

**SINTESI DELLA CONSULTAZIONE DI CUI ALLA DELIBERA
N.256/14/CONS**

1. PREMESSA

La delibera n. 352/08/CONS, recante il “*Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori*” (nel seguito, anche “*Regolamento*”), ha sostituito il precedente *Regolamento* adottato con delibera n. 148/01/CONS.

Il regolamento sulle controversie tra operatori attua, come noto, quanto disposto dall’articolo 23 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*” (di seguito “*Codice*”).

La caratteristica principale del *Regolamento* in vigore è l’introduzione di un procedimento unitario, in cui non è più prevista – al contrario di quanto accadeva in precedenza – l’obbligatorietà del tentativo di conciliazione. Quest’ultimo, infatti, è esperibile in qualsiasi fase del procedimento. A ciò si aggiunge la possibilità di adottare provvedimenti cautelari che anticipano la definizione finale, in casi particolari di urgenza.

L’applicazione del *Regolamento* su molteplici casi concreti ne ha tuttavia messo in luce pregi, punti di debolezza ed aspetti che richiedono integrazioni, modifiche e/o chiarimenti.

Scopo del presente procedimento è quello di procedere ad una revisione ed integrazione del *Regolamento*, tenuto conto degli obiettivi istituzionali dell’Autorità, come alla stessa conferiti dalla legge istitutiva e dal *Codice*, e dei principi generali sul buon andamento dell’azione amministrativa.

2. AMBITO DI APPLICAZIONE E REQUISITI DI AMMISSIBILITÀ (ARTICOLO 2)

A1) Le valutazioni dell’Autorità di cui alla delibera n. 256/14/CONS

L’Ambito di applicazione del *Regolamento* è definito dall’articolo 2, che si riporta di seguito per semplicità espositiva.

Articolo 2

Ambito di applicazione

1. Ai sensi dell’articolo 23 del Codice, sono rimesse alla competenza dell’Autorità le controversie fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, aventi ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice, dalla direttiva quadro, dalle direttive particolari, da provvedimenti dell’Autorità ovvero da altre fonti, anche negoziali, che ne costituiscono attuazione.

2. Il presente regolamento si applica altresì alle controversie di cui all’art. 2 della delibera n. 334/03/CONS, intendendosi attribuiti al Consiglio i poteri previsti dal presente regolamento in capo alla Commissione per le infrastrutture e le reti.

3. L’Autorità, nell’esercizio delle competenze amministrative di cui al comma che precede, persegue gli obiettivi di cui all’art. 13 del Codice.

2.1 AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE

Alla luce dell’esperienza maturata nei cinque anni di applicazione del *Regolamento*, si è riscontrata la necessità di chiarire quali siano i soggetti effettivamente titolati a chiedere l’intervento dell’Autorità per la risoluzione di una controversia e i casi che rientrano nella competenza dell’Autorità e, come questioni connesse, i requisiti di ammissibilità e procedibilità dell’istanza, di cui si parlerà in seguito.

In relazione alla titolarità dell’azione e all’ambito soggettivo di applicazione, in particolare, si ritiene che, secondo l’attuale formulazione, l’Autorità sia competente a risolvere controversie tra imprese autorizzate, ai sensi dell’articolo 25 del *Codice*, alla fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica. Il titolo autorizzatorio di cui

sopra costituisce, infatti, una condizione per la fornitura di reti e servizi di comunicazione.

A tale riguardo si richiama che la nuova formulazione dell'articolo 23 del *Codice* prevede, al comma 1, quanto segue:

1. *Qualora sorga una controversia avente ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice, fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, o tra tali imprese e altre imprese che beneficiano dell'imposizione di obblighi in materia di accesso o di interconnessione, l'Autorità, a richiesta di una delle parti, e fatte salve le disposizioni del comma 2, adotta quanto prima, e comunque, salvo casi eccezionali, entro un termine di quattro mesi, una decisione vincolante che risolve la controversia.*

La nuova formulazione dell'articolo 23, comma 1, appare estendere l'ambito soggettivo di applicazione anche ad *altre imprese che beneficiano dell'imposizione di obblighi in materia di accesso o di interconnessione derivanti dal presente Codice*. Ciò è in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare con la sentenza resa nel procedimento C-192/08, *TeliaSonera* e, soprattutto, con la modifica dell'art. 5 della direttiva n. 2002/19/CE (*direttiva accesso*).

