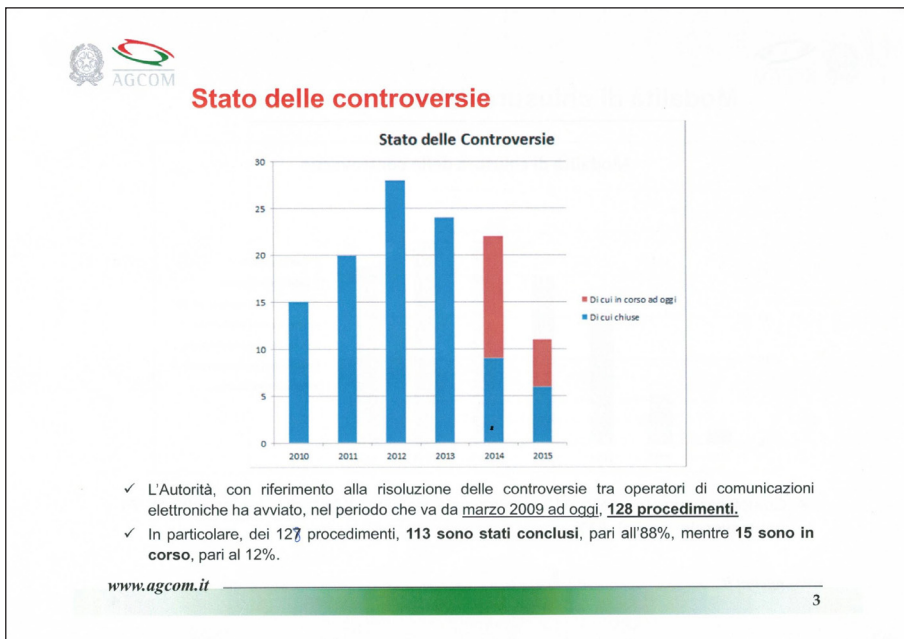


Sommario

- ▶ Stato delle controversie
- ▶ Modalità di chiusura delle controversie
- ▶ Modalità di chiusura dei cautelari
- ▶ Numero di controversie per società istante
- ▶ Tempi medi di chiusura delle controversie

www.agcom.it

2





Tempi medi di chiusura delle controversie

Percentile	Tempi di chiusura (mesi)
50%	7,7

- ✓ Il 50% delle controversie si è chiuso entro 7 mesi, incluso trattamento del cautelare e sospensione per tentativi di conciliazione (il nuovo Regolamento prevede una sospensione fino a 3 mesi per tentativi di conciliazione, oltre ai 4 mesi previsti dal Codice).

Gilberto Nava

Regolazione e negoziazione: la soluzione conciliativa

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Brevi considerazioni sull'uso (e l'abuso) della conciliazione. – 3. Analisi del concetto di conciliazione. – 3.1 La transazione extraprocedimentale – 3.2 La conciliazione ex art. 9, comma 6: caratteristiche... – 3.3 ... ed affinità con altri strumenti 'conciliativi' – 4. Analisi dell'art. 9 del Regolamento relativo al tentativo di conciliazione. – 4.1 Differenti tipologie di conciliazione. – 4.2 Natura, esecutività, sindacabilità da parte di Agcom, accessibilità e effetti regolamentari della conciliazione. – 5. Effetti della mancata conciliazione. – 6. Natura e finalità del tavolo tecnico di conciliazione. – 7. Il Regolamento e il tentativo obbligatorio di conciliazione ex art. 1, comma 11 L. n. 249/97. – 7.1 Il tentativo obbligatorio di conciliazione alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia Europea – 7.2. Coerenza del modello di conciliazione del Regolamento con l'art. 1, comma 11 L. n. 249/97 – 8. Conclusioni.

1. *Premesse*

Ritengo preliminarmente utile illustrare al lettore come siano stati declinati nel presente contributo i temi di approfondimento svolti nel corso del seminario.

Tenendo in considerazione i principi che indirizzano l'azione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ('Agcom' o 'Autorità') nei suoi compiti di promozione dello sviluppo di un regime di concorrenza nelle reti e nei servizi di comunicazione elettronica, combinando una regolazione flessibile con la libertà negoziale degli operatori, sarà analizzato se e con quali modalità la soluzione conciliativa proposta nella Delibera n. 226/15/CONS recante il Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori ('Regolamento') possa rappresentare una solu-

zione efficace che rispetti il ruolo e i compiti del Regolatore e garantisca le dinamiche competitive nel mercato. Verranno inoltre brevemente analizzati alcuni esempi di conciliazione presenti in altri plessi normativi e i profili procedurali della conciliazione disciplinati nel Regolamento. Infine si approfondirà la coerenza del Regolamento con l'art. 1, comma 11, della L. n. 249/97 che disciplina il tentativo obbligatorio di conciliazione tra operatori.

2. *Brevi considerazioni sull'uso (e l'abuso) della conciliazione*

In vigenza del precedente regolamento 352/08/CONS, che attuava le previsioni dell'art. 23 del D.Lgs. n. 259/03 Codice delle Comunicazioni Elettroniche ('CCE'), l'Autorità ha ritenuto che l'istituto della conciliazione, e in particolare un ruolo attivo dell'Autorità nel sollecitare un bonario componimento del contenzioso, potesse rappresentare uno strumento rilevante per gestire la mole di contenziosi, sia in termini di economia processuale che di raggiungimento di un proporzionato punto di equilibrio tra le esigenze del mercato.

Perciò Agcom ha costantemente sollecitato gli operatori a perseguire l'obiettivo della conciliazione, con l'esito che i dati statistici confermano la frequenza di questa scelta. L'Autorità identifica una percentuale di conciliazioni circa del 50%¹, ma in allegato al presente contributo possiamo trovare alcuni dati che è interessante esaminare, segmentati su base temporale e procedurale. L'analisi, basata sui dati pubblicati nel sito web dell'Autorità e nelle relazioni annuali, evidenzia che dall'entrata in vigore del precedente Regolamento (delibera 352/08/CONS del 28 giugno 2008) la percentuale delle controversie concluse mediante un accordo transattivo risulta molto elevata, in alcuni anni maggiore di quella dei provvedimenti decisori adottati dalla competente Commissione per le infrastrutture e le Reti ('CIR'). Inoltre si rileva l'eccessiva durata media dei contenziosi (che dovrebbero

¹ Cfr. Allegato B alla delibera Agcom n. 226/15/CONS recante *Sintesi della consultazione di cui alla delibera n. 256/14/CONS*, pag. 87 «*Giova rappresentare, a tale proposito, che nel corso degli ultimi tre anni circa il 50% delle controversie si è conclusa mediante conciliazione, avendo le parti raggiunto un accordo, anche a seguito di una proposta transattiva dell'Ufficio (su 79 controversie concluse dal 2009 ad oggi, 37 sono state conciliate)*».

concludersi entro quattro mesi *ex art. 23 CCE*)² anche in considerazione del fatto che finora i termini procedurali hanno incluso anche il tempo che gli operatori hanno dedicato ai tentativi di negoziazione rivelatisi infruttuosi. Perciò emerge che, fino all'entrata in vigore del vigente Regolamento, la negoziazione ha svolto nei contenziosi un ruolo prioritario rispetto alla regolamentazione.

Con il nuovo Regolamento appare evidente che l'Autorità abbia voluto ulteriormente valorizzare questo istituto introducendo una procedimentalizzazione del percorso di componimento bonario dei contenziosi, inclusa la fase dedicata ai tentativi di negoziazione in sede extraprocedimentale, che si è voluto escludere dai termini del procedimento in quanto si è riscontrato che aveva avuto un rilevante impatto sulle tempistiche medie relative alla conclusione del procedimento.

Approfondiamo perciò come l'Autorità, sulla base delle esperienze maturate dal 2008 ad oggi, abbia modificato il Regolamento relativo al procedimento contenzioso e verifichiamo se abbia introdotto degli strumenti processuali adeguati ai principi ed obiettivi regolamentari della propria legge istitutiva e dell'ordinamento settoriale comunitario.

È condiviso l'assunto secondo il quale, in realtà, *«l'esperienza maturata in altri contesti normativi dimostra quanto sia illusorio l'obiettivo di utilizzare gli strumenti conciliativi per deflazionare il contenzioso e come vi sia, piuttosto, una stretta correlazione tra efficienza dell'amministrazione della giustizia e successo degli strumenti alternativi di risoluzione della controversia»*³.

In altri termini la conciliazione funziona se l'amministrazione del contenzioso è tempestiva ed efficace e all'adozione della decisione segue altrettanta coerenza da parte dell'Autorità anche nel vigilare e sanzionare l'inottemperanza a eventuali obblighi imposti in sede contenziosa che costituiscono un ordine *ex art. 98, comma 11, CCE*.

In caso contrario:

- (a) se il contenzioso riguarda tematiche significative in termini di principi regolamentari e/o di impatti economici le parti difficilmente riusci-

² In merito cfr. F. DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Giappichelli, Torino 2007, p. 209. Sulla natura non perentoria del termine di quattro mesi cfr. la sentenza TAR Lazio, Sez. III ter, 14 dicembre 2006, n. 14157.

³ Cfr. autorevolmente C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, III, Giappichelli, Torino 2015, p. 512.

ranno a trovare una conciliazione e i ritardi nell'amministrazione della giustizia (*rectius* nell'implementazione della regolamentazione) tramite il contenzioso provocheranno il protrarsi (spesso opportunistico ad opera dell'operatore oggetto di regolazione) di una incertezza sulle regole applicabili (o su come applicare le regole) negativa per l'intero mercato. Peraltro anche una lettura sistemica del Codice evidenzia che, tra gli strumenti di cui è dotata l'Autorità di regolamentazione disciplinati dal Titolo I, Capo I del Codice (artt. 19 e seg.) le strumentazioni regolamentare *ex ante* (analisi dei mercati, individuazione degli operatori dominanti, imposizione degli obblighi regolamentari *ex artt.* 45 e seg. CCE⁴) rappresentano logicamente gli elementi prioritari ai quali l'Agcom deve far seguire una attenta vigilanza e una tempestiva azione sanzionatoria. Il legislatore comunitario aveva introdotto il contenzioso come ultimo rimedio, sostanzialmente residuale e in alternativa all'intervento del giudice ordinario, allo scopo di attribuire all'Autorità di settore uno strumento per risolvere le controversie di natura prevalentemente contrattuali tra operatori che ricadono nel perimetro oggettivo del Codice e che non siano state già compiutamente indirizzate dalle norme regolamentari o dalla puntuale vigilanza sull'applicazione dei principi del Codice⁵. In altri termini, l'utilizzo del contenzioso per ottenere l'a-

⁴ Cfr. *ex multis*, S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza*, a cura di G. Morbidelli, F. Donati, Giappichelli, Torino 2003, p. 186 ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in MCR, 2002, p. 561; *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, a cura di R. Perez, Giuffrè, Milano 2004; DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, cit.; L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008; M. CAPANTINI, *La disciplina dell'accesso e dell'interconnessione*, in *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di M. Clarich, G.F. Cartei, Giuffrè, Milano 2010, p. 199; M. SIRAGUSA, M. D'OSTUNI, F. MARINI BALESTRA, *I mercati rilevanti dei prodotti e servizi e la regolazione ex ante*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, a cura di F. Bassan, Giuffrè, Milano 2010, p. 172.

⁵ Inoltre l'attribuzione del potere di risolvere le controversie al soggetto titolare del potere regolamentare dovrebbe consentire anche di limitare le divergenze applicative nell'implementazione del quadro comunitario, oggetto di coordinamento da parte della Commissione e del BEREC ai sensi della Direttiva 2002/21/CE art. 7 ss.. ('Direttiva Quadro'), e a perseguire coerentemente gli obiettivi pubblicistici della regolamentazione e vigilanza

dempimento degli obblighi regolamentari certifica l'(inevitabile) incompletezza della regolamentazione e/o l'inefficacia delle attività di vigilanza complementari alla regolamentazione. La recente sentenza della Corte di Giustizia del 16 aprile 2015 nella causa C-3/14, *Prezes Urzedu komunikacji Elektronicznej e Telefonii Dialog sp z o.o. c. T-Mobile Polska SA* ha, in realtà, modificato la coerenza dell'architettura regolamentare comunitaria poiché, prendendo atto sia dell'incompletezza del modello di regolamentazione *ex ante* basato sui mercati rilevanti e sul triplo test⁶ per identificare le aree che necessitano un intervento da parte delle Autorità nazionali di regolamentazione ('NRA') a beneficio della concorrenza e dei consumatori, sia della diffusione dell'utilizzo del contenzioso da parte delle NRA per 'sanare' le deficienze del modello, ha chiarito alle NRA che volessero imporre agli operatori degli obblighi relativi a garanzia dell'accesso al servizio universale e dei diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (che influenzino gli scambi tra Stati membri) l'obbligo della consultazione della Commissione e delle altre NRA ai sensi dell'art. 7, comma 3 della Direttiva Quadro.

- (b) Nell'ipotesi in cui, invece, uno dei due soggetti debba necessariamente raggiungere una conciliazione (*rectius* una transazione) in quanto necessitato da pressanti motivazioni operative o economiche, una tardiva gestione della procedura contenziosa si configurerà come un sostanziale diniego di giustizia che andrà a detrimento del ruolo fondamentale dell'Autorità come garante della dinamica competitiva in questo mercato. Ruolo che è stato ampliato dalla CGCE⁷ e riconosciuto anche

del mercato. La rilevanza del contenzioso tra imprese nella prospettiva comunitaria è evidenziata anche dall'art.3, comma 3bis della Direttiva Quadro che lo richiama, insieme alla regolamentazione *ex ante*, come ambito qualificato nel quale deve essere garantita dagli Stati membri l'indipendenza di azione delle Autorità di regolamentazione nazionale.

⁶ Cfr. la Raccomandazione della Commissione del 9 ottobre 2014 relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione *ex ante* ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, pubblicata a valle delle precedenti Comunicazioni della Commissione del 2003 e 2007.

⁷ Cfr. le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee 12 novembre 2000, causa C-192/08, *TeliaSonera Finland Oyj c. iMez Ab* e la relativa nota a sentenza in *Dir. Pubbl. Comp. ed Eur.*, 2010, I, p. 253, nonché 16 aprile 2015 causa C-3/14, *Prezes Urze-*

dai giudici amministrativi⁸. Rispetto alla rilevanza attribuita all'Agcom nell'esercitare la *regulation by litigation*, appare confermato dall'esperienza pratica che gli operatori, dopo un lungo periodo nel corso del quale l'istituto dell'art. 23 CCE ha avuto un ruolo centrale nelle strategie regolamentari degli operatori, hanno ripreso ad adire ai giudici civili⁹ che progressivamente stanno riacquistando la pienezza di un ruolo che sin dalla L. 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*" era stata attribuita alle autorità amministrative, in ragione della loro competenza tecnica, speditezza procedimentale e centralità nel mercato, nella prospettiva del più efficace perseguimento degli obiettivi pubblicistici ad esse attribuite¹⁰.

du komunikacji Elektronicznej e Telefonii Dialog sp z o.o. c. T-Mobile Polska SA.

⁸ Nella sentenza del Tar Lazio Sez I, 21 giugno 2013, n. 06259/2013, che ha valutato la delibera Agcom n. 111/11/CIR relativa alla prima definizione in sede contenziosa del valore economico del servizio di raccolta da mobile, si afferma che «*l'art. 23 disciplina, per l'appunto, la risoluzione delle controversie tra operatori. La suddetta norma attribuisce dunque all'Autorità il potere di perseguire, in materia di interconnessione e accesso, gli obiettivi dell'attività di regolazione in funzione concorrenziale anche attraverso lo strumento della risoluzione delle controversie tra operatori (c.d. regulation by litigation). L'Agcom ha pertanto concluso che il proprio potere di intervento in materia trova giustificazione nel momento in cui l'accordo delle parti è venuto meno e che la definizione delle condizioni economiche di interconnessione nel mercato in oggetto, mentre ha come ambito soggettivo di applicazione le parti coinvolte nella controversia, è tuttavia suscettiva di individuare anche un orientamento per il mercato in tal senso; ha soggiunto che solo l'applicazione di un prezzo equo e ragionevole è in grado di garantire il raggiungimento di quegli obiettivi di concorrenza tra operatori e massimo vantaggio agli utenti finali indicati dagli artt. 13 e 4 del Codice delle Comunicazioni*». In senso conforme la sentenza del Consiglio di Stato n.1699/2014 sulla medesima delibera 111/11/CIR.

⁹ Cfr. le sentenze: Tribunale di Milano, Sez. Specializzata proprietà intellettuale imprese, ordinanza Telecom Italia S.p.A c. H3g S.p.A., 4 marzo 2011; Tribunale di Milano, Sez. Specializzata proprietà intellettuale imprese, ordinanza Telecom Italia S.p.A c. Fastweb S.p.A., 19 marzo 2012; Tribunale di Roma, Sez. XI civ, Karupa S.p.A. c. Telecom Italia S.p.A., 9 gennaio 2013; Tribunale di Milano, Sez. Specializzata Imprese, Eutelia S.p.A. in amm.ne. Straord. C. Telecom Italia S.p.A., 23 giugno 2014; Tribunale di Roma, Sez. VIII civ, n. 20572 del 14 ottobre 2014, Siportal S.r.l. c. Telecom Italia S.p.A..

¹⁰ Per una panoramica più approfondita cfr. *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, a cura di M. d'Alberti, A. Pajno, il Mulino, Bologna, 2010 e S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Giappichelli, Torino 2013.

3. *Analisi del concetto di conciliazione*

In questo paragrafo esaminiamo alcuni dei molteplici aspetti contrattuali e procedurali sottesi al concetto di ‘conciliazione’ ampiamente utilizzato dall’Agcom nel Regolamento e individueremo, in sintesi, alcuni principi presenti in diversi sistemi processuali che possono essere utili ad inquadrare l’istituto in esame.

Sin dalla premessa della sintesi della consultazione emerge chiaramente la centralità del tentativo di conciliazione che può essere «esperito in qualsiasi fase del procedimento».

L'immanenza della soluzione conciliativa in ogni fase del procedimento contenzioso – secondo la prospettiva dell’Agcom – emerge in modo evidente anche dal dato testuale; infatti il Regolamento ripropone la possibilità della soluzione conciliativa nelle seguenti occasioni:

- a) in prima udienza (art. 9, comma 1);
- b) in presenza di trattative in corso di utile definizione, su richiesta anche di una sola parte o su proposta del responsabile del procedimento, mediante fissazione di una ulteriore udienza nel corso della quale dar seguito al tentativo di conciliazione (art. 9, comma 3);
- c) in qualsiasi fase della procedura (art. 9, comma 5);
- d) prima della trasmissione degli atti alla CIR (art. 9, comma 5).

Occorre innanzitutto chiarire che il termine conciliazione viene usato in modo generico intendendo nel contempo sia il processo di gestione stragiudiziale della controversia che il risultato di tale procedimento¹¹.

Assumiamo come riferimento la terminologia usata dal legislatore nel processo civile ed esattamente nel D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28 poi modificato dal D.L. 21 giugno 2013 n. 69 convertito dalla L. 9 agosto 2013 n. 98, con cui si è data attuazione alla delega a introdurre una disciplina generalizzata sulla mediazione finalizzata alla conciliazione in ambito civile e commerciale (ai sensi della Direttiva 2008/52/CE), sulla base della quale si definiscono:

- mediazione: si intende il procedimento di gestione stragiudiziale della controversia da parte di un terzo (mediatore art. 1 lett. a) mentre;

¹¹ Sia consentito fare riferimento a G. NAVA, *Le procedure di conciliazione e di gestione delle controversie tra gestori e tra operatori e consumatori/utenti*, in *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, a cura di F. Bruno, G. Nava, Giuffrè, Milano 2006, spec. p. 664 ss.

- conciliazione: si identifica l'esito di tale procedimento (art. 1 lett. c);
- mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo (art. 1 D.Lgs 28/2010).

Si pone perciò la necessità sistemica di verificare se sotto la definizione di conciliazione si collocano diverse attività che meritano una qualificazione e quindi una gestione differente. Esamineremo di seguito quale sia la natura degli atti che possono essere adottati in ciascuna delle fasi del procedimento sopra evidenziate e quali ne siano gli effetti.

3.1 *La transazione extraprocedimentale*

All'art. 9, comma 7, del Regolamento l'Autorità si limita a formalizzare i limiti procedurali delle negoziazioni che sono in corso tra le parti in pendenza della controversia fissando vincoli temporali e relativi effetti procedurali. Di norma, in caso di soluzione bonaria della controversia avvenuta fuori dal procedimento non ha luogo, come invece sembrerebbe auspicare Agcom, una verbalizzazione del contenuto dell'accordo, ma le parti si limitano a trascrivere dinanzi al responsabile del procedimento che è stata raggiunta un'intesa, che è cessata la materia del contendere e conseguentemente la parte istante si impegna a ritirare la sua domanda (art. 12, comma 2), provocando l'archiviazione del procedimento contenzioso. Questa mera presa d'atto da parte dei rappresentanti dell'Agcom di quanto accaduto in sede extraprocedimentale dipende dalla natura della composizione della controversia che avviene, di norma, attraverso la sottoscrizione di una transazione, come disciplinata dall'art. 1965 c.c., nella quale possiamo presumere che le parti negozino e transigano in merito ad una pluralità di elementi contrattuali ed economici anche estranei alla controversia. Questa attività (impropriamente) definita conciliazione segue nel proseguo un percorso estraneo ai poteri dell'Autorità poiché la transazione potrà costituire titolo esecutivo ed essere soggetta alla competenza del giudice civile relativamente alla sua interpretazione ed esecuzione¹².

¹² In questo senso cfr. la determina n. 6/DRS/15 recante l'archiviazione della controversia instaurata da Telecom Italia S.p.A. nei confronti di Wind Telecomunicazioni S.p.A.

3.2 *La conciliazione ex art. 9, comma 6: caratteristiche...*

Nel secondo caso «*il responsabile del procedimento, su richiesta anche di una sola parte, può proporre, d'intesa con il Direttore, una o più soluzioni alternative per la possibile composizione bonaria della controversia. Le proposte all'uopo formulate, ove non accolte, restano prive di effetto e non vincolano in alcun modo l'organo competente a definire la controversia*» (art. 9, comma 6). È evidente la similitudine di linguaggio tra l'art. 11 del D.Lgs. 28/2010¹³ e l'art. 9 del Regolamento, così come in materia di spese processuali tra l'art. 13 del D.Lgs. 28/2010¹⁴ e l'art. 11, comma 8 del Regolamento (tema

¹³ Per comodità di riferimento, riportiamo di seguito le parti rilevanti dell'art. 11 del D.Lgs. n. 28 /2010: «1. Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo. Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13. 2. La proposta di conciliazione è comunicata alle parti per iscritto. Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata. Salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento. 3. Se è raggiunto l'accordo amichevole di cui al comma 1 ovvero se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento. 4. Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta; il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Nello stesso verbale, il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione».

¹⁴ Per comodità di riferimento, riportiamo di seguito le parti rilevanti dell'art. 13 del D.Lgs. n. 28/2010: «1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative

esaminato al successivo paragrafo 3.3), ma occorre evidenziare che vi sono alcuni fondamentali differenze:

- A) la conciliazione disciplinata dall'art. 9, comma 6 non è una soluzione stragiudiziale, ma se viene, da un lato, proposta dall'Agcom e, dall'altro, verbalizzata in sede di udienza, nel caso del contenzioso *ex art.* 23 CCE è una soluzione adottata all'interno del procedimento contenzioso;
- B) Agcom non è un soggetto terzo, innanzitutto poiché ha un interesse diretto alla risoluzione della controversia in quanto deve perseguire le proprie finalità pubblicistiche secondo i principi e gli obiettivi degli artt. 3, 4 e 13 del CCE¹⁵. È ulteriore prova del perseguimento di propri obiettivi pubblicistici anche la possibilità che, qualora dall'istanza o nel corso del procedimento emergano fatti circostanziati che concretizzino delle violazioni della normativa di settore, il responsabile del procedimento e il Direttore debbano curare i relativi adempimenti per l'avvio del procedimento sanzionatorio e, qualora l'accertamento delle violazioni sia necessario per decidere la controversia, la Commissione possa disporre la sospensione, in tutto o in parte, del procedimento contenzioso fino alla conclusione del procedimento sanzionatorio¹⁶. È perciò evidente che l'obiettivo di perseguire le violazioni della normativa di settore rappresenta un obiettivo prioritario dell'Autorità¹⁷ e l'ipotesi di sospensione non è adottata nell'interesse delle parti del contenzioso, ma per esigenze di economia processuale dell'Autorità¹⁸.

allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente».

¹⁵ In questo senso si rinvia alla Sintesi della consultazione di cui alla delibera n. 256/14/CONS, par. 2.2 Ambito oggettivo di applicazione.

¹⁶ Si rinvia all'art.6, comma 3 del Regolamento.

¹⁷ Si rinvia a quanto indicato nella Sintesi della consultazione a p. 74 ss.

