

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 vigore 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 proceduralizzazione 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 dal 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-

petenze 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) | — | — |