A tale riguardo, si osserva che l'Autorità, con l'adozione della delibera n. 622/11/CONS, recante "*Regolamento sui diritti di passaggio e sulle reti dorsali*" (nel seguito "*Regolamento scavi*"), ha attuato le competenze conferitele dal *Codice* e dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 (che ha convertito in legge, con modificazioni, il decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante "*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione*") in tema di reti dorsali e di accesso alle infrastrutture di posa per cavi in fibra ottica.

In tale delibera, anche su sollecitazione del mercato, è stato affrontato il tema dell'opportunità di un intervento dell'Autorità nell'ambito di una controversia inerente alle tematiche della coubicazione, o dell'accesso a doti ed altre infrastrutture atte alla posa di reti di comunicazione elettronica.

Nello specifico, nella consultazione pubblica conclusa con l'adozione di detta delibera, alcuni operatori hanno auspicato un intervento dell'Autorità nell'ambito delle proprie competenze nelle controversie tra operatori, in caso di richieste di coubicazione

non soddisfatte, di mancato accordo tra le parti sulla definizione dei corrispettivi economici per l'accesso alle infrastrutture di posa per cavi per comunicazioni elettroniche, di *iter* autorizzativi per l'occupazione di sedi stradali ed autostradali non conformi alla normativa di settore (paragrafo C.54).

Su tale questione l'Autorità, già in quella sede (punto 50, paragrafo C.45 e C.54 del *Regolamento scavi*), riteneva plausibile che la risoluzione di una controversia potesse costituire uno degli strumenti idonei a incoraggiare o agevolare la condivisione delle infrastrutture. L'Autorità ritiene, infatti, alla luce del potere che il *Codice* le conferisce in tema di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica, di poter favorire la condivisione intervenendo con la propria funzione conciliativa, ad esempio, laddove gli operatori non riuscissero a completare la negoziazione per la condivisione di un'infrastruttura. Tale intervento è opportuno (come già chiarito al punto C.45-III del *Regolamento scavi*) anche laddove sorgano divergenze in merito all'attuazione dei criteri per la ripartizione dei costi di condivisione.

Ciò premesso, si ritiene che il *Regolamento*, senza necessità di modifiche, già consenta all'Autorità di intervenire, nell'ambito della soluzione di controversie tra operatori di comunicazione, in materia di condivisione ed accesso ad infrastrutture atte alla posa di cavi per comunicazioni elettroniche. Si tratta, infatti, di controversie fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, aventi ad oggetto gli obblighi derivanti dal *Codice* (obblighi di accesso e di condivisione) e da provvedimenti dell'Autorità (quali la citata delibera n. 622/11/CONS e successive possibili integrazioni), prerequisites soggettivi ed oggettivi previsti dall'articolo 23 del *Codice* stesso.

Ben diversa è il caso in cui la controversia insorga tra un operatore di comunicazioni elettroniche e un soggetto titolare di infrastrutture di posa (ad esempio un concessionario di infrastrutture stradali, un ente locale, ecc.), ma non soggetto autorizzato ai sensi dell'articolo 25 del *Codice*. Si ritiene, in merito, che la procedura di soluzione delle controversie, così come oggi disciplinata, non sia applicabile, essendo limitata agli operatori di comunicazione elettronica.