¹⁸ In merito al rapporto tra contenzioso e procedimento sanzionatorio dinanzi ad Agcom

3.3. ... ed affinità con altri strumenti 'conciliativi'

La conciliazione dell'art. 9, comma 6, del Regolamento, o più correttamente una sorta di mediazione dell'organo giudicante (*rectius* dei responsabili dell'istituzione che deve svolgere l'istruttoria e adottare la decisione), può essere più propriamente accostata ad alcune fattispecie presenti nell'ordinamento:

- A) il potere del giudice del lavoro di stimolare le parti a raggiungere una transazione sin dalla prima udienza di trattazione, prevista sin dal 1973 nell'art. 420 c.p.c., che disciplina l'udienza di discussione della causa e, con la modifica legislativa del 2010 e del 2013, ha assunto la natura di obbligo del giudice di indicare alle parti una soluzione transattiva o conciliativa¹⁹. Il fatto che sia, in realtà, una norma rimasta nella maggioranza dei casi sostanzialmente disapplicata non fa venire meno la similitudine: «*Nell'udienza fissata per la discussione della causa il giudice interroga liberamente le parti presenti, tenta la conciliazione della lite e formula alle parti una proposta transattiva o conciliativa. La mancata comparizione personale delle parti, o il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice, senza giustificato motivo, costituiscono comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio*»²⁰.
- B) In una prospettiva comparata, una diversa funzione è svolta dal *Central Arbitration Committee (CAC)*, organismo del Governo del Regno Uni-

cfr. G. NAVA, *Regolamentazione e contenzioso tra operatori nelle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino 2012, p. 105 ss.

¹⁹ Sulla mancata invalidità del processo in caso di omissione del tentativo di conciliazione della lite, cfr. *ex multis* Cass. N. 16141/2004. In dottrina S. MARETTI, *Il nuovo assetto della giustizia del lavoro*, in *Mass. G. Lavoro*, 2011, p. 94, A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il 'collegato' 2010*, in *Mass. G. Lavoro*, 2010, p. 215, in senso diverso, L. De Angelis, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in *D. rel. ind.*, 2011, p. 414.

²⁰ L'art. 420 c.p.c. prevede altresì che «*Il verbale di conciliazione ha efficacia di titolo esecutivo. Se la conciliazione non riesce e il giudice ritiene la causa matura per la decisione, o se sorgono questioni attinenti alla giurisdizione o alla competenza o ad altre pregiudiziali la cui decisione può definire il giudizio, il giudice invita le parti alla discussione e pronuncia sentenza anche non definitiva dando lettura del dispositivo*». Comma così modificato dall'art. 31, comma 4, L. 4 novembre 2010, n. 183 e, successivamente, dall'art. 77, comma 1, lett. b), D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98.

to la cui attività consiste in: « *We encourage fair and efficient arrangements in the workplace by resolving collective disputes in England, Scotland and Wales, either by voluntary agreement or, if necessary, through a legal decision*». Il CAC è un organo pubblico che interviene in giudizio in sede giuslavoristica esprimendo un parere sulla soluzione della controversia tra un lavoratore e un datore di lavoro.

- C) Il diverso potere dell’Autorità dei lavori pubblici, oggi Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC), di ‘preannunciare’ quale potrebbe essere la risoluzione della controversia prevista dal previgente art. 6, comma 7 lett. N) del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. «*n) su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione; si applica l’articolo 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005, n. 266*»²¹;
- D) per completare il panorama evidenziamo che anche nel processo civile, all’art. 91, comma 1, la L. 69/2009 ha introdotto la previsione che il giudice condanni alle spese maturate, dopo la formulazione della proposta transattiva, la parte, anche se vittoriosa, che abbia rifiutato senza giustificato motivo la proposta, qualora la stessa sia risultata equivalente oppure addirittura superiore dell’esito del giudizio. Lo scopo è

²¹ Cfr. inoltre il Reg. 27/05/2015 dell’Autorità nazionale anticorruzione, recante il Regolamento sull’esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui al previgente articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, pubblicato nella Gazz. Uff. 27 giugno 2015, n. 147. Si segnala peraltro che, a causa della scarsa efficacia deflattiva del contenzioso dei previgenti pareri di precontenzioso, il nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 18 aprile 2016 n.50) ha introdotto all’art. 211, comma 1, i pareri di precontenzioso dell’ANAC che assumono natura vincolante per le parti che abbiano preventivamente e volontariamente accettato di attenersi a quanto sia stato stabilito, con ciò non potendo estendere la loro efficacia ad altri soggetti interessati alla procedura di gara oggetto del parere che potrebbero invece instaurare contenziosi amministrativi in sede giurisdizionale. In virtù dei propri poteri regolatori, ANAC ha redatto un Regolamento (datato 5 ottobre 2016, pubblicato in G.U. il 19 ottobre 2016) con il quale ha disciplinato le modalità di presentazione, di trattazione, di istruttoria, approvazione e gli effetti dei pareri di precontenzioso di cui al citato art. 211 del Codice.

deflattivo poiché vuole attribuire i costi del processo che si è irragionevolmente protratto a chi ha rifiutato una proposta che poi sarebbe stata accolta nella sentenza di merito.

- E) infine anche nell'art. 396-*bis* c.p.c. relativo alla consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite si è visto attribuire al consulente che effettua una consulenza tecnica il potere di incidere sulla quantificazione nel successivo giudizio di merito²². Ad un attento esame questo richiamo ad un ruolo di indirizzo del consulente tecnico nella composizione bonaria della controversia non risulta comparabile con gli esempi sopracitati poiché se il consulente tecnico ha un dovere processuale di cercare la conciliazione, la sua azione non deve rispettare i principi pubblicistici che informano l'azione del giudice e delle Autorità indipendenti.

Come abbiamo potuto rilevare in questa necessariamente sommaria analisi di alcune previsioni relative ai tentativi di conciliazione, le modalità applicative previste nei diversi plessi normativi sono differenti, ma risulta prioritario l'obiettivo comune di favorire soluzioni conciliative in una prospettiva deflattiva. Come approfondiremo al paragrafo 7 relativo all'applicazione del tentativo obbligatorio di conciliazione ai contenziosi interoperatore, in merito alla «*identità degli interessi costituzionalmente rilevanti coinvolti in tutte le procedure rispetto alle quali è prescritto l'obbligatorio tentativo di conciliazione*» la Corte Costituzionale ha affermato nella sentenza n. 403 del 30 novembre 2007 che «*esse risultano, d'altra parte, anche coerenti con l'affermazione che non contrasta con il diritto d'azione di cui all'art. 24 della Costituzione la previsione di uno strumento quale il tentativo obbligatorio di conciliazione, in quanto essa è finalizzata ad assicurare*

²² L'art. 396-*bis* c.p.c. recita «*L'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'articolo 696, ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. Il giudice procede a norma del terzo comma del medesimo articolo 696. Il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti. Se le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della conciliazione. Il giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale, ai fini dell'espropriazione e dell'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Il processo verbale è esente dall'imposta di registro. Se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito*».

l'interesse generale al soddisfacimento più immediato delle situazioni sostanziali realizzato attraverso la composizione preventiva della lite rispetto a quello conseguito attraverso il processo (sentenza n. 276 del 2000)».

4. *Analisi dell'art. 9 del Regolamento relativo al tentativo di conciliazione*

L'esame dell'art. 9 del Regolamento è essenziale al fine di comprendere come Agcom abbia inteso qualificare e disciplinare i tentativi di conciliazione e le attività procedimentali che l'Autorità pone in essere in pendenza di tentativi di conciliazione e nel caso in cui la conciliazione abbia un esito positivo.

In realtà questo articolo accomuna in una unica dizione delle fattispecie che, da un punto di vista fattuale e giuridico, hanno natura diversa.

4.1 *Differenti tipologie di conciliazione*

4.1.1. Come anticipato al paragrafo 3.1, una prima fattispecie è disciplinata dal comma 7 che prevede la sospensione delle attività istruttorie per un periodo non superiore ad un mese, oppure in via straordinaria anche superiore ad un mese, per consentire alle parti di dar seguito ai tentativi di conciliazione. Questa fattispecie “fotografa” un bonario componimento della controversia che avviene al di fuori del procedimento, in una fase di sospensione dei termini e, di norma, qualora trovi un esito positivo, viene trasposto in un atto di transazione ai sensi dell'art. 1965 c.c. qualificabile come «*il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro. Con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti*»²³. Nella prassi la transazione prevede che l'eventuale

²³ In merito alla preesistenza della lite, dotata del requisito dell'incertezza, ossia avente ad oggetto una *res dubia*, si vedano Cass. 10 luglio 1985, n. 4106, in *Riv. Dir. civ.*, 1987, II, 37, Cass. Sez. II, 6 ottobre 1999, n. 11117, in *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, 1999, Cass. Civ. Sez. III, 6 maggio 2003, n. 6861, in *Rivista del Notariato*, 2003, pag. 343. Sul requisito dell'incertezza derivante da discordanti valutazioni relative alle situazioni in sede giudiziale dei rispettivi diritti ed obblighi, si veda Cass. Civ. Sez. I, 1 settembre

successiva verifica della sua efficacia ed esecuzione sia rimessa al giudice civile e che l'avvenuto bonario componimento raggiunto senza l'esercizio di alcun potere di Agcom provochi nel procedimento una archiviazione *ex art. 12, comma 2*, in virtù della rinuncia all'istanza avanzata dalla parte che aveva richiesto l'intervento dell'Autorità. Si può affermare che, in questo caso, l'instaurazione della controversia dinanzi all'Autorità abbia svolto il ruolo di 'catalizzatore' rispetto alla risoluzione bonaria della stessa che si svolge interamente al di fuori dei poteri e delle procedure dell'Autorità, quindi senza che l'Autorità possa svolgere alcuna funzione regolamentare. Perciò nella tripartizione delle attività identificate nel titolo di questo contributo, possiamo qualificare la conciliazione come una declinazione del potere negoziale delle parti.

4.1.2. Una seconda fattispecie si realizza quando le parti, a seguito di uno dei tentativi di conciliazione posti in essere dal responsabile del procedimento nelle diverse fasi del procedimento (*ut supra* paragr. 3), vengono indotte a trovare una conciliazione come autonomo esito dell'attività di gestione della controversia, di cui il responsabile del procedimento redige apposito "processo verbale della convenzione conclusa" che dovrà essere sottoscritta anche dalle parti che hanno raggiunto l'intesa.

4.1.3. Una terza fattispecie si verifica qualora il responsabile del procedimento, su richiesta di almeno una delle parti, proponga "una o più soluzioni alternative per la possibile composizione bonaria della controversia." In caso di esito negativo le proposte sono prive di effetto e non vincolano (e non si vede come potrebbero, vista la differenza in termini organizzativi e di attribuzione di poteri), la Commissione per le Infrastrutture e le reti,

1995, n. 9229, in *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, 1995. Per quanto riguarda le reciproche concessioni, che rappresentano un altro elemento essenziale del contratto in esame, al fine di non ricadere nel negozio di accertamento, fanno riferimento alle pretese avanzate nel corso della lite e non all'effettiva situazione sostanziale posta a base della lite. In questo senso Cass. Civ. Sez. III, 4 settembre 1990, n. 9114, in *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, 1990. Si veda anche la sentenza Cass. 1 aprile 2010, n. 7999. In dottrina questo istituto è stato molto approfondito. Tra i contributi più autorevoli si richiamano: F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Jovene, Napoli 1975 e M. FRANZONI, *La transazione*, CEDAM, Padova 2001.

organo collegiale competente a definire la controversia. In caso di un positivo accoglimento delle soluzioni conciliative proposte dal responsabile del procedimento si presume che lo stesso responsabile del procedimento rediga apposito «*processo verbale della convenzione conclusa*» che dovrà essere sottoscritta anche dalle parti che hanno raggiunto l'intesa. Si potrebbe, perciò, affermare che la 'conciliazione' raggiunta grazie all'accoglimento di una delle proposte avanzate dal responsabile del procedimento, d'intesa con il direttore (figura apicale dell'Autorità a livello amministrativo in materia di comunicazioni elettroniche), è una forma indiretta (sostanziale e non formale, come vedremo al successivo paragrafo 4.4) d'introduzione nell'ecosistema delle comunicazioni, tramite la volontà congiunta delle parti del procedimento, di un '*quid pluris* di regolamentazione' applicato al caso specifico. Si deve infatti presumere che la soluzione accolta dalle parti, in quanto proposto da un rappresentante dell'Autorità, sia coerente con i principi comunitari e con il quadro regolamentare vigente e ne rappresenti una appropriata declinazione rispetto alla fattispecie contenziosa in esame.

4.2 *Natura, esecutività, sindacabilità da parte di Agcom, accessibilità ed effetti regolamentari della conciliazione*

4.2.1 Esaminiamo nel seguito la seconda e la terza fattispecie, nelle quali, almeno teoricamente, la conciliazione dovrebbe sintetizzare efficacemente la funzione regolatrice dell'Autorità e il potere negoziale delle parti, per approfondire:

- (1) quale natura abbia il «*processo verbale della convenzione conclusa*»;
- (2) quali siano gli strumenti per dare esecuzione alla 'convenzione conclusa';
- (3) se l'Autorità possa intervenire e con quali limiti rispetto ad un accordo che ritenga sia contrario agli obblighi derivanti dal CCE o dai provvedimenti dell'Autorità;
- (4) se l'atto sia accessibile a terzi;
- (5) se l'Autorità possa utilizzare l'accordo sottoscritto dalle parti con finalità regolamentari e con quale modalità.

Occorre peraltro evidenziare come, nella prassi, la seconda e la terza fattispecie abbiano in concreto una rilevanza abbastanza marginale poiché, nella gran parte dei casi, la conciliazione sottoscritta dagli operatori configura una transazione estranea alla conoscenza e quindi all'esercizio dei poteri dell'Autorità. In particolare la seconda e la terza fattispecie si realizzano

compiutamente quando la stessa conciliazione prevede che, in caso di mancata esecuzione delle obbligazioni pattuite o di divergenza interpretativa, venga nuovamente attivato (o riattivato, come vedremo di seguito) il potere attribuito all'Autorità dall'art. 23 CCE. Potere che, in realtà, a meno che le parti non abbiano espressamente deciso di escludere la competenza dell'Agcom, rimane inalterato in ogni successiva fase, con l'esclusione del caso di proposizione dell'azione dinanzi all'Autorità giudiziaria²⁴.

4.2.2. In merito alla natura dell'atto redatto dal responsabile del procedimento e sottoscritto dalle parti in sede controversiale, sebbene l'accordo contenuto nel verbale (oppure allegato allo stesso) possa dare atto dell'esito di un'attività dell'Autorità in sede procedimentale (che ad esempio ha identificato i presupposti regolamentari della fattispecie, individuato i principi applicabili o indicato le possibili soluzioni coerenti con la regolamentazione vigente), in concreto la redazione del processo verbale ha una funzione ricognitiva, pressoché notarile della volontà delle parti e, ad avviso di chi scrive, non ha autonoma natura regolamentare in quanto non si configura come espressione di una specifica potestà dell'Amministrazione adottata mediante atti tipici (regolamenti, ordini etc.). Da questo ne consegue che non si possa ipotizzare che, in caso di mancata esecuzione dell'accordo sottoscritto dinanzi all'Autorità, una delle parti possa presentare un'istanza all'Autorità e chiedere che quest'ultima scrutini il comportamento dell'altra parte e, qualora rilevi un inadempimento, decida di avviare sulla base dell'accertamento del mancato adempimento della conciliazione uno specifico procedimento sanzionatorio *ex* Delibera 410/14/CONS s.m.i.²⁵ Un'ipotesi di questo genere configgerebbe con il principio

²⁴ In merito all'interazione tra competenza dell'Autorità, del giudice civile e di procedure alternative di risoluzione delle controversie, si rinvia alle osservazioni di G. PESCE, *Tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi e sanzionatori, e soluzioni non giurisdizionali per la definizione delle controversie tra imprese*, in *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di M. Clarich, G.F. Cartei, Giuffrè, Milano 2004, p. 439 ss. e DONATI, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, cit., p. 209 ss., le cui posizioni appaiono minoritarie. Cfr. inoltre A. LEONE, *La risoluzione delle controversie tra operatori*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, a cura di F. Bassan, Giuffrè, Milano 2010, p. 280.

²⁵ La delibera 410/14/CONS recante il Regolamento in materia di sanzioni amministrative e impegni disciplina l'attività preistruttoria e istruttoria finalizzata all'esercizio della potestà di Agcom di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie secondo i principi di cui

di legalità poiché tale potere non risulta sia stato conferito all'Autorità, né tantomeno oggetto di una specifica previsione in sede regolamentare. Inoltre la conciliazione dinanzi all'Autorità non appare qualificabile come un titolo avente efficacia esecutiva ai sensi dell'art. 474 c.p.c. poiché non risponde ai requisiti dell'art. 12 D.Lgs. 4 marzo 2010, come modificato dal D.L. 21 giugno 2013, n. 69.

Sulla base della regolamentazione vigente la parte che ha sottoscritto la conciliazione, ma ritiene che non sia rispettata dalla controparte, potrebbe attivare un nuovo contenzioso ai sensi dell'art. 23 CCE allo scopo di far accertare che il contratto sottoscritto, nella misura in cui costituisca l'attuazione di un obbligo derivante dal CCE oppure di un provvedimento dell'Autorità, non sia adeguatamente o tempestivamente adempiuto. A meno che il verbale di conciliazione non contenga una previsione che espressamente escluda la competenza dell'Autorità, definendo modalità alternative di risoluzione della controversia oppure la competenza esclusiva dell'Autorità giudiziaria. In tal caso l'Agcom perderebbe il potere di scrutinare l'adempimento della conciliazione sottoscritta nell'ambito del procedimento contenzioso. Diversamente si potrebbe ipotizzare, ma ugualmente sarebbe necessaria una espressa previsione regolamentare in tal senso, che in caso di mancata esecuzione di quanto sottoscritto nell'accordo conciliativo, sia invece previsto che si faccia rivivere il potere decisionale di Agcom *ex art. 23 CCE* mediante l'introduzione nel verbale di conciliazione di una clausola risolutiva. Si configurerebbe, perciò, una sospensione del procedimento contenzioso, in attesa di verificare il corretto adempimento delle obbligazioni sorte dalla sottoscrizione dell'accordo conciliativo. In questo modo l'Autorità non attuerebbe un monitoraggio d'ufficio dell'esecuzione della conciliazione, analogamente a quanto previsto in occasione della presentazione degli impegni ai sensi della Delibera 410/14/CONS s.m.i., ma potrebbe esercitare nuovamente il potere di dirimere le controversie su istanza della parte che faccia valere la clausola risolutiva prevista nel verbale della conciliazione. Non si può escludere che la complessa architettura

alla legge 24 novembre 1981, n. 689, in materia di sanzioni amministrative. Il testo del Regolamento ha sostituito il previgente Regolamento di cui alla delibera 136/06/CONS ed è stato successivamente modificato dall'allegato A della delibera n. 529/14/CONS e dall'allegato A alla delibera n. 581/15/CONS. Le modifiche apportate dalla delibera n. 581/15/CONS sono entrate in vigore in data 1 gennaio 2016.

regolamentare ipotizzata possa dare luogo a comportamenti opportunistici da parte di operatori che non ritengano più funzionale un accordo conciliativo sottoscritto nel passato, perciò una modifica regolamentare in tal senso andrebbe attentamente valutata e disciplinata.

4.2.3 Approfondiamo di seguito se un accordo conciliativo discusso e verbalizzato davanti ad Agcom possa essere ritenuto dall'Autorità contrario agli obblighi derivanti dal CCE o dai provvedimenti dell'Autorità e quindi se possa intervenire e con quali limiti rispetto ad un accordo che formalizzi la volontà delle parti del procedimento contenzioso.

Innanzitutto occorre evidenziare che, in termini logici, tale ipotesi appare plausibile soltanto rispetto alla fattispecie due, ossia quando le parti, a seguito di uno dei tentativi di conciliazione posti in essere dal responsabile del procedimento nelle diverse fasi del procedimento (*ut supra* paragrafo 3), vengono indotte a trovare una conciliazione come autonomo esito dell'attività di gestione della controversia, di cui il responsabile del procedimento redige soltanto apposito «*processo verbale della convenzione conclusa*». Infatti dobbiamo assumere che, come invece accade nella fattispecie tre, qualora il responsabile del procedimento proponga una o più soluzioni conciliative, tutte le ipotesi proposte siano pienamente compatibili con gli obblighi derivanti dal CCE o dai provvedimenti dell'Autorità.

Per poter valutare se e con quali limiti l'Autorità possa travalicare il dogma dell'insindacabilità dell'autonomia contrattuale²⁶ cristallizzato nel verbale di conciliazione sottoscritto dalle parti, occorre esaminare se e con quali limiti la normativa comunitaria abbia posto in capo alle ANR dei poteri/doveri di perseguire degli obiettivi pubblicistici a tutela del mercato e dei diritti degli utenti.

Preliminarmente dobbiamo anche sottolineare che la sottoscrizione di un verbale di conciliazione redatto dal responsabile del procedimento rap-

²⁶ Sul tema della prevalenza della volontà delle parti in sede contrattuale rispetto all'esercizio dei poteri delle Autorità indipendenti, si rinvia agli scritti di M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 271 ss. (ora in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, il Mulino, Bologna 2006) e di V. MINERVINI, *Pubblico e privato nei contratti di interconnessione tra reti (con particolare riferimento al settore delle comunicazioni)*. *Prime riflessioni*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2007, p. 325.

presenta comunque un atto posto in essere all'interno del procedimento contenzioso e perciò come ogni eventuale intervento dell'Autorità avvenga nell'ambito del legittimo esercizio dei poteri disciplinati dall'art. 23 CCE e dal Regolamento.

L'analisi dei poteri dell'Autorità ci richiede di richiamare i poteri attribuiti all'Agcom dalla legislazione europea:

- (a) l'art. 7 della Direttiva Quadro, intitolato "Consolidamento del mercato interno per le comunicazioni elettroniche", dispone che *«Le [ANR], nell'esercizio delle funzioni indicate nella presente direttiva e nelle direttive particolari, tengono nella massima considerazione gli obiettivi di cui all'articolo 8, nella misura in cui concernono il funzionamento del mercato interno»*
- (b) l'art. 8 Direttiva Quadro, come integrata dalla Direttiva 2009/140/CE²⁷, prevede che *«1. Gli Stati membri provvedono affinché, nello svolgere le funzioni di regolamentazione indicate nella presente direttiva e nelle direttive particolari, le autorità nazionali di regolamentazione adottino tutte le ragionevoli misure intese a conseguire gli obiettivi di cui ai paragrafi 2, 3 e 4. Le misure sono proporzionate a tali obiettivi»*. L'art. 8 identifica tra gli obiettivi che: *«2. Le autorità nazionali di regolamentazione promuovono la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica, dei servizi di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati, tra l'altro: a) assicurando che gli utenti, compresi gli utenti disabili, gli utenti anziani e quelli che hanno esigenze sociali particolari ne traggano i massimi vantaggi in termini di scelta, prezzi e qualità; b) garantendo che non vi siano distorsioni e restrizioni della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche, anche per la trasmissione di contenuti;»* Ed inoltre *«5. Nel perseguire le finalità programmatiche di cui ai paragrafi 2, 3 e 4 le autorità nazionali di regolamentazione applicano principi regolamentari obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati, tra l'altro: [...] b) garantendo che, in circostanze analoghe, non*

²⁷ Direttiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica.

- vi siano discriminazioni nel trattamento delle imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica; c) salvaguardando la concorrenza a vantaggio dei consumatori e promuovendo se del caso la concorrenza basata sulle infrastrutture»;*
- (c) approfondendo la previsione del potere di dirimere le controversie attribuito alle NRA dalla Direttiva Quadro, già il considerando 32 della Direttiva Quadro prevede che *«L'intervento di un'autorità nazionale di regolamentazione nella composizione di una controversia fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica in uno Stato membro deve mirare a garantire l'ottemperanza agli obblighi derivanti dalla presente direttiva o dalle direttive particolari»²⁸.*
- (d) l'art 20 della Direttiva Quadro, intitolato «Risoluzione delle controversie tra imprese», prevede che: *«1. Qualora fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica in uno Stato membro sorga una controversia in merito agli obblighi derivanti dalla presente direttiva o dalle direttive particolari, l[ANR], a richiesta di una delle parti e fatte salve le disposizioni del paragrafo 2, emette quanto prima, e comunque entro un termine di quattro mesi salvo casi eccezionali, una decisione vincolante che risolva la controversia. [...]3. Nella risoluzione delle controversie l[ANR] adotta decisioni al fine di perseguire gli obiettivi di cui all'articolo 8. Gli obblighi che possono essere imposti ad un'impresa dall[ANR] nel quadro*

²⁸ Per 'Direttiva Quadro' si intende la Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica. Per 'direttive particolari' si intendono: la direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni) (GU L 108, pag. 21), la direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso) (GU L 108, pag. 7), la direttiva servizio universale, come integrate dalla sopracitata Direttiva 140/2009/CE e dalla Direttiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori.

della risoluzione di una controversia sono conformi alle disposizioni della presente direttiva o delle direttive particolari».

