

Ernesto Apa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ *Ibid.*, p. 12.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³ *Ibid.*, pp. 151 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷ *Ivi*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²² *Ibid.*, p. 83.

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

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

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

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

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

²³ *Ibid.*, p. 85.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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