Tuttavia, considerato che l'esperienza pratica ha dimostrato la ricorrenza di contenziosi tra soggetti autorizzati e soggetti terzi, e che l'individuazione di soluzioni pratiche per le questioni controverse integra, senza dubbio, una delle possibili modalità di svolgimento delle competenze che la legge attribuisce all'Autorità (agevolazione della condivisione delle infrastrutture di posa e promozione della concorrenza e della infrastrutturazione), si ritiene opportuna un'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione del *Regolamento*.

Ciò avverrebbe al fine di dotarsi di uno strumento aggiuntivo e complementare per l'attuazione dei compiti dell'Autorità, che i soggetti interessati possano attivare *su base volontaria*, per beneficiare dell'*expertise* della amministrazione tecnica anche nella fase applicativa della regolamentazione; si aggiungerebbe l'obiettivo mediato di colmare eventuali lacune rese evidenti dall'esperienza pratica.

L'Autorità, in altre parole, potrebbe intervenire laddove, su base volontaria, entrambe le parti in lite decidessero di investire la stessa per tentare una conciliazione. Laddove ciò avvenisse si configurerebbero, sotto l'aspetto procedurale, due possibilità:

- in caso di mancato accordo, nel corso del procedimento svolto presso l'Autorità, le parti rinunciano all'intervento di definizione della controversia da parte della stessa e il procedimento si conclude;
- in caso di mancato accordo, l'Autorità viene chiamata dalle stesse parti a decidere sulla controversia. Resta ferma, naturalmente, la tutela in sede giurisdizionale.

Alla luce di quanto illustrato, anche in base all'attuale quadro normativo, con riferimento all'ambito *soggettivo* di applicazione si propone la previsione di un comma aggiuntivo all'articolo 2 secondo la seguente formulazione:

1. *Ai sensi dell'articolo 23 del Codice, sono rimesse alla competenza dell'Autorità le controversie fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica o tra tali imprese e altre imprese che beneficiano dell'imposizione di obblighi in materia di accesso o di interconnessione derivanti dal presente Codice, aventi ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice, dalla direttiva quadro, dalle direttive particolari, da provvedimenti dell'Autorità ovvero da altre fonti, anche negoziali, che ne costituiscono attuazione.*

1-bis. *Ai sensi della delibera n. 622/11/CONS, sono altresì rimesse alla competenza dell’Autorità le controversie tra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica e soggetti tenuti alla fornitura di accesso ad infrastrutture di posa di reti in fibra ottica, laddove entrambe le parti dichiarino espressamente di adire quest’ultima. In caso di fallimento della conciliazione e laddove le parti chiedano la definizione della controversia, la decisione dell’Autorità diviene vincolante per le parti, fatte salve le tutele giurisdizionali previste dal Codice stesso.*

A tale proposito, si ritiene opportuna una integrazione dell’articolo 1 del Regolamento, tramite l’inserimento della lettera “j”, rubricata “soggetti tenuti alla fornitura di accesso ad infrastrutture di posa di reti in fibra ottica” intendendo tali soggetti, ai sensi dell’articolo 2 della delibera n. 662/11/CONS, come “enti pubblici, concessionari pubblici, o organismi di diritto pubblico”.

Si richiede ai rispondenti di fornire la propria opinione in merito. In particolare, s’invita i rispondenti a formulare osservazioni in ordine alla possibilità per gli operatori e i soggetti tenuti alla fornitura di accesso ad infrastrutture di posa di rimettere – volontariamente – all’Autorità la definizione della controversia.

2.2 AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE

Con riferimento all’ambito oggettivo di applicazione, sulla base del comma 1 dell’articolo citato, le controversie che rientrano tra le competenze dell’Autorità sono quelle che insorgono tra operatori (o tra operatori ed altri soggetti, laddove si procedesse alla modifica di cui sopra) a causa del mancato rispetto di norme del Codice, delle delibere dell’Autorità, delle direttive europee nel settore delle comunicazioni elettroniche o di contratti stipulati dalle parti in attuazione di dette norme.