- (e) con specifico riferimento alle tematiche dell'interconnessione e dell'accesso, come ampliate dalla Direttiva 140/2009/CE, l'articolo 5 della direttiva 'accesso', intitolato «Poteri e competenze delle [ANR] in materia di accesso e di interconnessione», dispone: «1. *Nel perseguire gli obiettivi stabiliti dall'articolo 8 della Direttiva Quadro le [ANR] incoraggiano e se del caso garantiscono, in conformità delle disposizioni della presente direttiva, un adeguato accesso, e un'adeguata interconnessione e l'interoperabilità dei servizi, esercitando le rispettive competenze in modo tale da promuovere l'efficienza economica e una concorrenza sostenibile, e recare il massimo vantaggio agli utenti finali.[...]* 4. *Per quanto concerne l'accesso e l'interconnessione, gli Stati membri provvedono affinché l'[ANR] sia autorizzata ad intervenire di propria iniziativa ove giustificato o, in mancanza di accordo tra le imprese, su richiesta di una delle parti interessate, per garantire il conseguimento degli obiettivi politici previsti all'articolo 8 della Direttiva Quadro, ai sensi delle disposizioni della presente direttiva e delle procedure di cui agli articoli 6, 7, 20 e 21 della Direttiva Quadro».*

L'analisi degli obiettivi e dei poteri dell'Agcom derivanti dalla normativa comunitaria, puntualmente recepita dal CCE²⁹, ci consente di ritenere che l'Autorità non possa legittimamente avallare delle scelte aventi rilevanza regolamentare non coerenti con gli obiettivi del citato art. 8 della Direttiva Quadro e formalizzate dalle parti nel verbale di conciliazione, poiché consentirebbe l'utilizzo di un procedimento tipizzato quale la risoluzione delle controversie, qualificato dalla legislazione comunitaria come uno strumento per perseguire un compiuto adempimento della regolamentazione, per raggiungere invece obiettivi divergenti da quelli degli artt. 3, 4 e 13 CCE. E gli strumenti che Agcom potrebbe adottare, oltre alla *moral suasion*, sarebbero gli stessi già disciplinati nel Regolamento, ossia la possibilità prevista dall'art. 6, comma 3 in virtù della quale, qualora nel corso del procedimento emergano fatti circostanziati che concretizzino delle violazioni della normativa di settore, il responsabile del procedimento e il Direttore debbono curare i relativi adempimenti per l'avvio del procedi-

²⁹ Cfr. gli artt. 3, 4, 11, 12, 13 CCE.

mento sanzionatorio. Un'ipotesi analoga si potrebbe verificare anche qualora l'Autorità venisse coinvolta da un operatore in un contenzioso basato sull'interpretazione o l'esecuzione di un accordo transattivo sottoscritto dalle parti a seguito di un precedente contenzioso, ma del quale l'Autorità non avesse avuto conoscenza in quanto frutto di un bonario componimento raggiunto dalle parti al di fuori delle procedure di conciliazione previste dal Regolamento (e sull'assunto che le parti non abbiano identificato la competenza esclusiva del Giudice o strumenti alternativi per dirimere eventuali controversie sull'applicazione della transazione).

4.2.4 La lettera della norma prevedrebbe un'ulteriore ipotesi, ossia che l'Autorità possa, ai sensi dell'art. 42 CCE, intervenire d'ufficio per garantire «*un adeguato accesso, e un'adeguata interconnessione e l'interoperabilità dei servizi*» coerente con gli obiettivi regolamentari pur in presenza di una conciliazione formalizzata tra gli operatori e senza che sia invocato il suo coinvolgimento dalle parti interessate. Le condizioni alle quali astrattamente tale intervento dell'Autorità sarebbe legittimo possono essere identificate come segue: innanzitutto sarebbe necessaria la pendenza di una delle procedure previste dall'art. 42, comma 5 CCE, (ossia nel caso di specie un contenzioso *ex art.* 23 CCE), inoltre l'intervento dovrebbe essere qualificato come "giustificato", ossia la decisione regolamentare adottata dovrebbe essere obiettiva, trasparente, ragionevole, proporzionata e non discriminatoria rispetto all'obiettivo perseguito secondo i principi degli articoli 13 e 42, comma 4 CCE³⁰; infine l'intervento dovrebbe essere fi-

³⁰ In altri termini il contenuto sostanziale e la forma procedurale adottata deve essere coerente con la finalità perseguita negli obiettivi comunitari, che sono incarnati nel Codice delle comunicazioni elettroniche. Perciò per perseguire l'obiettivo si devono utilizzare le forme che, a parità di efficacia, hanno effetti meno vincolanti per i cittadini e le imprese degli Stati membri. In modo ancora più compiuto si esprime la Corte di Giustizia, secondo la quale: «*In forza del principio di proporzionalità, sancito dall'art. 5, terzo comma, CE, la legittimità di una normativa comunitaria è subordinata alla condizione che i mezzi che essa impiega siano idonei a realizzare l'obiettivo da essa legittimamente perseguito e non vadano al di là di ciò che è necessario per raggiungerlo, fermo restando che, qualora si presenti una scelta tra più misure appropriate, è necessario ricorrere, in linea di principio, alla meno restrittiva. [...] Il principio di proporzionalità, che fa parte dei principi generali del diritto comunitario, richiede che gli atti delle istituzioni comunitarie non superino i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui*

nalizzato non a proteggere gli interessi delle parti, che nel sottoscrivere la conciliazione dovrebbero aver compiutamente valutato i propri legittimi interessi, ma a garantire gli obiettivi definiti agli articoli 3, 4 e 13 CCE, tra i quali, *in primis*, gli interessi dei consumatori in termini di scelta, prezzi e qualità, il perseguimento del principio di neutralità tecnologica, la promozione di investimenti efficienti, la salvaguardia della concorrenza e il rispetto del principio di non discriminazione. Un esempio potrebbe essere un bonario componimento tra operatori che, in sede contenziosa, abbiano raggiunto la conciliazione sul prezzo di accesso alla rete, ma lo stesso accordo presenti elementi che danneggino gli interessi dei consumatori finali, per esempio nell'applicazione dei principi di neutralità delle reti o

trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti. Di conseguenza, in sede di adozione di una normativa il legislatore comunitario deve tenere pienamente conto, oltre che dell'obiettivo principale, degli interessi in gioco». In senso conforme le sentenze 13 novembre 1990, causa C-331/88, *Fedesa e a.*, Racc. pag. I4023, punto 13; 5 ottobre 1994, cause riunite C133/93, C300/93 e C362/93, *Crispoltoni et al.*, Racc. pag. I4863, punto 41; 5 maggio 1998, causa C157/96, *National Farmers' Union e a.*, Racc. pag. I2211, punto 60, e 12 luglio 2001, causa C189/01, *Jippes et al.*, Racc. pag. I5689, punto 81. Un altro importante principio richiamato dalla giurisprudenza comunitaria (e dal citato art. 13 CCE) è la ragionevolezza dell'intervento da parte dell'Autorità pubblica. I due principi paiono assumere due significati tra loro complementari: la ragionevolezza chiama la pubblica amministrazione a valutare la rilevanza degli interessi pubblici che si intendono tutelare, mentre la proporzionalità rappresenta il parametro per valutare come debba essere utilizzato il potere. Anche il giudice amministrativo, in un mercato diverso, ha evocato il principio di proporzionalità nella prospettiva sopra richiamata: «*Il principio di proporzionalità tra effetti concreti della concentrazione e misure imposte è espressamente richiamato dal regolamento 4064/89 CE ed affermato dalla Corte di Giustizia e richiede che i provvedimenti che incidano sulle situazioni soggettive degli interessati siano proporzionati ed adeguati alla situazione cui intendono porre rimedio, in modo da non imporre misure eccedenti e che, tra le varie possibili alternative, sia sempre imposta la misura meno restrittiva e meno invasiva). L'affermazione del principio di proporzionalità, pertanto, richiede non soltanto la dimostrazione dell'idoneità della misura a raggiungere lo scopo perseguito, ma anche la dimostrazione della sua adeguatezza, nel duplice senso della corrispondenza alla situazione presa in considerazione e della non eccedenza rispetto ad essa, in modo che la stessa risulti corrispondente a quanto è strettamente necessario per raggiungere lo scopo» Tar Lazio sez. I, n. 1748 del 2007 e sul punto cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2002 n. 5156.*

nella discriminazione nell'accesso ai servizi. Ovviamente l'intervento non avrebbe natura generale e non potrebbe essere applicato automaticamente e in modo estensivo come strumento di regolazione generale a fattispecie diverse da quelle oggetto dello specifico contenzioso, pur tuttavia sarebbe una modalità di perseguimento degli obiettivi pubblicistici attraverso la "regolazione del caso specifico" che avrebbe effetti indiretti, ossia di indirizzo non cogente, sull'intero mercato. In questo caso, riprendendo la tripartizione degli istituti richiamata nel titolo di questo contributo, la soluzione conciliativa frutto della negoziazione sarebbe recessiva rispetto all'applicazione degli obblighi della regolazione.

4.2.5. Inoltre, nell'ipotesi in cui l'accordo tra le parti sia stato verbalizzato dall'Autorità, occorre anche valutare se questo verbale possa essere reso accessibile a terzi che potrebbero richiedere di conoscerne il contenuto per diverse finalità, che possono ricadere tra esigenze di legittima necessità, in una prospettiva di economia processuale, finalizzata a conoscere quali siano le condizioni ritenute "condivisibili" dall'Autorità rispetto ad una incerta implementazione contrattuale di una previsione regolamentare non chiara, così come tra le finalità opportunistiche, quali la possibilità di conoscere preventivamente quale sia il limite della disponibilità negoziale di un operatore nella prospettiva di avviare un contenzioso analogo a quello oggetto di conciliazione.

Sul tema si è recentemente espresso il TAR Lazio (12703/2015) che, con una sentenza che probabilmente avrebbe meritato più approfondite motivazioni, ha affermato che «*i documenti depositati nell'ambito di un procedimento ex art. 23 CC sono accessibili soltanto dalle parti, con la conseguenza che è illegittima l'ostensione degli stessi a soggetti terzi estranei alla controversia*».

4.2.6. Infine, occorre valutare se l'Autorità possa utilizzare l'accordo sottoscritto dalle parti con finalità regolamentari e in quale modalità.

Sul presupposto sopra descritto che quanto verbalizzato costituisca un semplice atto ricognitivo della volontà delle parti e non un atto regolamentare dell'Autorità, nonché che l'oggetto dell'accordo non sia accessibile a terzi diversi dalle parti, se non nei termini coerenti con la natura del procedimento e con la riservatezza delle tematiche trattate, ne consegue che non appare compatibile con la diversa tipologia formale e sostanziale dei

procedimenti previsti da CCE e con il principio di legalità che l'Autorità utilizzi il contenuto del verbale a fini regolamentari, ossia tragga degli indirizzi regolamentari di natura sostanziale validi *erga omnes* dall'attività conciliativa, sebbene sia stata svolta e sottoscritta dinanzi al responsabile del procedimento.

Tutt'al più si potrebbe valutare se l'Autorità abbia il potere anche in caso di conciliazione (in analogia a quanto previsto dall'art. 3, comma 5 del Regolamento, in caso di remissione della medesima controversia alla cognizione dell'Autorità giudiziaria che produce l'improcedibilità dell'istanza) di «*pronunciarsi sulle relative questioni con un atto interpretativo generale, quando le stesse siano di particolare importanza e la loro definizione contribuisca al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 del Codice*». Innanzitutto appare invero piuttosto teorico che l'Autorità, in presenza di un verbale sottoscritto dalle parti, possa adottare un atto interpretativo generale che rispetti la riservatezza dei contenuti specifici dell'accordo patrizio, a meno che un atto interpretativo di natura generale non si focalizzi su aspetti procedurali. In ogni caso anche una tale ipotesi necessiterebbe un'espressa previsione procedimentale in tal senso nel Regolamento. Inoltre occorre preliminarmente osservare che, sia nella fattispecie di 'atto interpretativo generale' prevista all'art. 3, comma 5 del Regolamento, che nell'ipotesi appena prospettata, non appare plausibile che un procedimento il quale, in termini formali e sostanziali sia finalizzato a esercitare un potere c.d. paragiurisdizionale³¹ risolvendo una controversia tra operatori che hanno richiesto un intervento dell'Autorità per tutelare i propri interessi, possa trasformarsi in un atto amministrativo avente natura generale e quindi vincolante per l'insieme degli attori del mercato. Le Autorità amministrative fondano la loro indipendenza rispetto al circuito politico-rappresentativo anche sul rigoroso rispetto dei vincoli procedurali³², quindi l'adozione

³¹ Sul tema si rinvia alle note sentenze del Consiglio di Stato Sez. VI, 21 settembre 2007, n. 4888 e Cassazione Civ. Sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341.

³² In merito si rinvia a G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia* (*Atti del Convegno di Sorrento 30.5.1997*), CEDAM, Padova 1996, nonché in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, 645; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti, un romanzo "quasi" giallo*, il Mulino, Bologna 2000, p. 27; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, il Mulino, Bologna 2005; F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, il Mulino, Bologna 2007; CAMILLI, CLARICH, *Poteri quasi giudiziari delle autorità*

di un atto avente valenza generale, anche di natura procedimentale, che persegua gli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 CCE, non potrà che essere l'esito dell'esercizio dello specifico potere che viene controbilanciato dalle garanzie procedimentali degli articoli 11, 12, 12-*bis*, nonché (ove occorra) 18 e 19 CCE. In altri termini, la comunanza degli obiettivi regolamentari sottesi ai diversi poteri attribuiti all'Autorità non può consentire di ritenere irrilevanti le differenti garanzie sostanziali e procedimentali previste per ciascuno dei diversi procedimenti adottati. Una diversa valutazione sarebbe possibile qualora l'atto interpretativo di natura generale venisse derubricato ad atto meramente dichiarativo ed interpretativo del Regolamento, senza alcun contenuto provvedimentale. Infatti, qualora l'Autorità volesse adottare a seguito di una conciliazione un atto interpretativo di natura generale su tematiche oggetto del procedimento concluso con un bonario componimento, sarebbe teoricamente ammissibile se avesse dichiaratamente natura di atto di indirizzo o la qualificazione di semplici linee guida e non assumesse alcun contenuto provvedimentale, ponendosi quale atto meramente dichiarativo ed interpretativo del Regolamento (se ha natura processuale), o delle norme del CCE e delle delibere regolamentari dell'Autorità (se ha natura sostanziale). In tal caso la natura dell'atto comporterebbe, secondo una consolidata giurisprudenza, che un'impugnazione dinanzi al TAR Lazio, competente in via esclusiva ed inderogabile *ex art. 1, comma 26 della L. 249/97* sarebbe inammissibile in quanto da ritenere «*privo di contenuto provvedimentale, ovvero di autoritarietà, tale da renderli idonei ad incidere – 'secundum', ma anche 'contra legem' – su una situazione soggettiva protetta*»³³. Se la natura interpretativa e perciò priva di contenuto provvedimentale qualifica come inammissibile un eventuale ricorso, ovviamente, «*contro il contenuto intellettuale dell'avviso espresso dall'Autorità è data tutela attraverso l'impugnazione dei provvedimenti che lo abbiano recepito o che comunque ad esso si siano ispirati*»³⁴.

Perciò soltanto al sorgere di atti provvedimentali lesivi di un interesse attuale e concreto di un operatore autorizzato *ex art. 25 CCE* o di un sog-

indipendenti, in *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, a cura di D'Alberti, Pajno, cit., p. 107.

³³ TAR Lazio Roma, Sez. II Bis, 23 ottobre 2003, n. 8994. In senso conforme anche TAR Lazio n. 4896/2015.

³⁴ TAR Lazio Roma n. 10278/2009.

getto tenuto alla fornitura di accesso a infrastrutture di posa di reti in fibra ottica oppure di un gestore di infrastruttura fisica, ai sensi delle delibere n. 226/15/CONS, n. 622/11/CONS e del D.Lgs. 15 febbraio 2016, n. 33 s.m.i., saranno ammissibili ricorsi alla giustizia amministrativa.

Nonostante eventuali linee guida di questa tipologia abbiano natura meramente dichiarativa ed interpretativa e perciò non cogente ed autoritativa, dobbiamo auspicare che, diversamente da quanto espresso nel precedente contributo di M. Lamandini (§ 3), non trovino concreta attuazione nella prassi dell'Autorità poiché l'adozione di atti di indirizzo che possano essere sottoposti al vaglio del giudice amministrativo soltanto a valle di ulteriori provvedimenti che ne abbiano recepito la linea interpretativa rischia di aumentare *medio tempore* l'incertezza nel mercato, posticipando la definizione di modalità applicative 'sicure' soltanto al successivo scrutinio giurisdizionale.

La tempestiva adozione di atti interpretativi mediante gli strumenti tipizzati (nel caso di aspetti sostanziali le delibere regolamentari, per gli aspetti procedurali i regolamenti che ridefiniscono o chiariscono le regole applicabili) appare di gran lunga preferibile nella ulteriore prospettiva di sottolineare il ruolo ed i compiti dell'Autorità nei mercati di riferimento, nonostante le tempistiche e le modalità di consultazione previste dal CCE possano risultare onerose.

Alcuni primi esempi di atti interpretativi generali adottati dall'Autorità rafforzano le perplessità espresse in merito sia alla coerenza di tali provvedimenti con l'architettura regolamentare ed amministrativa, che alla loro concreta efficacia nell'indirizzare gli attori del mercato.

Agcom ha adottato le delibere n. 85/16/CIR e n. 121/16/CIR, relative rispettivamente a un atto interpretativo generale in materia di disciplina dei contributi *wholesale adsl naked* e a un atto interpretativo generale relativo alle procedure per il trasferimento delle utenze di rete fissa ai sensi dell'art. 3, comma 5 della delibera n. 226/15/CONS.

Con la delibera 85/16/CIR l'Autorità si è limitata a generalizzare l'esito di una precedente decisione contenziosa (Delibera 584/13/CONS Siportal/Telecom Italia) illustrando le medesime conclusioni raggiunte in merito alla differenziazione degli obblighi di Telecom Italia sotto il profilo temporale. Al di là della maggiore visibilità dei principi regolamentari già definiti nella citata controversia, l'atto interpretativo non arreca alcuna ulteriore informazione ai fini di garantire le corrette dinamiche di mercato

poiché i contenuti della delibera 584/13/CONS già era nota a tutti gli attori del mercato che potevano riconoscersi in una fattispecie analoga, mentre non rappresenta un disincentivo ad avviare un nuovo contenzioso per gli operatori che ritengono che gli elementi fattuali o i presupposti regolamentari siano differenti.

L'atto interpretativo di cui alla delibera 121/16/CIR appare, ad avviso di scrive, un provvedimento pleonastico in quanto si limita a ripercorrere analiticamente la regolamentazione di dettaglio e le relative motivazioni già adottate con le delibere 274/07/CONS, 23/09/CIR, 41/09/CIR, 52/09/CIR, integrate con le circolari dell'Autorità e l'Accordo Quadro sottoscritto dagli operatori in data 14 giugno 2008. Inoltre il contenzioso pendente tra due operatori di rete fissa era stato archiviato a causa della sottoposizione alla magistratura ordinaria, da parte di uno degli operatori coinvolti, di un'importante questione preliminare relativa alla coerenza tra la disciplina regolamentare, che si è stratificata a partire dalla delibera 274/07/CONS, e la sopravveniente norma dell'art. 51 Codice del Consumo in materia di teleselling introdotta del D. Lgs. 21/2014 e che ricade nella competenza dell'AGCM. Perciò un atto interpretativo che si limiti a una analitica ricostruzione della regolamentazione vigente applicabile alla fattispecie contenziosa non aggiunge un *quid pluris* al quadro concorrenziale, mentre se apportasse chiarimenti attuativi alle delibere dell'Autorità dovrebbe avere quantomeno la natura di una circolare applicativa (ove prevista nelle delibere regolamentari) per non ricadere nei vizi di violazione delle norme procedurali necessarie per l'adozione di un atto provvedimento avente natura generale e vincolante. Qualora si ritenesse che la regolamentazione necessiti di una integrazione, sebbene di dettaglio, il procedimento di cui agli artt. 11, 12 e 12 bis CCE appare necessario, mentre se la fattispecie oggetto del contenzioso risultasse chiara e completa, l'azione amministrativa tipizzata prevista dal CCE si limiterebbe a prevedere l'avvio di un procedimento sanzionatorio atto a valutare e, se del caso, a irrogare sanzioni per violazione del quadro regolamentare vigente.

5. *Effetti della mancata conciliazione*

Torniamo ad esaminare gli effetti della mancata conciliazione, ed in particolare quanto previsto dall'art. 11, comma 8, del Regolamento se-

condo cui: *«qualora un provvedimento decisivo corrisponda interamente al contenuto della proposta conciliativa formulata dal responsabile del procedimento l'Autorità può imporre, in tutto o in parte all'impresa che ha rifiutato la proposta senza un giustificato motivo, il pagamento delle spese documentate per l'esperimento della procedura»*.

Come già esaminato, una previsione analoga è riscontrabile all'art. 91 c.p.c.³⁵ e all'art. 13 del D.Lgs. 28/2010³⁶.

Si evidenziano però le sostanziali differenze: in questo caso sebbene il responsabile del procedimento che ha formulato la proposta conciliativa non sia, come evidente, il titolare del potere decisionale che appartiene alla Commissione per le Infrastrutture e le Reti, è comunque l'autore del 'resoconto istruttorio' e di 'una propria relazione sull'oggetto della controversia' che, ai sensi dell'art. 10, comma 7, del Regolamento, vengono inviati alla CIR ai fini di istruire la decisione.

Inoltre anche il Direttore della direzione reti e servizi di comunicazione elettronica è, d'intesa con il responsabile del procedimento, il co-autore della proposta conciliativa ed è responsabile della trasmissione della documentazione alla CIR al termine dell'attività istruttoria (art. 10, comma 7 del Regolamento). Anche in questa fattispecie la piena separatezza tra le funzioni istruttorie e decisorie andrebbe rafforzata, anche in termini di trasparenza ed accessibilità dei documenti, al fine di evitare che la presentazione di una o più soluzioni per la possibile composizione bonaria della controversia da parte del responsabile del procedimento possa essere interpretata come una 'pre-definizione' della controversia, in qualche modo di fatto anticipatrice della decisione dell'organo collegiale competente.

Esaminando gli ulteriori elementi connessi alla mancata conciliazione, approfondiamo la formulazione dettata dal Regolamento in merito agli oneri economici che possono essere imposti all'impresa che ha partecipato al contenzioso in caso di mancata conciliazione, a cui faccia seguito

³⁵ Per comodità di riferimento si rinvia alle parti rilevanti dell'art. 91 c.p.c.: *«Il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa. Se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 92»*.

³⁶ Cfr. la precedente nota n. 14.

un provvedimento che corrisponda «*interamente al contenuto della proposta conciliativa formulata dal responsabile del procedimento*». Questa previsione lascia spazio a numerose problematiche applicative. Innanzitutto le condizioni 'oggettive' che consentono all'Autorità di applicare degli oneri economici appaiono di non semplice identificazione: (1) occorre che il provvedimento adottato dalla CIR corrisponda interamente al contenuto della proposta conciliativa; (2) il rifiuto della proposta conciliativa deve essere valutato come privo di un 'giustificato motivo'. Anche il riferimento previsto nel Regolamento alle «*spese documentate per l'esperimento della procedura*» lascia spazio ad ampi margini di discrezionalità poiché potrebbe includere non solo i costi dell'Autorità, ma anche le spese aziendali dell'operatore in termini di risorse umane impiegate nel gestire la procedura, così come le spese dei consulenti e delle perizie. La possibilità di documentare queste spese, normalmente incluse anche nei giudizi risarcitori in sede civile, appare complessa e discrezionale³⁷ e la loro natura non è maggiormente definita come invece «*le spese anticipate dalla controparte per il compimento di atti istruttori disposti dal responsabile del procedimento nel corso della procedura*» dell'art. 11, comma 7 del Regolamento. Infatti possono sorgere differenti interpretazioni su come le spese vengono calcolate e valutate, se possano essere oggetto di contestazione ad opera della parte onerata (e con quali modalità) e se la loro liquidazione sia inclusa nell'ordine ex art. 98 CCE. Per tacere del fatto che tale previsione dovrebbe essere interpretata facendo riferimento alle sole spese aggiuntive documentate, quale una consulenza esterna, altrimenti l'operatore sarebbe costretto a pagare nuovamente i costi operativi dell'Autorità per le sue attività istituzionali, già oggetto di contribuzione ai sensi dell'art. 12 della Direttiva 2002/20/CE, implementato dall'art. 34 CCE, degli art. 1, commi 65 e 66 L. 266/2005, art. 2, comma 241 L. 191/2009, come modificati dall'art 5 L. 115/2015³⁸. Questa previsione, ripresa dalla disciplina dell'art. 91 c.p.c.

³⁷ Risulta infatti difficile documentare e poi verificare da parte di Agcom quali siano state le effettive spese connesse al numero di giorni/uomo occupati dai dipendenti di un operatore per raccogliere documentazione, predisporre memorie e fascicoli, presenziare alle riunioni preparatorie interne etc.

³⁸ Sul tema cfr. la sentenza della Corte di Giustizia 18 luglio 2013 nelle cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12° C-256/12 e alle sentenze del Consiglio di Stato sez. III, n. 600, 810, 1224, 1273 e 1274/2015.

che ha sollevato molte perplessità in dottrina³⁹, ad avviso di chi scrive, appare problematica sia in termini sistematici che applicativi. Innanzitutto non si comprende per quale motivo un operatore che, ad esempio, sia stato convocato in un contenzioso, non abbia avuto «una condotta sleale e/o scorretta tale da determinare un pregiudizio all'attività amministrativa»⁴⁰, e il suo comportamento non sia stato valutato quale violazione della normativa di settore ai sensi della Delibera 410/14/CONS e dell'art. 6, comma 3 del Regolamento, qualora eserciti la sua legittima scelta di attendere una decisione vincolante dell'organo collegiale (che possa poi essere sottoposta al vaglio giurisdizionale, anziché accogliere una proposta di conciliazione del responsabile del procedimento), possa essere 'punito' con l'imposizione di un onere economico come se l'adozione del provvedimento da parte della CIR non sia, in ultima istanza, come operatore del mercato, un atto che legittimamente si possa esigere a fronte della tipicità dei provvedimenti con i quali vengono realizzati i compiti e le funzioni dell'Autorità. Come se la possibilità di adire il giudice amministrativo allo scopo di verificare, ad esempio, la legittimità dell'interpretazione da parte dell'Autorità di un

³⁹ Cfr., tra la vasta dottrina sul tema, G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, Foro it., 2010, V, 146; G. SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, Foro it., 2009, V, 258; P. NAPPI, *Art. 91*, in *Codice di procedura civile commentato, - la riforma del 2009*, a cura di C. Consolo, Ipsa, p. 33; M. LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, Giappichelli, Torino 2013; Fin, *Corriere giuridico*, 2011, p. 379; F. CORDOPATRI, *Spese giudiziali*, (Dir. Proc Civ.) in *Enciclopedia del Diritto*, p. 331; L. PASSESANANTE, *Nuove disposizioni in materia di procedura alle liti*, in *Il processo civile riformato*, a cura di M. Taruffo, Zanichelli, Bologna 2010, p. 232; CONSOLO, *Codice di procedura civile commentato, - la riforma del 2009*, cit., p. 1003.

