

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'Autorità<sup>1</sup>.

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

---

<sup>1</sup> 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'ordinamento<sup>2</sup>, 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 contrattualmente<sup>3</sup>. 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

<sup>2</sup> Cass. Civ., ss.uu., 12 dicembre 2014, n. 26242, § 4.3.

<sup>3</sup> 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'Autorità<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> 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 proposito<sup>5</sup>. 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 summenzionata<sup>6</sup>:

- (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 fattispecie<sup>7</sup>.

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-

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

<sup>6</sup> G. NAVA, *Ibid.*, p. 152.

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>.

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”*»<sup>9</sup>.

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

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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 regolamentare<sup>10</sup>.

### 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-

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

to è pur sempre un provvedimento amministrativo<sup>11</sup>. 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*»<sup>12</sup>.

---

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

<sup>12</sup> 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 oggetto<sup>13</sup>.

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*»<sup>14</sup>. 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*»<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Punto confermato da Cons. Stato, sez. III, 9 aprile 2014, n. 1699.

<sup>14</sup> Del. 63/14/CIR, § 31.

<sup>15</sup> Ivi, § 35.