Non possono essere sottoposte all’Autorità questioni che non fanno riferimento a dette fonti normative, che non afferiscono ai rapporti tra operatori o che attengono esclusivamente all’ambito civilistico ed a presunte violazioni delle relative fonti

giuridiche. Del resto, l'analisi delle fonti è una questione che attiene al merito della domanda; è nel momento di valutazione dell'atto introduttivo che si può riconoscere se il fondamento giuridico di quanto richiesto sia effettivamente all'interno del perimetro dei poteri del regolatore; si tratta, dunque, di una questione specifica e non di un principio generale.

Tanto premesso, si ritiene che, su tale secondo aspetto, l'attuale formulazione dell'articolo 2 sia esauriente e non debba essere modificata.

Si ritiene opportuna, tuttavia, una riflessione sul tema degli obiettivi dell'azione dell'Autorità (comma 3).

In particolare, appare opportuno evidenziare che l'intervento dell'Autorità, oltre alla funzione para-giurisdizionale, si esplica attraverso un'attività amministrativa focalizzata oltre che sul rispetto degli obblighi già imposti dalla normativa, anche al conseguimento di alcune finalità di propria competenza nel settore delle comunicazioni elettroniche; da ciò ne consegue, in alcune occasioni, la possibilità, sebbene indiretta in quanto avviene nell'ambito di una controversia tra due attori, di regolare il settore secondo la ormai classica formula della «*regulation by litigation*».

Per tale motivo si rende opportuno esplicitare le finalità generali – e imprescindibili – della procedura seguita, richiamando, oltre all'articolo 13 del *Codice* (già richiamato sia nel testo regolamentare vigente, sia nell'art. 23 del *Codice* stesso), anche obiettivi e principi stabiliti dagli art. 3 e 4 del d.lgs. n. 259/2003.

Il comma 3 sarebbe, pertanto, riformulato nei seguenti termini:

L'Autorità, nell'esercizio delle competenze amministrative di cui al comma che precede, attua i principi e persegue gli obiettivi di cui agli artt. 3, 4 e 13 del Codice.

Si richiede ai rispondenti di fornire la propria opinione nel merito del tema illustrato.

B2) Le osservazioni degli operatori

1) Un operatore rileva che l'art. 23, comma 3, del *Codice* stabilisce

espressamente che “[n]ella risoluzione delle controversie l’Autorità persegue gli obiettivi di cui all’articolo 13”, senza richiamare gli articoli 3 e 4. Spetta al legislatore fissare i principi e gli obiettivi ai quali l’azione amministrativa dell’Autorità deve attenersi. L’operatore raccomanda, quindi, di mantenere inalterata la formulazione del comma 3, dell’art. 2 del *Regolamento* vigente, che correttamente ricalca la disposizione legislativa; diversamente, secondo lo stesso operatore, si rischia di incorrere in un vizio di violazione di legge. Più in generale, l’operatore non condivide l’interpretazione dell’Autorità che vede nel richiamo ai principi e agli obiettivi di cui agli artt. 3 e 4 del *Codice* uno strumento di possibile estensione dell’ambito oggettivo del proprio intervento oltre quelli che dovrebbero essere gli obiettivi propri dei procedimenti di risoluzione delle controversie. Secondo il rispondente il concetto della *regulation by litigation* non può essere adoperato per un ampliamento del potere attribuito all’Autorità dal legislatore. Il procedimento di cui all’art. 23 del *Codice* dovrebbe, viceversa, essere finalizzato alla risoluzione di una controversia tra operatori, con effetti limitati alle situazioni soggettive individuali degli stessi, senza divenire strumento di regolazione generale del mercato. Nel caso in cui l’Autorità intenda adottare atti di regolazione generale del mercato dovrà farlo non già attraverso il procedimento di cui all’art. 23 del *Codice*, bensì attraverso i procedimenti all’uopo previsti dalla legge, e nel rispetto delle garanzie sostanziali e procedurali stabilite per essi (v., in particolare, gli artt. 11 e 12, 17 e ss, 45 e ss. *Codice*), secondo l’impianto comunitario delle comunicazioni elettroniche, che verrebbe altrimenti scardinato.