⁴⁰ Cfr. l'art. 11, comma 7 del Regolamento, che vorrebbe introdurre una sorta di rimborso delle spese anticipate dalla controparte in caso di esito negativo del contenzioso o una sorta di rimborso dell'attività inutilmente svolta nei confronti della controparte e/o dell'Autorità stessa, in caso di condotta sleale e/o scorretta che possa replicare gli effetti dell'art. 96 c.p.c., come applicata dalla consolidata giurisprudenza secondo la quale «il carattere temerario della lite, che costituisce l'indefettibile condizione perché possa configurarsi la responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96 c.p.c., va ravvisato nelle ipotesi in cui una parte abbia agito o resistito in giudizio con malafede o colpa grave, dovendosi riconoscere siffatti stati psicologici quando la parte abbia agito o resistito nella coscienza dell'infondatezza della domanda o delle tesi difensive sostenute, ovvero nel difetto dell'ordinaria diligenza nell'acquisizione di detta consapevolezza» (cfr. Cons. Stato, 25 febbraio 2003, n. 1026; sul punto, nello stesso senso anche Cass. 21 luglio 2000 n. 9579).

principio o di una norma regolamentare oppure la sussistenza del potere regolatorio, non sia, di per sé, un 'giustificato motivo' per prediligere l'adozione di un provvedimento dell'organo collegiale rispetto ad una soluzione conciliativa. Altresì un intento deflattivo del contenzioso potrebbe indurre la stessa Autorità a fare in modo che il potere di imporre il 'pagamento delle spese documentate' provochi delle 'profezie auto-avverantesi', ossia che vengano adottati una serie di provvedimenti decisori che «*corrispondono esattamente al contenuto della proposta transattiva*» e quindi impongano degli oneri monetaria gli operatori che non abbiano accolto le proposte di conciliazione, in questo modo indirizzando impropriamente le scelte degli operatori in merito all'accoglimento delle proposte conciliative formulate in sede contenziosa.

Infine, sotto l'aspetto applicativo, emergono *ictu oculi* numerose difficoltà interpretative sia nella definizione del c.d. 'giustificato motivo' che esimerebbe dall'applicazione del pagamento delle spese, sia nella definizione della tipologia delle spese che possono legittimamente essere incluse nel perimetro degli oneri che sono 'ribaltati' all'operatore recalcitrante ad accettare la 'saggia transazione' proposta dal responsabile del procedimento. In considerazione della genericità della norma, ad avviso di chi scrive, sarebbe opportuno farne un utilizzo estremamente 'ponderato', e necessiterebbe comunque un regolamento applicativo che definisca la natura delle spese 'ribaltabili' all'operatore poiché l'imposizione di questo onere, di importo normalmente limitato ed essenzialmente simbolico per la maggior parte degli operatori, può invece dare luogo a molteplici contestazioni e quindi a contenziosi amministrativi (ben più onerosi per l'amministrazione) sulla natura del potere di imporlo, sulla valutazione dei presupposti e, infine sul perimetro delle spese liquidabili.

Una analoga ponderazione degli obiettivi e degli strumenti (anche economici) per perseguire un utilizzo virtuoso e non conflittuale della conciliazione dovrà essere adottata dall'Autorità nell'adeguare il Regolamento ai nuovi poteri conferiti dall'art. 9 del D.Lgs. 15 febbraio 2016 n. 33⁴¹, in qualità di organismo di risoluzione delle controversie tra operatori di rete e gestori di infrastrutture fisiche e tra gli operatori di rete medesi-

⁴¹ D.Lgs. 15 febbraio 2016, n. 33 avente ad oggetto l'attuazione della Direttiva 2014/61/UE del 15 maggio 2014, recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità.

mi. Nell'ambito di questi nuovi compiti è stato attribuito espressamente all'Agcom anche l'ulteriore potere di «disciplinare i criteri e le modalità per l'attribuzione degli oneri destinati a coprire i costi di esecuzione dei compiti ad esso assegnati», fra i quali probabilmente anche i costi dell'attività di bonario componimento in sede procedimentale svolto dall'Autorità in queste materie⁴².

⁴² La formulazione della norma desta alcune perplessità poiché sembrerebbe collegare la prestazione economica destinata «a coprire i costi di esecuzione dei compiti» al godimento di specifici servizi prestati dall'Autorità in un rapporto sinallagmatico. Tale previsione peraltro confliggerebbe, almeno per quanto riguarda gli operatori autorizzati coinvolti, nella previsione di un onere ulteriore che si sommerebbe al contributo richiesto dall'Autorità per finanziare, secondo una prospettiva da quest'ultima propugnata in sede giudiziale, tutte le attività svolte a favore del settore delle comunicazioni, sulla base di una interpretazione degli art. 1, commi 65 e 66 L. 266/2005, art. 2, comma 241, L. 191/2009, (come recentemente modificato dall'art 5 L. 115/2015) che è stata dichiarata dalla CGCE e dl Consiglio di Stato contrario all'art. 12 della Direttiva 2002/20/CE, implementato dall'art. 34 CCE (cfr. la precedente nota 38). Qualora, invece, fosse un contributo generalizzato riconducibile alla categoria dei "tributi statali" la Corte Costituzionale ha affermato che la possibilità di disporre di entrate dal mercato e di stabilire l'ammontare debba sempre essere esercitata nell'ambito di limiti stabiliti dalla legge, che in questa fattispecie risultano assenti. La Corte Costituzionale ha chiarito che "il principio della riserva di legge di cui all'art 23 Cost. va inteso in senso relativo, in quanto si limita a porre al legislatore l'obbligo di determinare preventivamente sufficienti criteri direttivi di base e linee generali di disciplina della discrezionalità amministrativa." (ex multis sentenza Corte Costituzionale 26 ottobre 2007, n. 350). In merito cfr. anche G. NAPOLITANO, *L'autofinanziamento delle autorità indipendenti al vaglio (parziale) della Corte costituzionale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, 2, pp. 139-142 e M. DE BENEDETTO, *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*, in *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, a cura di D'Alberti, Pajno, cit. Sulla natura tributaria del contributo, in senso difforme, si segnala invece l'ordinanza della Corte di Cassazione, Sez. Un. 3 ottobre 2016, n. 19678 che, nel confermare la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie in materia di contribuzione delle imprese all'Agcom, ha rilevato "l'impossibilità di identificare il contributo in questione (destinato, come s'è visto, al funzionamento dell'Autorità) come un "tributo"". In termini di inquadramento dei contributi economici, la Corte di Giustizia, nella sentenza 28 luglio 2016, causa C-240/15, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, punti 36 e 38 ha affermato che le Autorità indipendenti sono "assoggettate a determinate norme di controllo dei bilanci da parte del parlamento nazionale, compresa l'applicazione ex ante di misure di contenimento della spesa pubblica."

6. *Natura e finalità del tavolo tecnico di conciliazione*

Infine il termine della conciliazione viene richiamato dall'Autorità anche nell'applicazione dell'art. 8, commi 4 e 5, del Regolamento quando si richiama l'esistenza di atti scritti, verosimilmente contratti, nei quali le parti avessero stabilito di risolvere la controversia ricorrendo a mezzi alternativi che escludono la competenza dell'Autorità.

A questo riguardo occorre approfondire alcune affermazioni dell'Autorità in sede di sintesi della consultazione in allegato alla Delibera 226/15/CONS. Infatti Agcom qualifica come atto scritto che rinvia ad una soluzione alternativa all'Autorità anche il tavolo tecnico di conciliazione che è previsto nella maggior parte degli accordi *wholesale* sottoscritti tra gli operatori del mercato. In sintesi, nei contratti si prevede che le parti, in caso di controversie sull'esecuzione o sull'interpretazione del contratto, soprattutto in relazione all'evoluzione delle reti e dei servizi oggetto del contratto, alla definizione di modalità tecniche applicative, ad interpretazioni di tematiche regolamentari oppure alla necessità di rinegoziare prezzi e condizioni, possano convocare un tavolo tecnico dove siano presenti dei qualificati rappresentanti delle società contraenti (di norma fino ad un massimo di 5 scelti sulla base delle materie trattate) al fine di provare ad individuare, secondo procedure e tempistiche prestabilite in termini massimi di convocazione e di durata, una soluzione conciliativa al dissidio o alla differenza interpretativa emersa nell'esecuzione del contratto. Una volta decorso il termine massimo di durata della negoziazione, salvo proroga, le parti sono libere di adire l'organo che è stato contrattualmente designato a dirimere la controversia (l'Autorità, per le materie di sua competenza, il giudice civile oppure un collegio arbitrale).

In sede di consultazione l'Autorità ha definito che: *«Qualora dai documenti depositati emerga che le parti, con atto scritto, avevano stabilito, di comune accordo, di risolvere la controversia ricorrendo a mezzi alternativi che espressamente escludono la competenza di questa Autorità, il Direttore trasmette gli atti alla Commissione che, a norma dell'art. 11, dichiara l'improcedibilità dell'istanza.*

In tale atto le parti possono derogare in via assoluta alla competenza dell'Autorità o in via temporanea, nelle more della convocazione di un tavolo tecnico per lo svolgimento di un primo tentativo di conciliazione, fallito il quale ciascuna parte può rivolgersi all'Autorità. L'Autorità intende ancora chiarire

che affinché tale seconda previsione possa efficacemente essere attuata occorre che i contratti prevedano in modo chiaro i termini (ambito di applicazione, tempistiche e modalità di convocazione e chiusura) per la preventiva convocazione del tavolo tecnico e la rinuncia, nelle more del completamento dello stesso, all'intervento dell'Autorità».

Nella prassi applicativa, in realtà, il rinvio al tavolo tecnico di conciliazione tra i contraenti non è uno strumento che deroga la competenza dell'Autorità, ma è solo uno strumento endocontrattuale, che prevede una modalità formalizzata e proceduralizzata per consentire agli operatori stessi di negoziare con rappresentanti qualificati e tempi contingentati allo scopo di perseguire un bonario componimento del dissidio emerso. Non vi è, di norma, alcuna dichiaratoria di voler ricorrere a mezzi alternativi di conciliazione, è soltanto uno strumento che è divenuto prassi contrattuale che consente un negoziato 'qualificato' tra le parti ed ha finalità essenzialmente deflattive rispetto a possibili contenziosi contrattuali in sede amministrativa (Agcom) o civile.

Perciò il richiamo nella sintesi alla consultazione al tavolo tecnico di conciliazione quale strumento alternativo di risoluzione della controversia appare incongruo poiché, innanzitutto, non esclude la competenza di Agcom e, inoltre, ha degli effetti impropri poiché ne conseguirebbe la dichiarazione di improcedibilità dell'istanza ad opera della Commissione per le infrastrutture e le reti, ai sensi dell'art. 11 del Regolamento.

Inoltre l'articolo 8, comma 5 afferma che 'il procedimento viene ripreso', con questa formula facendo presumere che il procedimento non sia stato dichiarato improcedibile, ma sia stato sospeso, dando luogo ad un potere di riassunzione del procedimento ad opera delle parti (per la cessazione della causa di sospensione, in analogia con l'art. 297 c.p.c.) oppure da parte dell'Autorità.

Dalla lettura della sintesi della consultazione risulta che, in caso di mancata convocazione (o espletamento) della procedura del tavolo tecnico contrattualmente prevista, sarebbe applicabile una dichiaratoria di improcedibilità dell'istanza presentata *ex art. 8, comma 4* e il procedimento contenzioso dovrebbe essere nuovamente avviato dalla parte interessata con la necessità di notificare una nuova istanza e convocazione *ex artt. 3 e 5 del Regolamento*, con un'ulteriore decorrenza dei termini *ex art. 5 del Regolamento*. In questo senso appare essersi indirizzata la prassi applicativa di Agcom, secondo la quale il procedimento viene dichiarato improcedibile *ex art. 8, comma 4 del Regolamento*: in tal senso si veda la delibera

115/12/CIR⁴³ dove l'Autorità ha affermato che «*la procedibilità dell'azione davanti all'Autorità sia connessa alla mancata risoluzione della controversia [...] da parte del Comitato Tecnico*».

Il principio di economia processuale e la stessa lettera dell'art. 8 del Regolamento suggerirebbero invece, in assenza dell'avvio del tavolo tecnico o in pendenza dell'attività di bonario componimento prevista contrattualmente, di sospendere il procedimento per un periodo massimo di quattro mesi, fino all'esperimento della conciliazione prevista nel tavolo tecnico che potrà portare all'archiviazione del procedimento per ritiro dell'istanza da parte del proponente, in caso di componimento del dissidio, oppure alla fissazione di una nuova udienza dopo la cessazione della causa di sospensione.

Il principio di economia processuale suggerisce che la richiesta di sospensione del procedimento su istanza di parte dovrebbe essere proposta entro la prima udienza di comparizione, in sede di tentativo di conciliazione, prima dell'avvio delle attività istruttorie. Qualora invece nessuna delle parti abbia richiesto la sospensione del procedimento entro la prima udienza, vi sarebbe la prova della chiara volontà di tutte le parti di rinunciare all'opportunità della negoziazione qualificata del tavolo tecnico (se del caso verbalizzando tale volontà) a favore della richiesta di una decisione dell'Autorità in sede contenziosa. In tal caso l'obbligo contrattuale di convocare e gestire un tavolo tecnico di conciliazione non sarebbe ulteriormente invocabile né dalle parti né dall'Agcom con un autonomo potere di intervento d'ufficio.

Occorre infine precisare che il tavolo tecnico di conciliazione ivi descritto non sostituisce anzi si aggiunge agli strumenti di conciliazione previsti dalla legge e segnatamente dall'art. 1, comma 11 L. n. 249/97, descritti nel successivo paragrafo.

7. Il Regolamento e il tentativo obbligatorio di conciliazione ex art. 1, comma 11 L. n. 249/97

La struttura del Regolamento è condizionata anche da una norma dell'ordinamento nazionale, introdotta nella L. n. 249/97 istitutiva del-

⁴³ Delibera 115/12/CIR relativa al contenzioso tra BT Italia e Wind Telecomunicazioni in materia di raccolta verso numerazioni non geografiche.

l'Agcom⁴⁴, che impone anche per le «*controversie che possono insorgere [...] tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro*» un tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi all'Autorità e il divieto di proporre «*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*». Perciò i termini «*per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione*»⁴⁵.

7.1 *Il tentativo obbligatorio di conciliazione alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia Europea*

La medesima norma prevede un analogo vincolo di un tentativo obbligatorio di conciliazione anche per controversie che possono sorgere tra gli utenti (ossia le persone fisiche o giuridiche che utilizzano o chiedono di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico⁴⁶) o le categorie di utenti e gli operatori autorizzati o destinatari di licenze. Un breve approfondimento della sterminata giurisprudenza⁴⁷ e della copiosa dot-

⁴⁴ Il testo integrale dell'art. 1, comma 11 della L. n. 249/97 è riportato di seguito per comodità e prevede una analoga disciplina anche per le controversie tra utenti o categorie di utenti e i soggetti autorizzati o destinatari di licenze: Tentativo di conciliazione extra giudiziale di controversie. Sospensione termini processuali. L'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro. Per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, 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. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione.

⁴⁵ Sul tentativo obbligatorio di conciliazione tra operatori in vigore della Delibera 148/01CONS cfr. M. LIBERTINI, G. SCOGNAMIGLIO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione delle controversie fra organismi di telecomunicazioni*, in *Dir. Inf.*, 2002, p. 699.

⁴⁶ Definizione prevista all'art. 1, comma 1, lett. pp) CCE.

⁴⁷ Nella moltitudine di sentenze in materia, in particolare ad opera dei giudici di pace, ci limitiamo a richiamare alcune recenti pronunce di maggiore rilevanza: Tribunale di Torino, Ordinanza 16 dicembre 2003, Giudice Pio, R.G. 31364/03; Tribunale di Milano, Sez. I, sentenza del 29 aprile 2012, giudice Dorigo, in relazione all'applicazione della conciliazione alle associazioni di consumatori; Tribunale di Roma, Sez. XI, sentenza

trina⁴⁸ riservata a questa previsione, sebbene esuli dal perimetro del presente contributo, può consentire di qualificare in modo più efficace, anche per differenza teleologica, la funzione e l'applicazione dell'obbligo di preventiva conciliazione nelle controversie tra operatori. Le molteplici finalità della norma sono state evidenziate dalla giurisprudenza: innanzitutto le funzioni deflative rispetto alla rilevanza quantitativa delle liti in materia di servizi telefonici sottoposte al giudice civile, «*in armonia con la linea evolutiva del nostro ordinamento verso la generalizzazione della conciliazione pre-processuale, finalizzata a scoraggiare il ricorso al processo, analogamente a quanto si riscontra in altre materie*⁴⁹». Anche la Corte Costituzionale ha evidenziato che «*la previsione di uno strumento quale il tentativo obbligatorio di conciliazione [...] è finalizzata ad assicurare l'interesse generale al soddisfacimento più immediato delle situazioni sostanziali realizzato attraverso la composizione preventiva della*

del 9 gennaio 2013, Giudice Bordo, Karupa c. Telecom Italia; Tribunale di Milano, Sez. IX, sentenza del 25 settembre 2013, Giudice Fratelli; Tribunale di Milano, sez. XI, del 2 ottobre 2014, giudice Terreri; Corte di Cassazione, Sez. III n. 24334 del 30 settembre 2008 e Sez. II n. 25853 del 27 ottobre 2008; Sez. I n. 24711 del 4 dicembre 2015; Corte Costituzionale, ordinanza 24 marzo 2006, n. 125; ordinanza 6 luglio 2006, n. 268; sentenza 30 novembre 2007, n. 403; ordinanza 18 febbraio 2009, n. 51.

⁴⁸ Tra i numerosi contributi dottrinali, ci si limita a ricordare: R. GIARDA, *I diritti degli utenti finali*, in *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di Clarich, Cartei, cit., p. 360; E.M. TRIPODI, *I sistemi di conciliazione on-line: dalla soluzione delle controversie alla gestione dei rapporti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Diritto dell'Internet*, 2205, 2 p. 205; E. M. COTUGNO, E. ZANFRAMUNDO, *Conciliazione e definizione delle controversie tra operatori ed utenti di servizi di telecomunicazioni - Risultati e prospettive dell'attività dell'Agcom*, in *Dir. ed economia mezzi di comunicazione*, 2005, p. 209; A. BANDINI, *Le Autorità indipendenti, l'arbitrato e la conciliazione: L'esperienza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, p. 615; NAVA, *Le procedure di conciliazione e di gestione delle controversie tra gestori e tra operatori e consumatori/utenti*, in *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, a cura di Bruno, Nava, cit.; I.P. CIMINO, *L'abrogazione giurisprudenziale del tentativo obbligatorio di conciliazione*, Commento a sentenza Giudice di Pace di Gubbio, 5 ottobre 2005, in *Il Corriere del merito*, n. 4/2006, p. 459; A. MACOLINO, *Le ADR nel sistema delle comunicazioni di massa: tentativo di conciliazione ed arbitrato dinanzi all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, in *Giustizia Civile*, 2007, Parte II, p. 259; MINERVINI, *La risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettroniche ed utenti finali*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, a cura di Bassan, cit., p. 299.

⁴⁹ Tribunale di Torino, Ord. 16 dicembre 2003, 31364/03 R.G.

lite rispetto a quello conseguito attraverso il processo»⁵⁰ e perciò che «l'istituto in esame costituisce uno strumento volto ad assicurare un più elevato livello di protezione dei consumatori e promuovere la fiducia dei consumatori, in linea peraltro con le indicazioni di cui alla raccomandazione della Commissione CE del 4 aprile 2001»⁵¹. In altri termini, il tentativo obbligatorio di esperire delle procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie dovrebbe rappresentare per il contraente di norma più debole, ossia l'utente/consumatore, uno strumento di tutela più efficace e garantista in termini di tempi e di costi, anche in considerazione dei modesti valori economici usualmente in gioco⁵². Invero il perseguimento di tutti questi obiettivi di interesse generale non si riscontrano nei contenziosi interoperatori in relazione alla loro (scarsa) numerosità (infatti di norma sono tra i 30 e i 40 all'anno), alla effettiva necessità di proteggere un (ipotetico) contraente debole e ai valori economici sovente molto elevati che sono in discussione. La ragione oggettiva sottesa all'attribuzione della risoluzione delle controversie all'Agcom invece dovrebbe essere quella di poter usufruire delle competenze tecniche e regolamentari di un'autorità settoriale che dovrebbe affrontare e risolvere grazie ad una conoscenza specifica e con tempistiche ragionevoli delle problematiche derivanti dall'applicazione di norme comunitarie, nazionali o regolamentari alla cui vigilanza tale istituzione è istituzionalmente preposta.

La rilevante differenza in termini soggettivi e oggettivi tra le due tipologie di contenziosi sottoposti al medesimo tentativo obbligatorio di conciliazione pone in evidenza la scarsa coerenza sistematica di questa previsione normativa che, a giudizio di chi scrive, potrebbe essere utilmente emendata nella parte relativa ai contenziosi interoperatore. Inoltre la medesima norma nazionale è stata sottoposta allo scrutinio della Corte di Giustizia, nella sua applicazione relativa al tentativo obbligatorio di conciliazione tra

⁵⁰ Corte Costituzionale, 13 luglio 2000, n. 276 e 30 novembre 2007, n. 403.

⁵¹ Corte Costituzionale (Ord.) 18 febbraio 2009, n. 51.

⁵² In senso critico rispetto agli effetti dell'applicazione di questo modello di risoluzione extragiudiziale, che si è concretizzata "*soltanto nella posticipazione dell'avvio dell'azione giurisdizionale*", cfr. NAVA, *Le procedure di conciliazione e di gestione delle controversie tra gestori e tra operatori e consumatori/utenti*, in *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, a cura di Bruno, Nava, cit., p. 668 ss. e, in senso conforme anche M. TALARICO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nel settore delle telecomunicazioni: alcuni rilievi critici*, in <www.personaedanno.it> (ultimo accesso 20.12.2016).

gestori ed utenti, con esiti che, ad avviso di chi scrive, ribadiscono l'opportunità di una modifica normativa relativa al tema della conciliazione tra operatori. Infatti la Corte di Giustizia evidenzia che l'obbligo previsto dalla normativa comunitaria settoriale di adottare procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali, tali da consentire un'equa e tempestiva risoluzione delle stesse, prevedendo nei casi giustificati un sistema di rimborso o di indennizzo (art. 84, comma 1 CCE), non pone un limite al potere degli Stati membri di «determinare un carattere obbligatorio delle procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie» [...] purché vi sia «la conferma del diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie». Anzi rafforza l'effetto utile della Direttiva 2002/22 (c.d. Servizio Universale) poiché «garantisce il carattere sistematico del ricorso ad una procedura extragiudiziale di risoluzione delle controversie»⁵³. Le motivazioni favorevoli addotte dalla Corte di Giustizia non possono essere applicate analogicamente all'art. 20 della Direttiva Quadro (trasposto nell'art. 23 CCE) anche perché le finalità del dettato comunitario di quest'ultima norma sono oggettivamente differenti⁵⁴.

Inoltre la Corte di Giustizia evidenzia che le forme adottate dal diritto nazionale per tutelare i diritti previsti dai principi generali comunitari devono rispettare i principi di equivalenza (la condizione di procedibilità non deve creare discriminazione tra diritti comunitari o nazionali) e di effettività (ossia non deve essere reso impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto). Questi principi appaiono rispettati anche nell'appli-

⁵³ Corte Giustizia Europea, IV Sez., sentenza nelle cause Alassini e altri n. 317/08, 318/08, 319/08 e 320/08 del 10 marzo 2010.

⁵⁴ In merito si rinvia al considerando 32 della Direttiva Quadro. «*Nell'eventualità che sorgano controversie fra imprese dello stesso Stato membro nel settore disciplinato dalla presente direttiva o dalle direttive particolari, ad esempio per quanto riguarda gli obblighi relativi all'accesso o all'interconnessione ovvero le modalità di trasferimento di elenchi di abbonati, la parte lesa che abbia negoziato in buona fede un accordo senza riuscire a raggiungerlo, dovrebbe avere il diritto di rivolgersi a un'autorità di regolamentazione nazionale per risolvere la controversia. Le autorità nazionali di regolamentazione devono avere il potere di imporre una soluzione alle parti. L'intervento di un'autorità nazionale di regolamentazione nella composizione di una controversia fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica in uno Stato membro deve mirare a garantire l'ottemperanza agli obblighi derivanti dalla presente direttiva o dalle direttive particolari.*».

cazione del tentativo obbligatorio di conciliazione ai procedimenti contenziosi interoperatore dell'art. 23 CCE.

