

Filippo Donati

La soluzione delle controversie e le comunicazioni elettroniche

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. *Considerazioni conclusive*

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

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

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

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

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

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