2) Un operatore condivide l’orientamento dell’Autorità.

3) Un operatore condivide l’orientamento di prevedere che anche i soggetti tenuti alla fornitura di accesso a infrastrutture di posa di reti in fibra ottica siano soggetti alle decisioni dell’Autorità adottate nell’ambito di una controversia. Ritene, tuttavia, che sia sufficiente la volontà espressa di una sola delle parti e non di entrambe per adire l’Autorità. L’operatore ritiene, inoltre, di fondamentale importanza che l’Autorità esamini con attenzione l’atto introduttivo del procedimento allo scopo di verificare se il fondamento giuridico di quanto richiesto ricada all’interno del perimetro del *Regolatore*, evitando che gli operatori possano utilizzare la controversia come strumento atto a colmare una mera incapacità negoziale.

4) Un altro operatore condivide la proposta di estendere l'ambito soggettivo di applicazione del *Regolamento*, in modo da sottoporre al vaglio dell'Autorità anche le controversie che dovessero insorgere tra gli operatori di comunicazione elettronica e gli enti pubblici, i concessionari pubblici o gli organismi di diritto pubblico, titolari di infrastrutture di posa o comunque fornitori di strutture suscettibili di condivisione per l'installazione di reti di comunicazione elettronica, così come definiti dalla delibera n. 622/11/CONS.

Infatti, secondo l'operatore, l'insorgenza di frequenti criticità negoziali tra gli operatori e i soggetti pubblici rischia di rallentare le attività di infrastrutturazione per la realizzazione di reti a banda larga. Ne consegue che la procedura di soluzione delle controversie proposta dall'Autorità è uno strumento idoneo a ridurre i tempi di infrastrutturazione e ad agevolare la condivisione delle infrastrutture.

Inoltre, l'estensione soggettiva del *Regolamento* avrebbe il pregio di rendere la disciplina di cui alla delibera n. 622/11/CONS in tema di diritti di installazione di reti di comunicazione elettronica più efficace.

Parallelamente, secondo il rispondente, l'iniziativa dell'Autorità potrebbe agevolare la definizione di "best practise" con tali soggetti e di conseguenza ridurre i costi amministrativi associati alla condivisione delle infrastrutture utili.

Infine, l'estensione dell'ambito di applicazione soggettivo della disposizione in esame consentirebbe all'Autorità di occuparsi anche di controversie relative alla condivisione di reti o infrastrutture realizzate da o per conto di enti pubblici mediante finanziamenti pubblici nazionali o comunitari. Ciò in quanto i progetti di finanziamento o cofinanziamento pubblico delle reti prevedono la realizzazione di infrastrutture che devono essere date in condivisione, dall'ente o dal costruttore concessionario, a favore di soggetti terzi, quali, appunto, gli operatori di comunicazione elettronica. A tal riguardo potrebbe essere utile, secondo l'operatore, inserire, tra i principi regolatori cui deve ispirarsi l'Autorità nella sua attività, anche l'art. 5 del *Codice*, come indicato nella successiva proposta di modifica dell'art. 2, comma 3, del *Regolamento*.

Il rispondente, con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione del *Regolamento*, condivide la proposta dell'Autorità volta a esplicitare le finalità della

propria azione, richiamando – al comma 3 dell’art. 2 del *Regolamento* – oltre all’art. 13 (come attualmente previsto) anche i principi e gli obiettivi previsti dagli artt. 3 e 4 del *Codice*. L’operatore ritiene che tale proposta possa stimolare la valutazione ed eventualmente l’accertamento di comportamenti illeciti che, sebbene non tipizzati o direttamente regolamentati, abbiano, come ultimo effetto, quello di rallentare significativamente lo sviluppo delle reti e servizi di comunicazione in un mercato effettivamente concorrenziale.