Infine la Corte di Giustizia ha valutato se, nel caso in esame, i diritti fondamentali possono soggiacere a restrizioni «*a condizione che queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscono, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti garantiti*» (par. 65 della sentenza). Se il tentativo obbligatorio di conciliazione rappresenta uno strumento efficace per garantire le molteplici finalità sopra evidenziate nel rapporto tra utente e operatore, nel caso dei contenziosi interoperatore tale obbligo non risulta né coerente né proporzionato né efficace rispetto agli obiettivi previsti dal legislatore comunitario. Appare perciò opportuno, anche nella prospettiva della compatibilità con le norme comunitarie di settore, rivalutare i vincoli posti dall'art. 1, comma 11, L. n. 249/97 al pieno esercizio delle funzioni previste dall'art. 23 CCE.

7.2 *Coerenza del modello di conciliazione del Regolamento con l'art. 1, comma 11 L. n. 249/97*

Dopo aver effettuato alcune analisi relative alla coerenza delle funzioni dell'art. 23 CCE alla luce dell'art. 1, comma 11, della L. n. 249/97 in una prospettiva sistematica e teleologica, approfondiamo se il modello di conciliazione adottato nel Regolamento sia coerente con il dettato normativo sul diverso presupposto della possibilità di interpretare il tentativo obbligatorio di conciliazione all'interno dell'architettura di strumenti regolamentari previsti dagli art. 17-23 CCE.

Occorre inoltre esaminare i più recenti indirizzi giurisprudenziali sulla configurabilità del tentativo obbligatorio di conciliazione come condizione di proponibilità o di procedibilità dell'azione giurisdizionale e verificare quali impatti possa avere sulle attuali modalità applicative dell'art. 23 CCE. La Suprema Corte di Cassazione, a più riprese, ha ritenuto che il mancato esperimento del tentativo di conciliazione fosse una condizione di proponibilità dell'azione giurisdizionale⁵⁵, mentre una recente senten-

⁵⁵ «*Le controversie tra utenti e gestori dei servizi di telefonia che, ai sensi dell'art. 1, comma 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249, debbono essere precedute a pena di improponibilità dal tentativo di conciliazione dinanzi al CORECOM, competente per territorio, sono non soltan-*

za della medesima Suprema Corte ha affermato che «*alla previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione non possa attribuirsi [...] il valore di una condizione di procedibilità o di ammissibilità della domanda in sede giurisdizionale*», bensì la configurabilità come condizione di procedibilità dell'azione giurisdizionale⁵⁶ anche alla luce dei precedenti della Corte di Giustizia⁵⁷, secondo cui in mancanza di una disciplina comunitaria spetta agli ordinamenti nazionali designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali, e della Corte Costituzionale⁵⁸ che ne ha ribadito la natura di condizione di procedibilità ammettendo l'immediata esperibilità della tutela cautelare.

Perciò, volendo dare un'interpretazione costituzionalmente orientata allo strumento previsto dall'art. 1, comma 11 e che non confligga con il modello di tutela effettiva previsto dall'art. 23 CCE, applicando i principi finora esaminati relativi al tentativo obbligatorio di conciliazione impo-

to quelle concernenti l'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto di utenza telefonica, ma anche quelle nelle quali si controverta sull'esistenza stessa di tale contratto». Cass. 30 settembre 2008 n. 24334, nello stesso senso Cass., Sez. III, 8 aprile 2010 n. 8362.

⁵⁶ Cass. Civ. Sez. I, 4 dicembre 2015, n. 24711. A tal fine il giudice del rinvio farà applicazione del seguente principio di diritto: «*il tentativo obbligatorio di conciliazione, previsto dalla L. 31 luglio 1997, n. 249, art. 1, comma 11 [...] da annoverarsi tra gli istituti di cosiddetta giurisdizione condizionata, ritenuti più volte conformi a Costituzione (cfr. ex plurimis la sentenza della Corte Costituzionale n. 403 del 2007) –, deve intendersi sempre prescritto per la procedibilità – non per la proponibilità, per la ammissibilità o per la ricevibilità – dell'azione promossa in sede giurisdizionale, con (a conseguenza che il giudice di primo grado o d'appello – adito dall'utente in assenza del previo esperimento di detto tentativo obbligatorio di conciliazione, ovvero prima della definizione negativa del relativo procedimento, o comunque prima del decorso di trenta giorni dalla proposizione della apposita istanza al competente Comitato regionale per le comunicazioni [...] dichiarata la temporanea improcedibilità dell'azione, deve sospendere il processo fino alla realizzazione delle predette condizioni ed assegnare, ove necessario, alle parti un termine per l'esperimento di detto tentativo obbligatorio, restando salvi – al momento della prosecuzione del processo – gli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale irritualmente proposta, e rimessa alla volontà delle parti ed al prudente apprezzamento del giudice l'eventuale rinnovazione degli atti istruttori già eventualmente compiuti*».

⁵⁷ La citata sentenza Corte di Giustizia 18 marzo 2010, e le sentenze della Corte di Giustizia 15 aprile 2008, C-268/06, caso Impact, 17 luglio 2009, C-12/08, caso Mono Car Styling.

⁵⁸ Corte Costituzionale n. 125/2006, n. 403/2007 e n. 51/2009.

sto in modo analogo dalla citata norma della L. 249/97 sia ai contenziosi utente/operatore che a quelli interoperatore, dovremmo rivedere anche la procedura di conciliazione prevista dal Regolamento.

Infatti, sia nel Regolamento che nella precedente delibera 352/08/CONS relativa alla risoluzione delle controversie tra operatori, l'Autorità ha ritenuto di superare la previsione di un tentativo obbligatorio di conciliazione che era originariamente prevista nella delibera 148/01/CONS (artt. 7-9) adottata anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 23 CCE. Il tentativo di conciliazione non è più obbligatorio, ma risulta esperibile in qualunque fase del procedimento (vedi art. 9 del vigente Regolamento, come analizzato nel precedente paragrafo 3, e l'art. 9 della previgente delibera 352/08/CONS). L'obbligo dell'art. 1, comma 11 risulta perciò doppiamente disapplicato, poiché non viene disciplinato un procedimento che determini le modalità e gli effetti dell'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione (come peraltro prevede espressamente l'art. 1, comma 11) e, di conseguenza, non viene temporaneamente condizionato l'esercizio dell'azione giurisdizionale dell'art. 23, comma 2, seconda parte e comma 5.

In altri termini, la previsione dell'art. 1, comma 11 L. n. 249/97 risulta disapplicata alle controversie interoperatore per motivazioni che, come sopra evidenziato, appaiono condivisibili in una prospettiva sistematica, ma che sono inaccettabili alla luce della normativa vigente, come interpretata dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Giustizia con riferimento alla analoga previsione relativa alle controversie utente/operatore.

Perciò una rilettura del Regolamento nella prospettiva di applicare l'art. 1, comma 11 all'interno dell'architettura regolamentare dettata dal legislatore comunitario senza ledere la tutela effettiva dei diritti riconosciuti agli operatori, ma declinandone le modalità applicative alla luce delle modalità procedurali con le quali il legislatore nazionale ha voluto assicurare «*un interesse generale al soddisfacimento più immediato delle situazioni sostanziali realizzato attraverso una composizione preventiva della lite rispetto a quello conseguito attraverso il processo*»⁵⁹, necessiterebbe una significativa modifica al Regolamento che potrebbe essere articolata come segue: fermo restando il potere generale dell'Autorità di intervenire in tema di interconnessione

⁵⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 403/2007.

e di accesso ai sensi degli artt. 42 e seg. CCE, l'Agcom dovrebbe prevedere che la presentazione dell'istanza per la risoluzione della controversia ex art. 3 del Regolamento avvii l'esperimento di un tentativo di conciliazione che venga gestito e verbalizzato dal responsabile del procedimento entro il termine massimo di trenta giorni dalla proposizione dell'istanza. Le attività istruttorie svolte nell'ambito del tentativo di conciliazione non sono svolte sterilmente poiché, in caso di prosecuzione del contraddittorio, può essere previsto processualmente che siano oggetto di riassunzione nel procedimento contenzioso che dovesse proseguire, a valle del fallimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, secondo le tempistiche previste dall'art. 23. Nel contempo, in pendenza e nel limite massimo dei trenta giorni previsti per il tentativo obbligatorio di conciliazione, il diritto delle parti di adire un organo giurisdizionale previsto all'art. 23, comma 5 è precluso senza che si possa ragionevolmente ritenere che costituisca *“rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti garantiti”*⁶⁰.

La proposizione dell'azione giudiziale in assenza del previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, oppure prima della definizione negativa del relativo procedimento oppure prima del decorso dei trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Agcom, provocherebbe secondo i più recenti orientamenti dalla Corte di Cassazione, la sospensione del processo pendente dinanzi all'Autorità giudiziaria fino alla conclusione negativa del tentativo di conciliazione o alla scadenza del termine. Resterebbe ferma la possibilità, pur in pendenza del termine per il tentativo obbligatorio di conciliazione, di esperire le tutele cautelari ritenute necessarie, secondo il pacifico orientamento della Corte Costituzionale⁶¹.

Una modifica di questo tenore, dagli effetti più formali che sostanziali sull'efficacia del procedimento contenzioso ex art. 23 CCE, consentirebbe di dare un'attuazione puntuale alle vigenti previsioni normative in coerenza con gli interessi di natura generale dettati dal legislatore nazionale nonché gli obiettivi regolamentari e i diritti garantiti ritenuti prioritari dal legislatore comunitario.

⁶⁰ Corte di Giustizia, IV Sez., causa Alassini e altri del 10 marzo 2010, cit.

⁶¹ Cfr. le citate decisioni n. 125/2006, 403/2007 e 51/2009.

8. Conclusioni

L'analisi del rapporto tra conciliazione e poteri dell'Agcom effettuata nei precedenti paragrafi, ed in particolare nel § 4, ci consente di effettuare alcuni distinguo: il potere di risoluzione delle controversie tra operatori non si può qualificare come una «attività contenziosa amministrativa» ossia «un tipo di procedimento amministrativo che si può chiamare contenzioso per indicare insieme la sua struttura contenziosa e la sua funzione di strumento per la risoluzione di controversie d'interessi o di opinioni fra la pubblica Amministrazione ed un altro soggetto, in vista di un successivo agire dell'Amministrazione medesima»⁶² né «atti fondamentali di tipici procedimenti amministrativi, i quali hanno ad oggetto la risoluzione di un conflitto di interessi tra l'amministrazione e l'amministrato»⁶³. Infatti la natura delle controversie tra gli operatori soggette all'art. 23 CCE ricadono tra le dispute di natura privatistica.

Ma qualificare la risoluzione delle controversie *sic et simpliciter* nella logica delle ADR, per le quali si è evidenziato la natura di strumento non solo finalizzato a risolvere un conflitto tra le parti, ma anche a migliorare la comunicazione tra i soggetti che hanno un dissidio favorendo la ricerca congiunta di soluzioni che pongano fine alla controversia e evitino il ripresentarsi nel futuro, appare riduttivo non solo del ruolo e degli obiettivi delle NRA, ma dell'evidenza, ormai confortata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁶⁴, che la risoluzione del contenzioso è una forma di regolazione⁶⁵. In sostanza il ruolo dell'Autorità nella logica delle ADR si risolverebbe essenzialmente nel catalizzare presso un organismo dotato di «alte competenze specialistiche» la conciliazione⁶⁶, mentre abbiamo riscontrato che nell'architettura regolamentare comunitaria anche la conciliazione soggiace a precise regole e obiettivi pubblicistici, peraltro presidiati dalle sanzioni dell'art. 98 CEE.

⁶² M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Jovene, Napoli 1953, p. 24.

⁶³ M.S. GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro Amm.* 1949, I, p. 316 ss.

⁶⁴ Cfr. la precedente nota n. 7.

⁶⁵ In dottrina ne evidenziano i rischi: A.P. MORRIS, B. YANDLE, A. DORCHAK, *Regulation by litigation*, Yale University Press 2008.

⁶⁶ In questo senso M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. Proc. Amm.* – 2/2015, p. 481.

Per quanto riguarda le implicazioni in termini di attuazione del Regolamento, si è riscontrato che la prima fase di applicazione dell'art. 23 CCE, coincidente con il periodo di vigenza del Regolamento di cui alla delibera 352/08/CONS (2008-2015), è stato caratterizzato da un importante ruolo svolto dal tentativo bonario di conciliazione, sia per gli impatti sulla durata del procedimento che per il ruolo rilevante, talvolta preponderante, che ha avuto come strumento di soluzione delle controversie.

In questa seconda fase della gestione del meccanismo del contenzioso *ex art.* 23 CCE, nel quale la conciliazione ha acquisito una ancora maggiore centralità nel Regolamento, sia grazie alla procedimentalizzazione delle fasi e delle tempistiche dei tentativi di conciliazione, che alla possibilità di reiterarla in ogni fase del procedimento ma di valorizzarla con implicazioni 'parasanzionatorie', sarebbe utile che l'Autorità adottasse speditamente dei provvedimenti aventi natura procedurale che chiarissero le modalità applicative di questo strumento, molto spesso nel passato usato dagli operatori in modo opportunistico o dilatorio. Infatti una modalità applicativa per garantire certezza e speditezza ad ogni fase del procedimento – che sono finora mancate all'azione dell'Autorità – sarebbe l'adozione di provvedimenti che identifichino la corretta interpretazione delle incertezze applicative del Regolamento e la loro tempestiva pubblicazione. Una maggiore attenzione nel chiarire le scelte adottate per i profili procedimentali anche nei provvedimenti decisorii di merito sarebbe di ausilio per il mercato. Ad un iniziale onere di dover probabilmente fronteggiare un contenzioso amministrativo, farebbe seguito una maggiore certezza applicativa per tutti gli attori del mercato.

In generale alla conciliazione, che adesso ha un ruolo ancora centrale nel procedimento, ma è confinata in termini temporali più definiti, si dovrebbe affiancare il controbilanciamento di un procedimento snello, efficace, tempestivo che, se non riesce a trovare una soluzione negoziale, impone rapidamente al caso specifico una soluzione regolatoria e ne vigila gli effetti.

Con l'adozione del D.Lgs. 15 febbraio 2016 n. 33, che ha attuato la direttiva 2014/61/UE recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità, ed in particolare con l'art. 9, sono state attribuite ad Agcom nuove competenze per la risoluzione delle controversie tra operatori di rete e gestori di infrastrutture fisiche oppure tra operatori di rete. Queste nuove funzioni si affiancano alle com-

potenze già attribuite con la L. 6 agosto 2008, n. 133 (che ha convertito in legge, con modificazioni, il D.L. 25 giugno 2008, n. 112) recante «*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione*»⁶⁷ che ha portato all'adozione della delibera n. 622/11/CONS recante Regolamento sui diritti di passaggio e sulle reti dorsali che non prevede che il Regolamento sia applicabile in modo cogente ai soggetti titolari di infrastrutture di posa, in quanto soggetti non titolari di autorizzazioni ai sensi dell'art. 25 CCE e perciò esclusi dall'attuale perimetro soggettivo di competenza di Agcom, a meno che i soggetti interessati decidano di attivare su base volontaria i poteri e le competenze dell'Autorità in termini di tentativo di conciliazione. In caso di mancato accordo le parti possono liberamente rinunciare al potere dell'Autorità di definire la controversia oppure possono chiedere all'Agcom di decidere sulla controversia.

La stratificazione di ulteriori competenze legate alla risoluzione di controversie implica però che, accanto ad un plesso regolamentare omogeneo, una sorta di 'minimo comune denominatore', le diverse procedure si differenzino in modo significativo:

- (a) l'obbligo per l'Autorità di esercitare il tentativo obbligatorio di conciliazione riguarda soltanto i contenziosi tra operatori (art. 1, comma 11 L. 249/97, vedi paragrafo 7);
- (b) la possibilità di disciplinare i criteri e le modalità per l'attribuzione degli oneri destinati, in modo ampio e generico, a coprire i costi di esecuzione dell'Agcom è limitata all'attività di risoluzione delle controversie del D.Lgs. 33/2016 in materia di promozione dell'uso condiviso dell'infrastruttura fisica esistente o nuova (vedi paragrafo 5);
- (c) le tempistiche che, nel caso del D.Lgs. 33/2016, riducono il termine di risoluzione della controversia da 4 mesi a 2 mesi.

Anche per quanto riguarda la conciliazione, la sua centralità è ribadita e procedimentalizzata nel Regolamento ed è lo strumento principale per l'ampliamento ai titolari di infrastrutture delle competenze tecniche

⁶⁷ Il citato D.Lgs. n. 33/2015 ha abrogato, tra l'altro, i commi 2 e 3 primo periodo dell'art. 2 della L. 6 agosto 2008, n. 133 che ribadiva il potere regolamentare riconosciuto, in materia di ubicazione e condivisione di infrastrutture, all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni dall'articolo 89, comma 1, del codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259.

nell'applicazione della regolamentazione, ma, al contempo, non risulta un principio richiamato tra i criteri applicativi previsti dal D.Lgs. 33/2016. E anche qualora il D.Lgs. riguardasse una controversia relativa all'accesso alle infrastrutture fisiche o alle relative informazioni tra due operatori di rete autorizzati, quindi fosse soddisfatto il criterio soggettivo, appare indiretto il richiamo ai principi ed ai precetti del CCE, tanto da non configurare l'applicabilità dell'ambito oggettivo dell'art. 23 e del Regolamento.

Da un lato l'ampliamento oggettivo e soggettivo da parte del legislatore dei poteri di intervento dell'Agcom mediante la risoluzione del contenzioso, dall'altro un più corretto inquadramento del procedimento contenzioso in quanto in grado di influenzare gli scambi tra Stati membri e quindi soggetto agli obblighi di consultazione e di coordinamento dell'art. 7, comma 3 della Direttiva Quadro, inducono a suggerire che il Regolamento debba essere integrato al fine di offrire tempestivamente uno strumento adeguato ai nuovi compiti che sono stati affidati all'Autorità.

Come evidenziato nel presente contributo, anche un compiuto inquadramento delle modalità attuative e dei limiti della conciliazione nel quadro dei poteri e degli obiettivi pubblicistici dell'Autorità – nella prospettiva già avviata con la vigente versione del Regolamento – potranno dotare il mercato di uno strumento efficace e tempestivo di regolazione a cui la stessa Corte di Giustizia ha dovuto riconoscere una significativa funzione affiancandola ai consolidati (ma recessivi) modelli di regolazione *ex ante* e nel quale contemperare le esigenze dell'autonomia contrattuale delle imprese e degli obiettivi di *public policy* comunitari in una prospettiva più flessibile ed orientata alla tutela degli interessi degli utenti.

Fonte: relazioni annuali e sito web Agcom

Periodo di riferimento	Tot. procedimenti svolti	In corso (non conclusi)	Chiusi per accordo transattivo	Chiusi con decisione CIR di merito (tra parentesi i mesi di durata procedimento)	Chiusi con altre decisioni (improcedibilità, inammissibilità, ritiro istanza, etc.)	Procedimenti di conciliazione obbligatoria ai sensi del Capo II della Delibera 148/01/CONS (fino all'entrata in vigore Delibera 352/8/CONS)
Maggio 2014-Aprile 2015	44	22	6	10 [...]	6	
Maggio 2013-Aprile 2014	34	11	9	2 15/14/CIR 24/13/CIR	11	
Maggio 2012-Aprile 2013	28	21	2	1 24/13/CIR	2	
Maggio 2011-aprile 2012	30	18	6	1 111/11/CIR (6)	5	—
Maggio 2010-aprile 2011	15	9 (2 con misure cautelari)	3	2 26/11/CIR (13) 17/11/CIR (13)	1	—
Maggio 2009-aprile 2010	13	10 (1 con misure cautelari)	—	1 40/09/CIR (7)	2	—
Maggio 2008-aprile 2009	24	8	2	1 77/08/CIR (14)	—	13
Maggio 2007-aprile 2008	33	8	—	5 17/08/CIR (2) 112/07/CIR (8) 108/07/CIR (2) 59/07/CIR (6) 60/07/CIR (6)	1	19
Maggio 2006-aprile 2007	33	13	4	2 30/07/CIR (11) 29/07/CIR (8)	5	9
Maggio 2005-aprile 2006	17	11	5	1 14/06/CIR (10)	—	—

Ernesto Apa

*Gli impegni nel diritto delle comunicazioni elettroniche
e il loro coordinamento con il procedimento di risoluzione
delle controversie fra operatori¹*

SOMMARIO: 1. Gli impegni tra diritto antitrust e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. – 2. La qualificazione giuridica degli impegni e della decisione di accettazione. – 3. La proporzionalità degli impegni e il rapporto tra decisioni di accettazione di impegni e azioni di *private enforcement*. – 4. Il rapporto tra impegni e risoluzione delle controversie devolute all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

1. *Gli impegni tra diritto antitrust e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*

L’istituto degli impegni ha visto la luce nell’ambito della disciplina della concorrenza. L’art. 9 del Regolamento 1/2003/CE e l’art. 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287 disciplinano, rispettivamente nel diritto dell’Unione europea e a livello domestico, la possibilità di ricorrere all’adozione di impegni prescindendo dall’accertamento in ordine a condotte anticoncorrenziali.

Dapprima diffuso in via di prassi presso la Commissione europea e le autorità nazionali, tale istituto è stato poi codificato. La presenza di un espresso ancoraggio normativo fa sì che la decisione delle autorità di concorrenza abbia l’effetto di rendere vincolante, per l’impresa, l’osservanza degli impegni da questa proposti. A mente dell’art. 14-ter della legge 287/1990 «*le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria. L’Autorità, valutata l’idonei-*

¹ Sono grato all’avv. Marco Bassini per il prezioso supporto.

tà di tali impegni può [...] renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione».

La scelta di accogliere questa opzione, nell'ordinamento comunitario prima e, di riflesso, in quello nazionale poi è stata espressione di una chiara volontà politica: quella di sottrarre, come rilevato, la piena cognizione di alcune delle controversie agli organi preposti (la Commissione, a livello europeo, le autorità indipendenti, a livello locale), assumendole per definite in assenza di una pronuncia sul merito delle condotte contestate e sulla base dell'apprezzamento dell'impatto degli impegni sul piano concorrenziale².

Anche l'ambito di applicazione in concreto degli impegni è stato rifinito nel corso del tempo, grazie all'elaborazione giurisprudenziale nel settore antitrust. In proposito, è orientamento costante che il ricorso agli impegni sia circoscritto alle ipotesi che non integrano le violazioni gravi (cd. *hard-core*) delle norme a tutela della concorrenza³. Al contrario, in presenza di infrazioni di rilevante gravità, l'autorità preposta non potrebbe che rigettare la proposta di impegni, in nome del prevalente interesse pubblico a che comportamenti gravi siano sanzionati o comunque formino oggetto di accertamento.

Gli impegni non possono consistere in una mera promessa di tenere una condotta conforme alla legge: essi devono mirare a realizzare un *quid pluris*⁴. Ciò che rileva, in altri termini, è che l'impresa proponente desista dalla condotta che le viene contestata e agisca in modo da non replicare comportamenti distorsivi nel mercato o settore in cui opera, rimediando altresì agli effetti anticoncorrenziali che le sono imputati.

È stato autorevolmente osservato che l'introduzione dell'istituto degli impegni ha segnato «*il passaggio da un modello puramente sanzionatorio/punitivo di diritto antitrust [...] a un modello più "amministrativo", orientato alla cura diretta del pubblico interesse al buon funzionamento dei mercati, piuttosto che all'accertamento e alla sanzione degli illeciti*»⁵.

² Cfr. M. LIBERTINI, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate* (art. 14-ter, l. 10 ottobre 1990, n. 287), in *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, a cura di F. Cintioli-G. Olivieri, Giuffrè, Milano 2007, p. 12.

³ In tal senso cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1190.

⁴ Cfr. LIBERTINI, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate* (art. 14-ter, l. 10 ottobre 1990, n. 287), cit., p. 21.

⁵ *Ibid.*, p. 12.

Questo ci consente di apprezzare come l'istituto degli impegni sia particolarmente congeniale ad Agcom-Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni: questa è un'autorità di regolazione, oltre che di vigilanza, e quindi la vocazione alla cura diretta del buon funzionamento dei mercati è una caratteristica impressa nel suo codice genetico.

Non stupisce, quindi, che gli impegni abbiano fatto il loro ingresso nel campionario degli strumenti a disposizione di Agcom ad opera della legge 4 agosto 2006, n. 248 (attuata dalla delibera n. 645/06/CONS).

Nel seguito di questo contributo si tratteggeranno, in maniera necessariamente sintetica, i profili di inquadramento generale che riguardano l'istituto degli impegni, esaminandone il rilievo che riveste nel campo delle comunicazioni elettroniche in virtù del regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni dell'Agcom (approvato con delibera n. 410/14/CONS e da ultimo modificato dalla delibera n. 581/15/CONS, di seguito 'Regolamento sanzioni e impegni'), il quale prevede che i procedimenti sanzionatori in materia di comunicazioni elettroniche possano essere definiti mediante accettazione degli impegni proposti dall'operatore; successivamente si procederà a enucleare alcune osservazioni rispetto al rapporto che tale strumento presenta con il nuovo regolamento sulla risoluzione delle controversie ('Regolamento controversie').

2. La qualificazione giuridica degli impegni e della decisione di accettazione

Un tema che non manca di sollevare riflessioni riguarda la qualificazione giuridica degli impegni, che senz'altro hanno introdotto un elemento di novità rispetto all'ordinario svolgersi di un procedimento amministrativo.

Le considerazioni che sono state svolte rispetto alla natura degli impegni nel campo generale della tutela della concorrenza sono replicabili in riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche, laddove è Agcom a poterne conoscere e, se del caso, accettare l'adozione.

Parte della dottrina, guardando alla natura delle proposte di impegni, le ha accostate all'autonomia privata, ritenendo pertanto che il loro contenuto debba integrare i requisiti previsti per l'oggetto del contratto: possibilità, liceità, determinatezza o determinabilità; parimenti, si ritiene che

gli impegni possano essere sottoposti a condizioni o formulati secondo modalità variabili⁶.

A prescindere dai profili di qualificazione, il contenuto degli impegni deve certamente rispettare le condizioni che rendono la loro osservanza idonea a tacere il procedimento sanzionatorio nel cui ambito vengono adottati. Tanto deriva dal controllo che le autorità preposte (non più soltanto AGCM-Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ma ora anche Agcom) sono tenute a svolgere rispetto al contenuto degli impegni, potendo valutarne l'idoneità.

La dottrina amministrativistica (e non solo) ha ipotizzato diverse possibili soluzioni in ordine alla veste giuridica degli impegni⁷.

Per un verso, si è proposto di riconoscere la natura privatistica degli impegni. Tentando, da un lato, un'assimilazione alla fattispecie dei contratti transattivi, disciplinata dall'art. 1965 c.c.; proponendo, dall'altro lato, un collegamento con l'istituto della promessa unilaterale, di cui all'art. 1987 c.c.⁸.

La soluzione che riconduce gli impegni alla categoria dei contratti transattivi pare essere osteggiata dal Consiglio di Stato, la cui giurisprudenza nega valore di 'accordi privati' agli impegni, enfatizzandone piuttosto la natura di provvedimenti amministrativi⁹. Come la dottrina non ha mancato di rilevare¹⁰, l'adesione a un negozio transattivo presuppone un reciproco intersecarsi di concessioni tra le parti, ipotesi che non si riscontra nel caso degli impegni, in quanto l'accettazione compete a un'autorità indipendente, che mira istituzionalmente al perseguimento dell'interesse pubblico. Mentre, cioè, tramite contratti transattivi le parti sono solite regolare i propri interessi privati, un siffatto interesse è assente rispetto ad

⁶ Ancora LIBERTINI, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate* (art. 14-ter, l. 10 ottobre 1990, n. 287), cit., p. 20; gli impegni esigerebbero inoltre una dichiarazione per iscritto e la provenienza dal legale rappresentante dell'impresa proponente, ovvero altra persona munita di procura.

⁷ Sui tentativi classificatori, cfr. la puntuale ricostruzione di C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Giuffrè, Milano 2012, spec. pp.149 ss.

⁸ Su questi tentativi, cfr. anche l'opinione di L. DE LUCIA-V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Concorrenza e mercato*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 534-535.

⁹ Cfr. per esempio Cons. Stato, sez. VI, 19 novembre 2009, n. 7307.

¹⁰ Cfr. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, cit., pp. 151 ss.

autorità amministrative che hanno il solo compito di perseguire l'interesse della collettività.

Parimenti non puntuali sono apparsi i tentativi di classificazione che inquadrano gli impegni nella fattispecie delle promesse unilaterali. A questo orientamento è stata imputata un'eccessiva svalutazione, se non una vera e propria obliterazione, del valore della volontà dell'amministrazione, che risulterebbe fagocitata dalla centralità della promessa del soggetto proponente e relegata a una funzione di mero controllo¹¹.

È emersa quindi come posizione maggioritaria quella che sostiene una qualificazione degli impegni nell'ambito della categoria dei provvedimenti amministrativi. In seno a questa tesi si è prospettata un'alternativa classificatoria che contrappone una concezione delle decisioni di accettazione di impegni alla stregua di provvedimenti unilaterali, il cui contenuto riproduca quello di un atto di parte, ad altra concezione che intravede nella fattispecie un accordo amministrativo di cui all'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241¹².

L'elemento dirimente che varrebbe a collocare gli impegni nell'una o nell'altra categoria è stato individuato nella circostanza che la proposta formulata dal soggetto interessato costituisca un mero presupposto rispetto a un'autonoma manifestazione di volontà da parte dell'autorità competente a conoscerla (in tal caso si verserebbe in ipotesi di provvedimento unilaterale) ovvero contribuisca a determinare il contenuto della decisione adottata dall'autorità (allora saremmo in presenza di un accordo).

Valorizzando la capacità della proposta di impegni di attribuire un contenuto all'esercizio del potere provvedimentale da parte dell'autorità (quale essa sia), parte della dottrina ricostruisce in termini di accordo amministrativo la decisione che ne consegue¹³, seppure riconoscendo alcune peculiarità rispetto alla fattispecie *ex art.* 11 della l. 241/1990. A questa posizione dà conforto un altro elemento: mentre nel caso di provvedimenti unilaterali avviati su istanza di parte il contenuto dell'atto potrà anche discostarsi da quello dell'istanza, ciò non può verificarsi nell'ambito del procedimento che conduce all'adozione di impegni previa loro accetta-

¹¹ DE LUCIA-MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, cit., p. 536.

¹² Cfr. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, cit., p. 156.

¹³ *Ibid.*, pp. 151 ss.

zione. In questo caso, infatti, l'autorità può soltanto rigettare gli impegni proposti, eventualmente indicando i motivi della loro inadeguatezza, ma non certo vincolare il soggetto proponente a impegni diversi da quelli da quest'ultimo formulati. In tal senso, del resto, depone anche copiosa giurisprudenza amministrativa.

Uno degli argomenti utilizzati per contestare la qualificazione degli impegni come accordi amministrativi si fonda sull'asserita assenza di profili discrezionali nel provvedimento dell'autorità che recepisce gli impegni proposti dall'operatore interessato¹⁴. L'unica valutazione da operare nell'interesse pubblico sarebbe quella relativa alla prognosi circa l'efficacia degli impegni ai fini dell'eliminazione dei profili anticoncorrenziali derivanti dalla condotta realizzata. Una valutazione, quest'ultima, destinata a delinearsi unicamente attraverso le lenti delle norme a tutela della concorrenza nel settore interessato.

Si tratta di un'obiezione alla quale sono stati convincentemente opposti rilievi di diversa natura¹⁵.

In primo luogo, si è osservato che le autorità conserverebbero in ogni caso un margine di discrezionalità non meramente tecnica, potendo senz'altro decidere, in nome del prevalente interesse pubblico, di non accettare l'adozione di impegni ove si ritenga preferibile giungere alla definizione del procedimento secondo l'iter ordinario e sulla base di un'istruttoria completa. In dottrina si è indicata, in queste evenienze, una stratificazione dell'apprezzamento della fattispecie in base alle norme tecniche da un lato e della valutazione in ordine al bilanciamento di interessi dall'altro.

La componente discrezionale (non meramente tecnica), tuttavia, si coglie anche in un secondo momento, vale a dire all'atto dell'accettazione e adozione degli impegni, laddove il contenuto del provvedimento che definisce il procedimento non riflette lo stesso esito che sarebbe derivato dalla conclusione secondo l'iter ordinario, ma semmai un oggetto modellato dal soggetto proponente.

Questi elementi hanno fornito supporto alla qualificazione degli impegni in termini di accordi amministrativi, fattispecie che nel caso esaminato si arricchisce di alcune particolarità.

¹⁴ Così G. GITTI, *Gli accordi con le Autorità indipendenti*, in *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni-P. Barucci, Giappichelli, Torino 2010, pp. 1118 ss.

¹⁵ Cfr. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, cit., pp. 165 ss.

A questo paradigma condurrebbe l'unione tra due profili essenziali: da un lato, la manifestazione di volontà espressa da parte del soggetto proponente, che dispone in questa sede della propria autonomia privata (profilo privatistico); dall'altro, l'accettazione degli impegni, che si fonda sulla valutazione operata dal soggetto che istituzionalmente è preordinato al perseguimento dell'interesse pubblico (profilo pubblicistico).

Viene ancora una volta in rilievo come l'offerta di impegni non costituisca una semplice istanza che è in grado di provocare l'esercizio di poteri provvedimentali: non si tratta, cioè, di un mero presupposto, ma la presentazione degli impegni rappresenta una condizione dell'esistenza della decisione di accettazione¹⁶. Il contenuto che deriva dall'esercizio del potere da parte dell'autorità, infatti, riflette la proposta di impegni formulata dall'impresa interessata e l'atto di approvazione da parte dell'autorità è privo di una propria autonomia¹⁷.

Questo scenario conferma che, nella sostanza, si versa in una fattispecie contrattuale in cui si fondono gli opposti interessi (pubblico e privato) di cui sono portatori il soggetto proponente e l'amministrazione che approva l'adozione degli impegni.

Infine, si è discusso anche della natura della decisione con cui l'autorità convalida l'adozione degli impegni indicati dall'impresa. Dibattuto, a tal riguardo, è – come si anticipava – il profilo relativo alla discrezionalità di cui l'autorità è titolare rispetto alla valutazione degli impegni presentati. Tanto le disposizioni di legge quanto i regolamenti adottati dalle rispettive autorità hanno espressamente riservato all'amministrazione il potere di rifiutare la proposta di impegni formulata dall'operatore. Come si ricordava, se è vero che la discrezionalità esercitata dalle autorità ha prevalentemente natura tecnica, collegandosi alla verifica del permanere o del venir meno dei profili anticoncorrenziali, per altro verso non sembra potersi ravvisare una totale carenza di un'attività più squisitamente discrezionale che non si snodi solamente tra le regole tecniche che presiedono la verifica dell'impatto concorrenziale degli impegni.

¹⁶ DE LUCIA-MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, cit., p. 538.

¹⁷ *Ivi*.

3. *La proporzionalità degli impegni e il rapporto tra decisioni di accettazione di impegni e azioni di private enforcement*

Anche nell'ambito dei procedimenti istruiti da Agcom il ricorso agli impegni solleva il problema, comune ai procedimenti antitrust e già ampiamente esplorato dalla dottrina che su tale settore si è concentrata, della strumentalità di tale rimedio all'elusione di pretese risarcitorie che terzi potrebbero avanzare secondo logiche di *private enforcement*. L'assenza di un accertamento da parte dell'Autorità, infatti, al contrario di quanto accade all'esito 'naturale' delle procedure sanzionatorie, implica l'inidoneità della decisione che accetta l'adozione di impegni a fungere in procedimenti diversi quale prova dell'illiceità della condotta dell'operatore che abbia proposto impegni.

In aggiunta, la varietà dei contesti in cui può farsi impiego degli impegni si presta a che gli operatori interessati possano compromettere nella decisione fattori di natura diversa, così sfumando la capacità degli impegni di riflettere il disvalore della condotta anticoncorrenziale in concreto tenuta dall'operatore. La stessa giurisprudenza amministrativa che ha avuto modo di pronunciarsi in merito alla prassi formatasi nel settore antitrust ha evidenziato come l'oggetto dell'istruttoria possa senz'altro arricchirsi di elementi ulteriori, purché caratterizzati da una connessione.

Questo atteggiamento, come bene è stato evidenziato¹⁸, si è tradotto nell'adozione di un approccio tendenzialmente aperto e flessibile rispetto alla valutazione, da parte di AGCM, dell'idoneità degli impegni. Elaborazione non ignota a livello europeo, laddove l'istituto degli impegni affonda le proprie radici: in tale contesto, diversi canoni sono stati evocati nel tentativo di individuare un criterio al quale informare la definizione degli impegni. Tra questi, senz'altro la non contraddittorietà e, in un primo tempo, la proporzionalità. Quest'ultimo criterio, tuttavia, è stato posto in discussione da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia. In alcune pronunce, infatti, la definizione dell'ampiezza degli impegni era stata messa in collegamento con la natura del pregiudizio concorrenziale generato dalla condotta dei soggetti interessati, evocando la necessità che il rimedio

¹⁸ F. MARINI BALESTRA, *Il procedimento sanzionatorio*, in *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, CEDAM, Padova 2011, p. 949.

attuato mediante l'adozione di impegni non eccedesse la soglia di quanto necessario al ripristino della situazione conforme all'ordinamento. Si affermava, così, che nemmeno la volontarietà degli impegni avrebbe potuto esonerare le autorità preposte (nella fattispecie, la Commissione) a verificare la proporzionalità rispetto al pregiudizio arrecato alla concorrenza.

Questo primo orientamento è stato poi superato da una lettura più complessa del principio di proporzionalità, soprattutto con la sentenza *Alrosa*, che di fatto sminuisce l'assunto di un rapporto tra il disvalore anticoncorrenziale della condotta contestata e la gravosità degli impegni da adottarsi da parte del soggetto responsabile¹⁹. Secondo questo indirizzo, le autorità avrebbero quale unico compito quello di sincerarsi che gli impegni proposti consentano di risolvere le problematiche concorrenziali determinate dalla condotta contestata, laddove la natura spontaneistica degli impegni presupporrebbe la coscienza, da parte del proponente, che essi potrebbero risultare più gravosi rispetto all'eventuale responso dell'autorità competente all'esito dell'istruttoria. Quanto richiesto all'autorità competente, in altri termini, è la «*verifica che gli impegni di cui trattasi rispondano alle preoccupazioni che essa ha reso note alle imprese interessate e che queste ultime non abbiano proposto impegni meno onerosi che rispondano parimenti in modo adeguato a tali preoccupazioni*»²⁰.

Dunque, il rapporto tra il pregiudizio agli interessi tutelati dalla norma che si assume violata e il contenuto degli impegni si basa su un sottile equilibrio tra costi e benefici nella prospettiva del soggetto proponente: questi sa di poter evitare l'accertamento di un illecito e la conseguente irrogazione di una sanzione, ma sconta il rischio di assumere oneri potenzialmente più gravosi di quelli che scaturirebbero dall'ordinario corso della procedura sanzionatoria.

Tornando al tema delle conseguenze che una decisione dell'autorità che accerti gli impegni assunti dalle parti, valutandone l'adeguatezza, possa sortire rispetto alle eventuali pretese risarcitorie avanzate da terzi, la definizione del procedimento, in carenza di un accertamento rispetto

¹⁹ Cfr. Corte giust., 29 giugno 2010, C-441/07, *Commissione c. Alrosa*. Per un commento, cfr. G. PEPE, *Il caso De Beers-Alrosa alla Corte di Giustizia: la presentazione di impegni nella disciplina antitrust e nuovi sviluppi in tema di Autorità garanti e sindacato giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 2010.

²⁰ Così la Corte di giustizia UE nella citata sentenza *Commissione c. Alrosa*.

alle condotte contestate e con un'istruttoria non altrettanto ampia, rischia apparentemente di pregiudicare, o rendere comunque più difficoltosa, la possibilità per i terzi danneggiati di ottenere ristoro in sede risarcitoria.

A dispetto delle apparenti difficoltà che la scelta di ricorrere agli impegni oppone su questo piano, si può convergere sull'idea che, anche guardando all'esperienza pratica, un simile pregiudizio sia più apparente che reale.

Già la circostanza che le autorità possano accettare le proposte di impegni soltanto in presenza di violazioni non gravi, come osservato²¹, costituisce un elemento che allevia il problema, eliminando alla radice il rischio di ostacolare la soddisfazione della pretesa risarcitoria laddove la condotta dell'operatore abbia causato conseguenze di maggior momento.

Ma, escludendo le violazioni più gravi, se anche si muove lo sguardo verso le fattispecie normalmente risolte tramite l'adozione di impegni, il pericolo di una *deminutio* di tutela sul fronte risarcitorio appare più formale che reale.

La stessa giurisprudenza amministrativa sembra aver preso posizione, rammentando come la definizione della controversia mediante impegni non impedisca, formalmente, al terzo danneggiato di attingere a elementi che potrebbe dedurre a fondamento della propria pretesa davanti a un giudice civile. Infatti, nel caso di ricorso agli impegni da parte dell'impresa interessata, pur in assenza di un accertamento formale dell'illecito, il terzo danneggiato potrà senz'altro accedere a diversi elementi. Tra questi, il contenuto del provvedimento di apertura dell'istruttoria, i commenti forniti in risposta alla procedura di consultazione e il provvedimento di accettazione degli impegni che definisce il procedimento²². Da questi atti è possibile trarre senz'altro una serie di elementi, di natura perlopiù indiziaria, capaci nondimeno di corroborare, insieme ad altre risultanze, le istanze dei soggetti danneggiati da una condotta anticoncorrenziale.

Ancora, sul punto, non si può non considerare il contributo della giurisprudenza comunitaria, specie con la già ricordata pronuncia nel caso *Alrosa*: insistendo sulla necessità di un controllo affinché gli impegni rispondano a specifiche preoccupazioni concorrenziali, la Corte sembra suggerire che l'offerta di impegni postuli il riconoscimento di una condotta

²¹ A. PERA, G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, 1, p. 95.

²² *Ibid.*, p. 83.

contraria all'ordinamento. In tale ordine di idee, la stessa scelta di ricorrere agli impegni assumerebbe valore confessorio²³, come anche si è opinato nella giurisprudenza domestica²⁴ (ma sul punto sembra lecito formulare qualche riserva).

Dunque, sebbene non si possa negare, anche osservando la giurisprudenza rilevante sul fronte domestico, che l'adozione di impegni segni un ostacolo rispetto alla soddisfazione delle pretese dei terzi danneggiati da condotte anticoncorrenziali, sembra tuttavia consolidata l'idea che, anche a fronte dell'adozione di impegni, i soggetti che hanno derivato un pregiudizio da una condotta anticoncorrenziale possano dedurre elementi utili alla loro azione risarcitoria, sia attingendo agli atti del procedimento, sia eventualmente profittando della natura "confessoria" che da parte di alcuni si ritiene sottesa al ricorso agli impegni.

Le considerazioni così svolte hanno trovato sviluppo soprattutto nell'alveo dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale relativa alle decisioni dell'AGCM, ma come premesso sono senz'altro replicabili alle procedure istruite da Agcom. Ne risulta che un elemento di potenziale criticità che avrebbe potuto infirmare un giudizio sull'opportunità di ricorso agli impegni riesce in realtà, se non svuotato, fortemente ridimensionato: sicché la scelta di adottare impegni non si potrà dire suggerita da ragioni di possibile elusione di oneri sotto altro fronte, quali gli obblighi di natura risarcitoria connessi alla condotta anticoncorrenziale.

4. *Il rapporto tra impegni e risoluzione delle controversie devolute all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*

Un primo punto di contatto tra la disciplina degli impegni dettata dal Regolamento sanzioni e impegni e il procedimento di risoluzione delle controversie fra operatori amministrato dalla medesima Autorità risiede nell'ambito di applicazione dei due plessi normativi: sia il regolamento controversie sia l'istituto degli impegni trovano applicazione esclusivamente al settore delle comunicazioni elettroniche. Non è possibile, ad esempio,

²³ *Ibid.*, p. 85.

²⁴ In tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393; Tar Lazio-Roma, sez. I, 19 maggio 2011, n. 3964.

definire mediante impegni procedimenti sanzionatori relativi alla violazione di norme in materia di servizi di media audiovisivi.

È la stessa legge di copertura a vincolare, anche nell'ipotesi di procedimenti a carattere sanzionatorio, l'esperibilità degli impegni alla realizzazione di effetti procompetitivi²⁵. Ne risulta che gli operatori potranno far ricorso a impegni solo nell'ipotesi in cui, sempre ferma la cessazione della condotta contestata, la loro messa in atto possa determinare la rimozione degli effetti anticoncorrenziali a questa collegati. Discende da quanto precede che l'utilizzo degli impegni non potrà risolversi in un rimedio dal carattere transattivo, ma dovrà piuttosto distinguersi per l'efficacia nel migliorare le condizioni di concorrenza alterate dalla condotta contestata all'operatore interessato dal procedimento sanzionatorio. Si comprende allora come la scelta di sospendere il termine del procedimento sanzionatorio e di rendere pubblica la proposta di impegni risponda a finalità senz'altro condivisibili: ossia permettere agli interessati di formulare osservazioni, poiché le decisioni di accettazione di impegni hanno effetti che potenzialmente involgono l'intera struttura concorrenziale del mercato.

La competenza di Agcom rassomiglia molto quella di AGCM: «*La proposta dell'impresa soggetta al procedimento sanzionatorio deve essere "seria", "non dilatoria" e deve migliorare in modo "strutturale" le condizioni concorrenziali del mercato interessato, "rimuovendo le conseguenze anticompetitive dell'illecito attraverso idonee e stabili misure"*»²⁶. Quando gli impegni vengono accettati si fa luogo alla sospensione del procedimento sanzionatorio al fine di poter vigilare sull'esatta attuazione, da parte dell'impresa proponente, degli impegni. La delibera di archiviazione del procedimento viene adottata solo in esito al corretto e puntuale adempimento degli impegni.

Rispetto a questo scenario, tuttavia, resta piuttosto inesplorato il tema della compatibilità degli impegni con i procedimenti caratterizzati da natura contenziosa. L'attualità del tema deriva dalla recente approvazione del nuovo Regolamento controversie, introdotto con delibera n. 226/15/CONS²⁷.

²⁵ Cfr. MARINI BALESTRA, *cit.*, p. 949.

²⁶ DE LUCIA-MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, *cit.*, p. 523.

²⁷ Sull'iter, non estraneo a feconde innovazioni, che ha condotto all'approvazione di tale regolamento, nonché sui principali caratteri del regolamento stesso, cfr. A. PRETO, *Il lungo cammino della riforma*, in questo volume.

A tal proposito, preme anzitutto recuperare e far propria una riflessione che è diffusa tra gli studiosi della materia: si è notato come le disposizioni del Codice delle comunicazioni elettroniche, a partire dall'art. 23, su cui riposa il potere dell'Autorità di istruire i vari procedimenti di sua competenza, rimandino in realtà a un set comune di obiettivi, enunciati dagli artt. 3, 4, 13 e 14 del Codice. In questo ordine di idee, la distinzione tra le diverse tipologie di procedimento scolorisce, medesima essendo la funzione di rilevanza pubblicistica affidata all'Autorità nell'istruire i procedimenti che rientrano nella sua competenza.

La correlazione tra il Regolamento controversie e il Regolamento sanzioni e impegni si può cogliere analizzando le disposizioni che codificano il coordinamento tra questi due strumenti.

L'art. 6, c. 3 e ss., del Regolamento controversie regola l'ipotesi in cui dall'atto introduttivo della procedura contenziosa, o nel suo corso, emergano fatti sufficientemente circostanziati e non manifestamente infondati tali da integrare violazioni perseguibili ai sensi del Regolamento sanzioni e impegni. Segnatamente, nel caso in cui l'accertamento delle violazioni risulti pregiudiziale rispetto alla decisione della controversia, la Commissione, su proposta del Direttore, può disporre la sospensione del procedimento contenzioso (anche in parte) fino alla definizione del procedimento sanzionatorio.

La sovrapposizione tra controversia e procedimento sanzionatorio non può meravigliare, essendo evidente che non esiste altra ragione per devolvere una lite tra privati alla competenza di un'autorità amministrativa indipendente se non la connessione di tale lite con profili di interesse pubblicistico che vadano oltre il mero interesse privato di cui le parti sono portatrici.

E infatti Agcom è chiamata a dirimere solo controversie che abbiano ad oggetto obblighi derivanti dal Codice delle comunicazioni elettroniche o comunque dal *framework* regolamentare in materia. Le controversie tra operatori aventi carattere meramente pecuniario e non anche rilevanza regolamentare non superano il vaglio di ammissibilità.

Partendo da questo dato e osservando, come si è detto sopra, in una dimensione di sistema ('olistica'²⁸) gli strumenti che il legislatore ha posto

²⁸ Cfr. G. NAVA, *Regolamentazione e contenzioso tra operatori nelle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino 2012, p. 108.

nelle mani dell’Autorità, si può scorgere la connessione tra controversie e impegni e giungere a ritenere che quando l’interesse “regolamentare” sotteso ai poteri di Agcom sia già stato soddisfatto mediante l’adozione di impegni nel contesto di un procedimento sanzionatorio, e dunque l’interesse pubblico al ripristino di condizioni di concorrenzialità sia già stato appagato, non vi sarebbe ragione per attivare un’istanza di apertura di una controversia.

Il che conduce a concludere che l’adozione di impegni possa provocare non solo l’archiviazione del procedimento sanzionatorio, ma anche di quello contenzioso eventualmente pendente, nella misura in cui gli impegni abbiano determinato il superamento delle questioni di spessore pubblicistico e quindi svuotato il *petitum* del proprio ‘tono regolamentare’, facendo residuare solo profili pecuniari. È evidente che sarebbe diversa la conclusione nel caso in cui gli impegni non intaccassero, o intaccassero solo in parte, i profili regolamentari della questione oggetto di controversia portata davanti all’Autorità.

È evidente che da questa lettura discende il rigetto di qualsiasi interpretazione del procedimento contenzioso come dotato di una natura ‘giurisdizionale’ autonoma, che potrebbe proseguire una volta che il relativo interesse ‘regolamentare’ sia stato soddisfatto a seguito dell’adozione di impegni.

Inoltre, queste brevi considerazioni procedono dall’assunto che l’adozione degli impegni avvenga in sede di procedimento sanzionatorio. In mancanza di un siffatto procedimento, sembra che quanto detto sopra circa la natura dell’istituto escluda che ci siano margini per la proposizione di impegni e per l’accettazione degli stessi da parte dell’Autorità che li munisca di efficacia obbligatoria (va tuttavia segnalato che parte della dottrina ha sostenuto, sia pure con toni cauti, la praticabilità di un’interpretazione che ammetta possibilità di pervenire alla definizione di procedimenti contenziosi mediante l’accettazione di impegni, sebbene il Regolamento controversie taccia sul punto²⁹).

²⁹ Così DE LUCIA-MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, cit., p. 560: «Problematica appare poi, ma non impraticabile sul piano teorico, la possibilità per l’Agcom di definire mediante decisione di accettazione di impegni una controversia tra operatori o tra operatore e utente».

Giulio Napolitano

Regulation and Litigation.

La linea continua tra regolazione e soluzione delle controversie

Vi sono diversi modi di declinare il rapporto tra regolazione e conflitto. La letteratura giuridica, soprattutto di origine nordamericana, offre in proposito un vasto campionario. A sua volta, l'esperienza europea, soprattutto nel quadro del funzionamento del mercato interno, offre ulteriori spunti di riflessione.

Un primo approccio si interroga sul disegno ottimale degli ordinamenti giuridici. Esso muove dalla contrapposizione tra *regulation* e *litigation*.¹ Ciò consente di confrontare i vantaggi comparati di un sistema di regole *ex ante*, definito in via legislativa e amministrativa, con un sistema di regole *ex post*, che emergono dalla giurisprudenza in sede di soluzione delle controversie. Il secondo può considerarsi effettivamente alternativo al primo soprattutto negli ordinamenti di *common law*, maggiormente inclini a riconoscere in capo alle corti un potere sostanzialmente normativo, anche grazie al valore vincolante del precedente. L'implicito assunto da cui spesso muove questo approccio è che l'ordine giuridico costruito dalla giurisprudenza sia in grado di massimizzare l'efficienza economica e il benessere collettivo. Risolvendo singoli conflitti, le corti sarebbero meglio in grado di individuare regole e canoni interpretativi adeguati al mutare delle esigenze e delle condizioni di contesto (economiche, sociali, tecnologiche). La definizione di regole da parte del legislatore e in via delegata da parte di agenzie amministrative sarebbe invece viziata dai difetti tipici del processo politico-burocratico.

¹ R.A. POSNER, *Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework*, in *Regulation vs. Litigation: Perspectives from Economics and Law*, University of Chicago Press, 2010, pp. 11-26.

Una seconda impostazione mira a descrivere l'intero ordinamento amministrativo in termini di *litigation State*². Si vuole così evidenziare un modello di esecuzione delle leggi in cui l'attuazione delle politiche pubbliche, la tutela dei diritti e la vigilanza sull'azione amministrativa sono affidate soprattutto al *private enforcement*. Ciò sarebbe funzionale soprattutto al mantenimento di un sistema di governo diviso come quello statunitense. Il Congresso, infatti, ha interesse a massimizzare in via legislativa gli strumenti di tutela dei privati al fine di operare un controllo decentrato nei confronti delle agenzie federali. Il *private enforcement* opera così anche come contrappeso al potere del Presidente di guidare l'attuazione amministrativa delle leggi attraverso il comando diretto della catena burocratica. Anche nei sistemi di governo unitario dominanti nell'esperienza europea, peraltro, i privati giocano un ruolo importante nel presidiare la legittimità dell'azione amministrativa, anche se un eccesso di litigiosità finisce spesso per nuocere alla sua efficacia.

In una terza prospettiva, infine, il conflitto opera come uno strumento nelle mani della regolazione al fine di massimizzare la *compliance* dei privati: di qui l'idea di una *regulation by litigation*³. In questa diversa prospettiva, lo Stato litiga contro i privati per assicurare il rispetto delle regole. Si tratta soprattutto dei casi in cui le agenzie amministrative vanno davanti alle corti per perseguire comportamenti ritenuti illeciti da parte degli operatori. A ciò si possono aggiungere le azioni di classe da parte dei consumatori. È questo un modello diffuso negli Stati Uniti, ad esempio in materia di *enforcement* del diritto *antitrust* e di sicurezza alimentare⁴. Nei sistemi amministrativi europei è questa invece un'ipotesi piuttosto residuale. Sono rari infatti i casi in cui le autorità pubbliche si rivolgono ai tribunali per assicurare l'osservanza

² S. FARHANG, *The litigation state: Public regulation and private lawsuits in the United States*, Princeton University Press, 2010.

³ A.P. MORRIS *et al.*, *Regulation by litigation*, Yale University Press, 2009. Cfr. anche *Regulation through litigation*, a cura di W.K. Viscusi, Brookings Institution Press, 2002; R.J. RYCHLAK *et al.*, *Regulation Through Litigation*, in *Mississippi Law Journal* 71.2, 2001, pp. 613-692.

⁴ Sulle possibili conseguenze negative dal sovrapporsi tra strategie regolamentari e iniziative litigiose, cfr. peraltro A.L. WILLETT, *Litigation as an Alternative to Regulation: Problems Created by Follow-On Lawsuits with Multiple Outcomes*, in *Geo. J. Legal Ethics* 18, 2004, p. 1477 ss.

delle regole affidate alla loro cura (nell'ordinamento italiano, può menzionarsi l'esempio della Consob). Più diffuse, invece, sono le ipotesi in cui le amministrazioni adottano esse stesse procedimenti contenziosi per accertare il rispetto di regole fissate a livello primario (ad esempio in materia antitrust nei sistemi a *public enforcement*, come quello europeo e quello italiano) o sub-primario. In questo secondo caso, si tratta spesso di regole adottate dalle stesse autorità chiamate poi ad assicurarne l'osservanza. È quanto avviene in molti mercati regolamentati, come quelli finanziari e i servizi a rete.

Si sviluppa così un modello di *regulation and litigation* perché basato su una linea continua tra regolazione e aggiudicazione e sulla loro reciproca complementarità⁵. In questo modello, spesso gioca un ruolo rilevante anche la disciplina e il controllo dei conflitti che insorgono tra i privati circa l'osservanza dei diritti e degli obblighi discendenti dalla regolazione. Portare il più possibile il contenzioso tra gli operatori del mercato e tra questi e i consumatori di fronte al regolatore, infatti, non ha soltanto una funzione deflattiva rispetto al carico di lavoro delle corti. Esso serve anche consolidare la regolamentazione, ad accrescere la sua efficienza e la sua efficacia. Si realizza così un'integrazione verticale del processo regolatorio attraverso un ciclo continuo tra comando, *enforcement* e revisione del comando alla luce delle eventuali criticità emergenti in sede contenziosa.

La costruzione di sistemi alternativi di soluzione delle controversie tra i soggetti regolati è talora oggetto di uno specifico adempimento di legge gravante sulle autorità pubbliche. Ma a prescindere da ciò, le agenzie hanno un interesse istituzionale a dotarsi di uno strumento indiretto attraverso il quale controllare l'effettivo *enforcement* delle loro regole da parte degli operatori. L'azione esercitata dai privati diventa così un segnale d'allarme circa la possibile violazione delle regole del mercato fissate in via amministrativa. La soluzione diretta della controversia da parte dell'autorità pubblica e comunque il suo monitoraggio, ove il conflitto sia gestito in modo decentrato, consentono di disporre di un osservatorio privilegiato sulla regolazione in azione. Per questa ragione, ogni disciplina dei meccanismi di soluzione alternativa delle controversie va valutata non soltanto per la sua conformità o meno al paradigma normativo europeo e nazionale, ma

⁵ J. SCHWARTZSTEIN, A. SHLEIFER, *Regulation and Litigation*. Workingpaper, Harvard University, 2008.

anche per la vantaggiosità che essa prospetta in termini di tempestività ed effettività della tutela. Quanto più la disciplina è in grado di incentivare gli operatori a portare il conflitto davanti all'autorità, tanto più quel modello disciplinare può considerarsi di successo.

Naturalmente, vi sono diversi fattori di contesto, che contribuiscono a favorire lo sviluppo dei sistemi alternativi di soluzione delle controversie nei mercati regolamentati. In fin dei conti, il contenzioso è spesso una spia significativa del grado di salute dei mercati. Elevate spese di lite sono sostenibili soltanto in mercati in forte crescita (come nel caso delle telecomunicazioni europee tra la fine del XX secolo e l'inizio del XXI). In mercati in crisi, invece, anche se ci può scontrare maggiormente per il controllo di risorse sempre più scarse, si cercano soluzioni meno onerose per risolvere le dispute. Una delle sfide più delicate con cui si misurano le autorità di regolamentazione risiede allora proprio nella loro capacità di intercettare il mutare delle esigenze degli operatori nella definizione dei meccanismi di soluzione delle relative controversie.

Vi è dunque un legame di fondo nel rapporto tra regolazione e soluzione delle controversie, nonostante la diversità dei relativi poteri. La stessa Corte di Giustizia, d'altra parte, privilegia una lettura funzionalista quando prescrive l'osservanza degli obblighi di consultazione e di comunicazione alla Commissione e alle altre autorità nazionali di regolamentazione anche per le decisioni individuali contenziose, se queste hanno un impatto regolatorio. Ne discende che anche soggetti formalmente estranei alla disputa potrebbero essere legittimati a intervenire nel procedimento. Si uscirebbe così dalla logica tipica del processo di parti, che normalmente ispira anche i vari sistemi di soluzione alternativa delle controversie.

Lo 'spaccato' regolamentare che emerge in sede contenziosa, infine, può ben servire non soltanto a misurare la *compliance* regolatoria ma anche a stimolare la revisione del quadro regolamentare. Anche da questo diverso punto di vista, dunque, ogni autorità ha uno specifico interesse a incentivare gli operatori a chiedere il suo intervento per risolvere le controversie. Speciali meccanismi di raccordo procedurale possono anzi servire per meglio collegare le problematiche che emergono in sede di conflitto con le possibili soluzioni da introdurre in sede di aggiornamento della regolamentazione. Fondamentale a tal fine è allora assicurare la massima trasparenza della giurisprudenza che si forma in sede di soluzione alternativa delle controversie e la piena partecipazione ai successivi procedimenti di revisione regolamentare.

Bruno Carotti*

*Adeguato ai tempi e vivo:
il regolamento dopo le modifiche normative e la prassi attuativa*

SOMMARIO: 1. Giurisdizione e amministrazione: nodi generali. – 2. Le sfide della direttiva n. 2014/61/UE. – 3. Il decreto legislativo di recepimento (n. 33 del 2016). – 4. Il nuovo regolamento dell'Agcom tra principi sostanziali e disposizioni procedurali. – 5. Un accenno alla prassi: gli atti interpretativi. – 6. Conclusioni: una timida espansione del regolatore?

1. *Giurisdizione e amministrazione: nodi generali*

Giurisdizione e amministrazione compongono un nodo essenziale nella problematica del potere pubblico. Questo avviene non solo sul piano generale e sistematico, ma anche all'interno di singoli settori, ove dominano esigenze specifiche, come l'erogazione efficiente dei servizi pubblici. È quanto accade anche nel settore delle comunicazioni elettroniche: un tassello fondamentale è costituito, con il presidio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), dalla predisposizione di strumenti alternativi di soluzione delle controversie, che tendono a risolvere le difficoltà legate a una compiuta e corretta attuazione dei rimedi regolamentari posti dall'Autorità¹.

* Dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso la "Sapienza" Università di Roma e Cultore in diritto amministrativo presso l'Università "Roma Tre". Funzionario di ruolo dell'Agcom, ha ricoperto l'incarico di Consigliere giuridico del Commissario Antonio Preto, alla cui Memoria il presente scritto è dedicato. (*Le opinioni espresse sono personali e non rappresentano necessariamente la posizione dell'Autorità*).

¹ Questo, almeno, il portato ultimo della ricostruzione dottrina svolta in materia, che ancora la soluzione delle controversie a una stretta e solida unione con i rimedi sostanziali. Si v. A. PRETO, *In principio è la rete. Suggestioni comunicative per una società connessa*,

Strumento di deflazione del contenzioso, la soluzione alternativa delle controversie consente anche una lettura concreta degli atti regolatori, declinati e applicati ai casi più problematici offerti dalla prassi – quando, appunto, sorgono conflitti². L'esigenza di risolvere la pretesa del singolo a un provvedimento 'di giustizia' si correla, infatti, attraverso l'applicazione dei rimedi regolatori, al raggiungimento degli obiettivi settoriali, che sono innanzitutto indicati dalla direttiva quadro³.

2. *Le sfide della direttiva n. 2014/61/UE*

Nel primo anno di vita del regolamento si è assistito a una sua importante modifica. Modifica imposta dallo scenario normativo, la cui 'temperatura' è stata particolarmente elevata, e che si appresta a salire maggiormente in considerazione delle proposte della Commissione europea per la *review* dell'intero quadro normativo, che potrebbe arrivare a un *Codice delle comunicazioni elettroniche europeo*⁴.

Marsilio, Venezia 2014, in particolare il Capitolo 18, *Le prospettive incidentali, o della legittimazione inversa tra controversie e regolazione*, p. 253 ss. Sul settore, in generale, si v. S. MANNONI, *La disciplina delle comunicazioni elettroniche*, il Mulino, Bologna 2014 e, da ultimo, E. MATHIEU, *Regulatory Delegation in the European Union: Networks, Committees and Agencies*, Palgrave, London 2016, spec. p. 127 ss., nonché, per una interessante prospettiva connessa ai diritti e alla loro dimensione 'sociale' nel settore delle comunicazioni, O. BATURA, *Universal Service in WTO and EU Law: Liberalisation and Social Regulation in Telecommunications*, Springer, Berlin 2016, p. 12 ss., 117 ss.

² Questo punto è da tenere a mente, in quanto si ricollega ad alcune vicende modificative della procedura in esame, che evidenziano tendenze di stampo generale.

³ E, precisamente, all'art. 8, il quale indica la tutela degli utenti, la promozione della concorrenza e della politica infrastrutturale, l'uso efficiente dello spettro radio, lo sviluppo delle reti, la fornitura del servizio universale, la trasparenza delle informazioni, la protezione di gruppi sociali con particolari caratteristiche, la sicurezza e l'integrità delle strutture. Su questi aspetti, sia consentito rinviare a quanto scritto in *La collaborazione tra autorità europee delle telecomunicazioni*, Esperia, London 2011, p. 26 ss.

⁴ Si v. le seguenti comunicazioni del 14 settembre 2016: COM (2016) 591 def., proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche*; COM (2016) 590 def., proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, *che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche*. Entrambi i testi, con il materiale allegato, sono consultabili al

Nel caso di specie, si è registrato il recepimento, nell'ordinamento nazionale, delle disposizioni dell'Unione europea relative alla facilitazione della posa delle infrastrutture per le reti a banda ultra-larga. Nella costante tensione tra certezza delle regole, peculiarità dei singoli ordinamenti ed evoluzione infrastrutturale, l'Unione europea ha dettato un ulteriore corpo regolamentare, contenuto nella direttiva n. 2014/61/CE⁵.

La direttiva incide su aspetti centrali della materia, che ne testimoniano la perdurante attualità. Pone una serie di obblighi; incide sui titolari dei beni e sul regime degli edifici; stimola la condivisione delle infrastrutture e delle informazioni; tutela l'accesso alle reti, cercando di non minare il principio della neutralità tecnologica. L'Unione, con questa direttiva, mira al rafforzamento della politica infrastrutturale assicurando il principio di proporzionalità⁶; allo stesso tempo, rileva la necessità di superare le norme nazionali, laddove impediscano il consolidamento del mercato di accesso alle infrastrutture e, per questo, armonizza diversi aspetti – senza però pregiudicare le misure di maggior favore che gli Stati vogliano eventualmente adottare⁷.

seguente indirizzo: <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&n=10&adv=0&coteId=1&year=2016&number=&version=F&dateFrom=&dateTo=&serviceId=&documentType=&title=electronic+communications&titleLanguage=&titleSearch=EXACT&sortBy=NUMBER&sortOrder=DESC>> (ultimo accesso 17.11.2016). La seconda proposta è stata modificata il 12 ottobre 2016.

⁵ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, n. 2014/61/UE, recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità, in G.U.C.E. L 155, del 23 maggio 2014, p. 1 ss.

⁶ Si v. il *considerando* n. 16 della direttiva, ai sensi del quale «è opportuno che la presente direttiva lasci impregiudicate le salvaguardie specifiche necessarie per garantire la sicurezza e la sanità pubblica, l'integrità e la sicurezza delle reti, in particolare quella delle infrastrutture critiche, e per assicurare che non vi siano ripercussioni sul servizio principale fornito dall'operatore di rete, in particolare nelle reti utilizzate per la fornitura delle acque destinate al consumo umano».

⁷ Recita ancora il citato *considerando* n. 16: «le eventuali norme generali vigenti nella legislazione nazionale che proibiscano agli operatori di rete di negoziare l'accesso alle infrastrutture fisiche con i fornitori di reti di comunicazione elettronica potrebbero impedire la creazione di un mercato di accesso alle infrastrutture fisiche. Tali norme generali dovrebbero pertanto essere abolite. Nello stesso tempo, le misure stabilite dalla presente direttiva dovrebbero lasciare impregiudicata la possibilità, per gli Stati membri, di rendere più attraente la fornitura dell'accesso».

L'Unione, nella specie, introduce un corpo piuttosto compatto di regole sostanziali. A queste misure si associano quelle procedurali, che sono di complemento e ausilio. Se questo è vero in ordine generale, per cui una lettura sistematica di un ordinamento deve necessariamente associare le diverse disposizioni – in un connubio pressoché inscindibile⁸ – nel caso di specie ciò avviene assicurando l'effettività dei diritti con la possibilità di un ricorso a organismi appositamente incaricati di risolvere le eventuali controversie insorte. «[È] opportuno», si legge nella parte motiva della direttiva, «che ciascuna delle parti possa ricorrere a un organismo di risoluzione delle controversie a livello nazionale competente a imporre una soluzione alle parti per evitare rifiuti ingiustificati di negoziare o l'imposizione di condizioni non ragionevoli»⁹.

In questa stretta unione di sostanza e dinamica, si dipana l'intervento a valle del legislatore italiano e, a cascata, quello regolamentare dell'Autorità. Il recepimento della direttiva, infatti, ha comportato l'obbligo di modifica del regolamento sulle controversie tra operatori, a poco tempo di distanza dall'aggiornamento effettuato dall'Autorità, di cui il presente volume è testimonianza. Sono state, dunque, ragioni esogene a imporre un nuovo intervento.

3. *Il decreto legislativo di recepimento (n. 33 del 2016)*

Il recepimento della direttiva è stato operato con d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 33¹⁰. La finalità della norma risiede nella «*installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità*»; a tal fine, promuove «*l'uso condiviso dell'infrastruttura fisica esistente*» nonché «*un dispiegamento più efficiente di infrastrutture fisiche nuove, in modo da abbattere i costi dell'installazione di tali reti*». Il decreto stabilisce, inoltre, «*requisiti minimi relativi alle opere civili e alle infrastrutture fisiche*».

⁸ Si v., per tutti, V. DENTI, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Rivista di diritto processuale*, 1964, p. 66 ss.

⁹ Si v. il *considerando* n. 19.

¹⁰ Recante «*Attuazione della direttiva 2014/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità*».

Il d.lgs. n. 33 del 2016 rivela che il conseguimento degli obiettivi è strettamente legato alla soluzione delle controversie che possono insorgere tra operatori. Il decreto individua l'Agcom quale organismo competente a svolgere tale compito¹¹. La scelta è in linea non solo con il quadro normativo generale¹², ma anche con la direttiva n. 61 del 2014 e, in particolare, con i requisiti che essa impone all'organismo competente, vale a dire imparzialità e separazione giuridica e funzionale dagli operatori¹³.

Le norme procedurali sono scarse, ma significative: si concentrano sui tempi, sulla decisione e sul rapporto con il processo. Quanto ai tempi, l'Autorità compone la controversia al massimo entro due mesi: il decreto abbrevia il termine della direttiva, che ne concede fino a quattro. Scelta saggia: la celerità nella diffusione delle nuove reti, su cui l'Italia ha già accumulato troppi ritardi, deve essere ricercata anche con simili accorgimenti. Peraltro, già per le procedure 'ordinarie' è previsto un termine di quattro mesi, per cui la differenziazione appare ancor più opportuna.

Quanto alla decisione, è previsto che sia vincolante, assicuri il pieno rispetto del principio di proporzionalità, e che possa fissare termini e condizioni equi e ragionevoli. Si può intervenire anche sui prezzi che, insieme alle condizioni tecniche di accesso eventualmente fissate dall'Autorità, devono garantire che il recupero dei costi per il fornitore di accesso, in modo che questi risulti indenne da oneri dovuti alla realizzazione delle opere. Nel corso dell'istruttoria, l'Agcom può acquisire il parere delle altre autorità di

¹¹ Ai sensi dell'art. 9 dello stesso. In particolare, l'Autorità è competente per la risoluzione delle controversie tra operatori di rete e gestori di infrastrutture fisiche o tra operatori di rete in relazione ai diritti e agli obblighi previsti dagli articoli 3, 4, 5, 6 e 8 del d.lgs. n. 33 del 2016.

¹² Che prevede tra i compiti del regolatore proprio tale funzione: art. 20, direttiva n. 2002/21/CE; art. 23 del *Codice delle comunicazioni elettroniche*.

¹³ Si v. i *considerando* n. 23 e 35 della direttiva. Per il primo, «[i]n caso di controversie in merito all'accesso alle informazioni sulle infrastrutture fisiche allo scopo di installare reti di comunicazione elettronica ad alta velocità, l'organismo di risoluzione delle controversie dovrebbe essere in grado di comporre la controversia con una decisione vincolante. In ogni caso, le decisioni di tale organismo non dovrebbero pregiudicare la possibilità per le parti di adire un organo giurisdizionale». Per il secondo, più specificamente, «[è] necessario che l'autorità nazionale designata per la risoluzione delle controversie sia imparziale e indipendente nei confronti delle parti in causa e disponga delle competenze e risorse adeguate». Nell'articolo, è di rilievo l'art. 10.

regolazione «*dei settori in cui operano i gestori dell'infrastruttura fisica*». Deve ricordarsi, poi, che la decisione «*costituisce un ordine ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante Codice delle comunicazioni elettroniche*»¹⁴. Ne deriva che la violazione delle decisioni rese in sede di soluzione delle controversie, per le nuove reti, sarà direttamente riconducibile al regime sanzionatorio più severo del *Codice*, al fine di accrescerne l'efficacia ed evitare incertezze applicative.

Il portato del decreto legislativo presenta, infine, un elemento di forte evoluzione, che concerne l'ultimo aspetto menzionato, ossia il rapporto tra il procedimento amministrativo e giurisdizionale. In base al decreto, l'Autorità prevede «*in ogni caso la definizione della controversia anche in pendenza di un ricorso [in sede giurisdizionale], e disciplina i criteri e le modalità per l'attribuzione degli oneri destinati a coprire i costi di esecuzione dei compiti ad esso assegnati*»¹⁵. L'Agcom, dunque, decide anche laddove sia iniziata una azione giurisdizionale sulla medesima controversia. È, questa, una disposizione di rottura, visto che la proposizione di una domanda in sede giurisdizionale arresta la procedura in corso. Molti dubbi possono sorgere in relazione alla tenuta di una simile disposizione, in ragione del possibile contrasto con il diritto fondamentale di difesa. Il suo tenore letterale, però, non sembra intaccare i diritti presidiati dalla Carta fondamentale. L'avverbio «*comunque*», infatti, indica che l'esercizio del diritto di azione e la prosecuzione del procedimento giurisdizionale non sono arrestati o sospesi in alcun modo. Con la conseguenza che l'unica finalità ricercata è che la decisione rafforzi l'impianto regolatorio costruito dall'Autorità, senza per questo minare l'intervento del giudice. Impianto regolatorio che potrà, dunque, essere sconfessato dalla giurisdizione, se solo si pensa che la decisione finale potrà essere impugnata a sua volta¹⁶.

Il significato della disposizione si coglie, dunque, nella esigenza di funzionalità del sistema settoriale e, nella specie, nella certezza del quadro regolatorio e dei rispettivi diritti e obblighi dei soggetti interessati. Peraltro, simile disposizione era stata quasi 'anticipata' dall'Autorità, con l'adozione della delibera n. 226/15/CONS: segno che la lettura sostanzialista delle disposizioni può essere di ausilio nel comprendere i nodi maggiori e cercare di risolverli.

¹⁴ Art. 10, comma 1, d.lgs. n. 33 del 2016.

¹⁵ Art. 9, comma 7, d.lgs. n. 33 del 2016.

¹⁶ Verosimilmente, con motivi aggiunti alla controversia già instaurata.

Non si possono tralasciare, naturalmente, i possibili problemi in termini di produzione di effetti sui singoli, nonché di coerenza delle diverse decisioni. La soluzione giurisdizionale, infatti, potrebbe essere diversa da quella dell'Autorità. Ove successiva, potrebbe incidere su effetti già prodotti (per l'esecuzione della decisione di Agcom); se preventiva, potrebbe condizionare l'Autorità (in senso informale, o di *moral suasion*). Sussistono, dunque, possibilità di convivenza delle due decisioni, con la conseguente sussistenza di un ipotetico contrasto, anche solo temporaneo.

4. *Il nuovo regolamento dell'Agcom tra principi sostanziali e disposizioni procedurali*

L'Autorità ha adeguato il proprio regolamento con la delibera n. 449/16/CONS, del 4 ottobre 2016¹⁷. Ciò è stato fatto considerando sia aspetti generali, come l'immanenza dei principi di settore, sia specifici, più attinenti alla procedura.

Con riferimento ai primi, desta interesse la previsione relativa al recupero dei costi e all'impatto dell'accesso sul piano d'impresa¹⁸. Questa, a ben vedere, è una connessione con le esigenze del settore: le finalità generali indicate nel *framework* normativo europeo e nel *Codice delle comunicazioni elettroniche*¹⁹

¹⁷ La delibera, recante “*Modifiche e integrazioni del «Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori» di cui all'allegato A alla delibera n. 226/15/CONS*”, è stata pubblicata sul sito istituzionale dell'Agcom l'8 novembre 2016.

¹⁸ Art. 3: “[n]el caso in cui la controversia riguardi l'accesso all'infrastruttura di un fornitore di reti elettroniche di comunicazione e l'organismo nazionale per la risoluzione delle controversie sia l'autorità nazionale di regolamentazione, esso tiene conto, se del caso, degli obiettivi di cui all'articolo 8 della direttiva 2002/21/CE. Il prezzo eventualmente fissato dall'organismo competente per la risoluzione delle controversie è tale da garantire che il fornitore di accesso disponga di un'equa possibilità di recuperare i suoi costi e tiene conto dell'impatto dell'accesso richiesto sul piano d'impresa del fornitore di accesso, compresi gli investimenti realizzati dall'operatore di rete al quale è chiesto l'accesso, in particolare nelle infrastrutture fisiche utilizzate per la prestazione di servizi di comunicazione elettronica ad alta velocità». Non sono pregiudicati, ad ogni modo, «il diritto di proprietà del proprietario dell'infrastruttura fisica nei casi in cui l'operatore di rete non sia il proprietario, né il diritto di proprietà di terzi, quali i proprietari di terreni e i proprietari immobiliari privati».

¹⁹ Si fa riferimento, chiaramente, agli art. 3 e 4 del *Codice*, ai sensi dei quali il settore è

calcano l'aspetto relativo agli investimenti e alla tutela delle attività delle imprese. Qui vi sono finalità ulteriori, che si genera un'amplificazione dei fini perseguiti: la riduzione dei costi e la valorizzazione di eventuali *best practices*. L'effettività del conseguimento di questi obiettivi, ritenuta essenziale per lo sviluppo delle nuove reti, è affidata anche allo strumento di soluzione alternativa delle controversie. La direttiva, infatti, dispone che «nella fissazione dei prezzi dell'accesso detto organismo garantisca che il fornitore di accesso disponga di un'equa opportunità di recuperare i costi sostenuti nel fornire accesso alla sua infrastruttura fisica». Ciò deve essere effettuato tenendo in considerazione le «specifiche circostanze nazionali» e le tariffe volte a un «sano recupero dei costi»²⁰. L'organismo a ciò preposto, dunque, dovrà tenere necessariamente in considerazione questi elementi²¹.

Con riferimento all'accesso alle infrastrutture fisiche, gli investimenti realizzati possono contribuire, altresì, al raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda digitale e alla promozione della concorrenza. Le misure correttive in materia, infatti, servono a evitare che la concorrenza sia «influenzata da fenomeni di parassitismo». Nel fissare obblighi di accesso, di conseguenza, si deve tenere in considerazione la sostenibilità economica degli investimenti, l'orizzonte temporale del loro ritorno, l'impatto sulla concorrenza a valle²².

presidiato dai diritti inderogabili di libertà delle persone nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica, la loro segretezza, il diritto di iniziativa economica e il suo esercizio in regime di concorrenza. La disciplina di settore tende, tra l'altro, alla semplificazione dei procedimenti, alla garanzia del servizio universale, alla neutralità tecnologica.

²⁰ Infatti, prosegue la direttiva, «[n]el procedere in tal modo, l'organismo di risoluzione delle controversie dovrebbe anche tener conto dell'impatto dell'accesso richiesto sul piano d'impresa del fornitore di accesso, compresi gli investimenti effettuati dal fornitore di accesso cui è richiesto l'accesso, in particolare gli investimenti effettuati nell'infrastruttura pubblica cui è richiesto l'accesso».

²¹ Del resto, sono misure imposte dallo stesso regolatore e, dunque, parte dello plesso regolamentare (da applicare anche nella soluzione delle controversie). Su questi aspetti generali della regolazione, si v. F. MARINI BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, CEDAM, Padova 2016, spec. p. 103 ss. (sui rimedi).

²² E, conseguentemente, l'impatto «sui prezzi e sul ritorno dell'investimento», in base al «al deprezzamento degli attivi della rete al momento della richiesta di accesso, agli argomenti economici alla base dell'investimento, in particolare nelle infrastrutture fisiche utilizzate per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica ad alta velocità, e in base all'eventuale possibilità precedentemente offerta al richiedente di partecipare all'installazione».

Vi sono, dunque, criteri che devono orientare la procedura di soluzione delle controversie in modo sostanziale²³. Si tratta di puntuali indicazioni normative che determineranno la soluzione praticabile in sede applicativa²⁴.

L'adeguamento del regolamento (originariamente allegato alla delibera n. 226/15/CONS, oggi, come visto, modificato dalla n. 449/16/CONS), ad ogni modo, non tocca espressamente tali aspetti, che vengono correttamente lasciati alla legislazione nazionale ed europea. In questo modo, il regolamento mantiene la sua natura procedurale, evitando inserimenti ulteriori (nonostante la specificità dei criteri generi un sottoinsieme compatto). Vi è, piuttosto, un rinvio implicito alle cennate disposizioni sostanziali. Questa scelta ha consentito una celere modifica del regolamento – visto anche il superamento del termine del 1 luglio 2016 stabilito dal decreto legislativo²⁵ – e ha inciso su un altro aspetto strettamente connesso, ossia l'assenza di consultazione pubblica. Se, in astratto, tale scelta potrebbe apparire censurabile, in concreto l'adesione sostanziale alla disciplina legislativa ha consentito di procedere senza una previa partecipazione.

Con riferimento al merito e agli aspetti specifici delle modifiche intercorse, sono quattro gli aspetti da considerare.

²³ Infatti l'art. 21, comma 4, del *Regolamento*, come introdotto dalla delibera n. 449/16/CONS, prevede che «[i]l provvedimento con il quale è definita la controversia deve essere motivato e persegue sia, in generale, gli obiettivi di cui all'art. 13 del Codice, sia, nello specifico, gli obiettivi del Decreto, attuando i criteri sostanziali dettati da quest'ultimo».

²⁴ Anche in sede di attuazione delle disposizioni europee, l'art. 3, comma 6, del decreto, stabilisce che «[l]'organismo di cui all'articolo 9 decide secondo criteri di equità e ragionevolezza, entro due mesi dalla data di ricezione della richiesta. Il prezzo eventualmente fissato dall'organismo competente per la risoluzione delle controversie è tale da garantire che il fornitore di accesso disponga di un'equa possibilità di recuperare i suoi costi e resti indenne da oneri economici conseguenti e connessi alla realizzazione delle opere necessarie all'accesso. Il prezzo fissato da parte dell'organismo competente di cui all'articolo 9 non copre i costi sostenuti dal gestore dell'infrastruttura, laddove questi siano già riconosciuti nelle eventuali strutture tariffarie volte ad offrire un'equa opportunità di recupero dei costi stessi».

²⁵ Peraltro, una prima richiesta di intervento dell'Autorità è stata avanzata da un gestore per la asserita violazione degli obblighi di accesso all'infrastruttura fisica e dei principi di trasparenza, non discriminazione, equità e ragionevolezza (ai sensi dell'art. 3, d.lgs. n. 33 del 2016), nonché di quelli generali di concorrenza, semplificazione, accesso, desumibili dal regolamento sulla installazione delle reti di comunicazione elettronica per i collegamenti dorsali e la ubicazione e condivisione delle strutture (di cui all'art. 3 della delibera dell'Autorità n. 622/11/CONS, del 22 novembre 2011).

In primo luogo, alcune definizioni. È vero che sarebbe stato sufficiente un richiamo alle disposizioni di legge ma, a fini di comprensibilità e chiarezza, è sembrato preferibile inserirne alcune nel nuovo testo. Di conseguenza, sono presenti quelle di rete ad alta velocità, opere di genio civile, infrastrutture interne ai condomini, il punto di accesso²⁶. Sembrava possibile anche aggiornare la definizione di organismo di diritto pubblico, adeguandola alla disciplina contenuta nel *Codice degli appalti e delle concessioni*, successivo al d.lgs. n. 33 del 2016, ma la estraneità della materia ha sconsigliato simile opzione²⁷.

²⁶ Si riportano le principali, contenute nel nuovo art. 1: «rete di comunicazione elettronica ad alta velocità» (*una rete di comunicazione elettronica capace di fornire servizi di accesso a banda larga ad una velocità di almeno 30 Mbit/s*); «opere di genio civile» (*il risultato di un insieme di lavori edilizi o di ingegneria civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica e comporti uno o più elementi di un'infrastruttura fisica*); «infrastruttura fisica interna all'edificio predisposta per l'alta velocità» (*l'infrastruttura fisica presente all'interno dell'edificio e destinata a ospitare elementi o consentire la fornitura di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità*); «punto di accesso» (*punto fisico situato all'interno o all'esterno dell'edificio e accessibile a imprese che sono autorizzate a fornire reti pubbliche di comunicazione, che consente la connessione con l'infrastruttura interna all'edificio predisposta per l'alta velocità*); «gestore di infrastruttura fisica» (*un'impresa ovvero un ente pubblico o organismo di diritto pubblico che fornisce un'infrastruttura fisica destinata alla prestazione di: 1) un servizio di produzione, trasporto o distribuzione di: 1.1) gas; 1.2) elettricità, compresa l'illuminazione pubblica; 1.3) riscaldamento; 1.4) acqua, comprese le fognature e gli impianti di trattamento delle acque reflue, e sistemi di drenaggio; 2) servizi di trasporto, compresi ferrovie, strade, porti e aeroporti*); «infrastruttura fisica» (*tutti gli elementi di una rete destinati ad ospitare altri elementi di una rete senza che diventino essi stessi un elemento attivo della rete, quali ad esempio tubature, piloni, cavidotti, pozzi di ispezione, pozzetti, centraline, edifici o accessi a edifici, installazioni di antenne, tralicci e pali. I cavi, compresa la fibra inattiva, gli elementi di reti utilizzati per la fornitura delle acque destinate al consumo umano ai sensi dell'articolo 2, punto 1, della direttiva 98/83/CE del Consiglio, non costituiscono infrastrutture fisiche ai sensi del presente decreto*).

²⁷ La definizione presente nel d.lgs. n. 33 del 2016, che appare meno chiara rispetto al *Codice degli appalti* quanto a costruzione linguistica, ma non a livello di semantica, è la seguente: «*gli organismi che hanno tutte le seguenti caratteristiche: 1) sono istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) sono dotati di personalità giuridica e sono finanziati integralmente o per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico; o la loro gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi; o il loro organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico*».

In secondo luogo, muta l'ambito di applicazione del regolamento. Quest'ultimo ora si estende anche ai gestori di infrastrutture fisiche, ai proprietari di unità immobiliari e condomini. La novità è importante, perché in grado di variare la geometria dei rapporti tra soggetti nella collocazione dei punti finali della rete. In linea con (e in diretta applicazione de) il decreto di recepimento, l'articolato viene modificato²⁸ – nonostante già prevedesse, sin dall'adozione della delibera n. 226/15/CONS, la possibilità di definire una controversia tra operatori di comunicazione elettronica e gestori di infrastrutture fisiche. Con una differenza sola, ma di tutto rilievo, rispetto alla disciplina precedente: l'estensione soggettiva non sarà più subordinata all'accordo delle parti. È sufficiente una sola istanza affinché l'Autorità possa procedere alla definizione della controversia. Questa soluzione è coerente con l'intento di velocizzare la rimozione degli eventuali ostacoli che dovessero frapporsi alla celere installazione delle nuove infrastrutture.

In terzo luogo, viene in rilievo la disciplina dei tempi. In linea con il decreto legislativo, viene previsto un termine dimezzato rispetto alle controversie ordinarie: due mesi invece di quattro. Stante la cogenza degli impegni assunti nell'ambito dell'Agenda digitale e la necessità, per il Paese, di superare le posizioni riflesse nell'indice *Digital Economy & Society Index* (Desi) della Commissione europea, si ritiene che tale termine dovrebbe essere puntualmente rispettato²⁹. In questo senso, sarebbe auspicabile stabilirne il carattere perentorio, anche se, alla luce della prassi e di possibili complicazioni tecniche, una simile opzione non appare priva di risvolti problematici (anche per evitare una disparità di qualificazioni all'interno dello stesso regolamento, posto che il termine di quattro mesi è, come noto, ordinario). Non a caso, il testo del regolamento fa salve «*circostanze eccezionali*»³⁰.

In quarto luogo, e in modo strettamente connesso, vi sono modifiche generali di carattere – come già in parte anticipato – prettamente procedurale. L'articolato viene definito in tre titoli: definizioni; controversie ordinarie; controversie speciali³¹. Del primo si è detto. Il secondo rimane

²⁸ Si v. l'art. 2, comma 2, del *Regolamento*.

²⁹ Si v. gli ultimi dati aggiornati su <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/desi>> (ultimo accesso 17.11.2006).

³⁰ Si v. l'art. 16, comma 1, del *Regolamento*.

³¹ Rispettivamente, art. 1-2; art. 3-12; art. 13-22.

immutato. Il terzo ricalca il secondo: ciò significa che il procedimento per le controversie relative a reti ad alta velocità è identico a quello generale. Presenta, però, alcune differenze.

Innanzitutto, i tempi, già indicati³². Inoltre, le misure cautelari, che restano applicabili – anche se la loro eliminazione poteva essere una valida alternativa, in ragione delle spiegate esigenze di celerità. La scelta di mantenerle può andare a ulteriore beneficio della parte coinvolta, accelerando la produzione di effetti e sciogliendo i nodi controversi, quantomeno in via temporanea.

Scompare, poi, come anticipato, l'archiviazione per la proposizione di una domanda in sede giurisdizionale. In tal caso, in base a una scelta particolarmente significativa compiuta dal decreto legislativo n. 33 del 2016, l'Autorità è comunque chiamata a decidere. Può qui osservarsi che tale previsione ben si armonizza con quella del vigente regolamento (che ha quasi 'anticipato' la soluzione del Legislatore), relativo alle controversie tra operatori risolte ai sensi del *Codice*. Una norma introdotta con la delibera n. 226 del 2015 già prevede, infatti, che l'Autorità, a talune condizioni (quali lo stato di avanzamento e trattazione della controversia), si pronunci anche laddove una delle parti adisca il giudice, successivamente all'instaurazione di una controversia dinanzi all'Autorità, adottando un atto interpretativo generale sugli elementi regolamentari della controversia³³.

5. *Un accenno alla prassi: gli atti interpretativi*

La vita del nuovo regolamento e le novità da esso apportate non si sono fatte attendere, sin dalla delibera n. 226 del 2015. La prassi ha fatto segnare alcuni episodi di interesse, con particolare riferimento alla possibilità di 'atti interpretativi generali'.

Due i casi cui fare riferimento. Nella prima controversia, *Vodafone c. Fastweb*, l'Autorità ha applicato la norma appena citata³⁴ al fine di dettare i criteri che presidiano la materia dei KO. Aldilà della scelta di non adottare un provvedimento sanzionatorio (che sembrava, in astratto, ammissibile),

³² Sono, infatti, proporzionalmente ridotti numerosi termini previsti dalla delibera n. 226/15/CONS, come quelli relativi alla convocazione o alla presentazione di memorie.

³³ Si tratta dell'art. 3, comma 5, del *Regolamento*.

³⁴ Si v. la nota precedente.

è interessante notare come, per ragioni di questioni di natura tecnica, sia stata ritenuta più opportuna l'adozione di un provvedimento di carattere generale, teso a orientare il mercato.

Come si legge nella delibera n. 121/16/CONS, infatti, anche a fronte della impossibilità di giungere a una diffida (o forse in ragione di questa scelta), l'Autorità ha deciso di inviare un segnale agli operatori. Nella parte motiva del provvedimento si legge che *«nel corso della controversia di cui alla determina n. 11/16/DRS, l'Autorità ha affrontato temi di rilevante interesse regolamentare e con notevole impatto sull'assetto concorrenziale, quale quello dell'uso corretto delle causali di scarto previste nell'ambito delle procedure di migrazione, ed in particolare della causale per servizio mai richiesto, anche alla luce degli accordi tra operatori»*. Pertanto, si stabilisce che *«[g]li operatori autorizzati ai sensi del Codice alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche utilizzano la causale di scarto per servizio non richiesto nel solo caso in cui il cliente intestatario del contratto dichiara espressamente di 'non aver mai richiesto' il servizio»*³⁵.

Le finalità generali sono ben esposte nella parte motiva, che rappresenta una piena valorizzazione della forte novità introdotta dalla delibera n. 226/15/CONS. La delibera n. 121 del 2016, infatti, sottolinea come, *«in ragione della rilevanza della fattispecie che assurge a tema di interesse regolamentare e contribuisce al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 del Codice»*, sia opportuno *«provvedere ad emanare un atto di indirizzo interpretativo di portata generale che possa migliorare le dinamiche concorrenziali e di mercato»*.

Vicenda analoga, quanto a soluzione, ma diversa quanto a fattispecie, è quella decisa con la delibera n. 85/16/CIR, adottata in materia di contributi *wholesale ADSL naked* (in relazione ai quali si è chiarito che non sono dovuti quelli *una tantum* richiesti in data antecedente al 2008). Era in discussione una controversia pluriennale tra *Eutelia* e *Telecom Italia* e sussisteva la competenza del giudice fallimentare, per l'azione avviata in quella sede, ma il nuovo regolamento ha comunque consentito di giungere a una conclusione del caso, quantomeno in termini generali.

³⁵ Art. 1, comma 1, della delibera n. 121/16/CONS; si v. anche il punto 40 della parte motiva: *«[i]n altri termini la causale per servizio mai richiesto è stata introdotta per garantire il rispetto della volontà del cliente e non per essere attivata laddove un operatore Donating 'presuma' che il contratto non è ancora concluso secondo i requisiti previsti dal Codice del Consumo»*. Quindi, *«laddove il cliente esprima un 'ripensamento' non sarà possibile utilizzare la causale per servizio mai richiesto»*.

Per quanto interessa in questa sede, l'Autorità ha rilevato che Telecom Italia, «*dopo che il procedimento, avviato ai sensi dell'articolo 6, [aveva] condotto ad una valutazione esaustiva dei fatti e delle questioni giuridiche sottese*», ha devoluto la medesima questione al giudice ordinario. Dinanzi a una istruttoria svolta in maniera completa e al fatto che la questione dei contributi *wholesale ADSL naked* era stata affrontata più volte in diverse controversie, si è comunque ritenuto di giungere a una decisione 'di principio'³⁶. Quindi, in ragione della rilevanza della fattispecie, «*che assurge a tema di interesse regolamentare e contribuisce al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 del Codice*», la Commissione ha deciso di «*emanare un atto interpretativo di portata generale che possa garantire le corrette dinamiche concorrenziali e di mercato*». Questo senza minare i diritti di difesa³⁷.

Per comprendere appieno la rilevanza dell'applicazione della nuova norma, si deve tenere in considerazione che, in una precedente – e sostanzialmente analoga – vicenda, l'Autorità aveva archiviato la richiesta di *Eutelia* volta a ottenere una pronuncia sulla materia, in considerazione della sottoposizione al giudice delle medesime questioni.

La novità introdotta con la delibera n. 226/15/CONS, dunque, non si è fatta attendere: ha ravvivato il plesso regolatorio vigente e chiarito la portata dei rimedi e dei suoi principî, lanciando un segnale al mercato e contemperando gli interessi delle parti.

6. Conclusioni: una timida espansione del regolatore?

La breve analisi condotta sulle modifiche al regolamento a valle del d.lgs. n. 33 del 2016 e dai casi esaminati, mostra che, in relazione al binomio generale amministrazione e giurisdizione, si scorga una ventilata ridefinizione della prima, quasi una parziale prevalenza.

³⁶ Mediante «*una completa acquisizione degli atti e dei fatti oggetto della lite, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio, così da determinare una piena ed esaustiva valutazione dei fatti e delle questioni giuridiche sottese*».

³⁷ Prosegue, infatti, la parte motiva della delibera affermando che «*nel corso del procedimento, incluso la fase di opposizione, l'istruttoria procedimentale si è svolta attraverso una completa acquisizione degli atti e dei fatti oggetto della lite, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio, così da determinare una piena ed esaustiva valutazione dei fatti e delle questioni giuridiche sottese*».

È un paradosso? Una conclusione affrettata? Una provocazione? Nulla di tutto questo. Il maggior peso della giurisdizione – per ragioni costituzionali e di principî fondamentali – è fuori discussione. Ma vi è un *favor*, evidente nelle ultime modifiche normative, che consente all'amministrazione regolatrice di spingersi aldilà dei confini tradizionali, arrivando a lambire ambiti che fino a poco fa erano irraggiungibili. Si tratta, come visto, delle decisioni che si sovrappongono a quelle giurisdizionali. Toccandole, almeno temporaneamente. È un tocco gentile, che non mina i capisaldi dell'ordinamento (non potrebbe farlo). Ma è un tocco che indica come settori specifici possono avere l'esigenza di procedere a decisioni basate sull'attività di un soggetto istituzionale che cura costantemente gli interessi dei soggetti regolati, e che fa vivere l'ordinamento settoriale con la sua posizione neutrale e le sue regole.

Sullo sfondo, la necessità di amministrare in modo attivo, forte e presente. Che, nella specie, non deve sfociare in una attività quasi-giurisdizionale (esclusa in radice dalla Cassazione³⁸), assecondando pretese sproporzionate, ma deve svolgere la funzione regolatoria anche attraverso il fondamentale tassello della soluzione delle controversie, illuminando eventuali conî d'ombra.

Questo conferma che, in generale, c'è bisogno di un decisore, soprattutto nei settori più evolutivi³⁹. Naturalmente, ciò non minimizza o riduce la necessità del controllo, soprattutto di quello del giudice. Che serve a ristabilire equilibri, laddove questi siano alterati. In un'ottica fisiologica, che a volte potrebbe mancare, un dialogo fruttuoso serve a correggere gli inevitabili errori, o gli eccessi in cui si può sconfinare.

È vero ed estremamente attuale, infatti, che «[i] settori sensibili, come quello in cui opera l'Autorità, non devono temere le voci della giustizia, considerandole voci estranee e avulse dalla materia; al contrario, occorre dare ad esse il dovuto ascolto, traendone spunti e, ove necessario, insegnamenti». È un discorso che presenta, «un fine specifico: tutelare i soggetti interessati dall'attività di regolazione. Una garanzia del singolo, dunque: dell'impresa come della persona. È un piccolo passo nel grande cammino della conquista della civiltà giuridica, anche in settori altamente specializzati e complessi, intrisi di scienze

³⁸ Cass. civ., Sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2680.

³⁹ Si v. l'editoriale di S. CASSESE, *Eppur si deve decidere*, in *Corriere della Sera*, del 14 aprile 2016.

economiche e ingegneristiche, come quello delle comunicazioni elettroniche e dell'audiovisivo. La complessità non deve essere un filtro per rallentare le forme di tutela effettiva. Se l'Autorità osserverà le risultanti che derivano dall'esercizio di tale diritto e utilizzerà in modo costruttivo i preziosi insegnamenti che ne derivano, potrà solo accrescere – e non certo diminuire – la propria indipendenza di giudizio»⁴⁰.

La strada del regolamento mostra, dunque, non solo prospettive particolari, ma anche un cammino generale, denso di significati. Un cammino intrapreso fin dalla delibera che ha approvato la riforma del regolamento sulla soluzione delle controversie tra operatori.

Una riforma fortemente voluta, e di cui è stato Relatore, il Commissario Antonio Preto.

⁴⁰ Lo scriveva, ancora A. PRETO, *In principio è la rete. Suggestioni comunicative per una società connessa*, e, in particolare, il Capitolo 16, *Legittimazione e indipendenza dell'Autorità: tre percorsi narrativi*, p. ss. spec. p. 238-239: «[s]e il regolatore sarà capace di cogliere gli spunti offerti dalla giurisprudenza, potrà pervenire a un assetto più efficiente dell'intero settore, migliorando la regolazione, svolgendo in modo coerente la propria funzione e rispettando i diritti degli interessati. È questo, in estrema sintesi, il portato del rapporto – piuttosto complesso – scaturito dal sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità. È in gioco il miglioramento delle regole settoriali, mediante un intervento pluridirezionale, in cui ci si osservi reciprocamente e si dialoghi. Un'ultima notazione. Il controllo giurisdizionale, a ben vedere, risulta in linea con un sistema moderno di giustizia, di cui un Paese, per essere civile ed efficiente, ha estremamente bisogno. Ricordiamolo: l'assicurazione dei diritti, attraverso il sistema giudiziario, è fondamentale per lo stesso Stato di diritto. I diritti non devono essere solo proclamati: occorre anche l'applicazione e la garanzia della tutela effettiva». Se ne deduce, prosegue lo scritto, che «quello stesso sistema che chiede l'indipendenza del regolatore, infatti, chiede ora che quest'ultimo sia sottoposto al controllo di un organo 'competente'».

L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, con la Delibera n. 226/15/CONS, ha approvato, in attuazione di quanto disposto dall'articolo 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori.

Il nuovo Regolamento, sostituendo il precedente Regolamento n. 352/08/Cons, introduce una serie di rilevanti modifiche: l'estensione dell'ambito soggettivo, la previsione di regole in materia di improcedibilità ed inammissibilità della domanda, la semplificazione di alcuni adempimenti formali, la revisione del procedimento cautelare ed infine alcune precisazioni in merito alla fase decisoria della controversia.

Il volume non si è limitata all'esegesi delle nuove disposizioni ma si sofferma sulla portata strategica del Regolamento, sottolineando la doppia anima dello stesso quale strumento di soluzione delle controversie alternativo alla giurisdizione, da una parte, e strumento volto a permettere la cosiddetta regulation by litigation, dall'altra parte.

Gli Autori valorizzano soprattutto l'anima "paragiurisdizionale" del procedimento di soluzione delle controversie dinanzi all'AGCom, confermando che si tratta di uno strumento alternativo alla giurisdizione.