L’operatore ritiene essenziale che l’estensione oggettiva dell’ambito di applicazione del *Regolamento* non induca l’Autorità ad estendere gli obblighi regolatori, definiti nei procedimenti di analisi di mercato in capo ad operatori SMP, agli operatori non SMP. I comportamenti competitivi posti in essere da un operatore non dominante su un mercato, anche laddove formalmente simili a quelli stigmatizzati nei confronti di operatori dominanti, possono risultare pro-competitivi e addirittura avere una legittimazione economica laddove risultino non suscettibili di alterare gli equilibri della concorrenza o disincentivare l’innovazione e non arrechino alcun pregiudizio al cliente finale. Al contrario, la libertà imprenditoriale di operatori non detentori di posizione rilevante sul mercato deve essere oggetto di tutela da parte dell’Autorità, anche mediante lo strumento delle controversie fra operatori, proprio in virtù dei benefici che la loro presenza e la loro attività, peraltro non supportata dalle economie di scala e dai mezzi degli SMP, è suscettibile di apportare al mercato.

Regulation by litigation. L’operatore ritiene, pertanto, che le decisioni adottate all’esito di contenziosi sorti in ragione della violazione degli artt. 3 e 4 del *Codice* non possono essere generalizzate né applicate automaticamente ed estensivamente a casi diversi da quelli che le hanno generate, poiché la disciplina vigente impone che la definizione di principi e obblighi regolatori da parte dell’Autorità debba originare o da procedure amministrative, quali le analisi di mercato, o altre procedure di “normazione” basate su un adeguato e specifico procedimento istruttorio, nel rispetto del diritto di difesa, ed aventi una analisi economica sottostante specifica, o da contenziosi, in tal caso applicandosi ai soli casi di volta in volta scrutinati dall’Autorità.

Di seguito le modifiche all’art. 2 del *Regolamento* proposte dal rispondente:

1. *Ai sensi dell'articolo 23 del Codice, sono rimesse alla competenza dell'Autorità le controversie fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica o tra tali imprese e altre imprese che beneficiano dell'imposizione di obblighi in materia di accesso o di interconnessione derivanti dal presente Codice, aventi ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice, dalla direttiva quadro, dalle direttive particolari, da provvedimenti dell'Autorità ovvero da altre fonti, anche negoziali, che ne costituiscono attuazione.*

1 bis. *Ai sensi della delibera n. 622/11/CONS, sono altresì rimesse alla competenza dell'Autorità le controversie tra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica e soggetti tenuti alla fornitura di accesso ad infrastrutture di posa di reti in fibra ottica, laddove entrambe le parti dichiarino espressamente di adire quest'ultima. In caso di fallimento della conciliazione e laddove le parti chiedano la definizione della controversia, la decisione dell'Autorità diviene vincolante per le parti, fatte salve le tutele giurisdizionali previste dal Codice stesso.*

3 *L'Autorità, nell'esercizio delle competenze amministrative di cui al comma che precede, attua nelle controversie i principi e persegue gli obiettivi di cui agli artt. 3, 4, 5 e 13 del Codice, al fine di efficacemente attuare ed integrare gli obblighi regolatori già imposti dal Codice e dai relativi provvedimenti attuativi.*

5) Un altro operatore rileva alcune criticità in merito alla portata applicativa del *Regolamento* e, in particolare, sulla nozione di «operatore» in esso contenuta. L'operatore segnala che l'Autorità non ha previsto, nelle modifiche al *Regolamento*, l'eliminazione del riferimento alle imprese autorizzate a fornire «un servizio radiotelevisivo a pagamento» dall'ambito della nozione di «operatore» di cui all'art. 1, lett. i). Tale eliminazione rappresenta, secondo il rispondente, un atto dovuto, in considerazione del venir meno della base giuridica che ha consentito all'Autorità di includere i suddetti servizi nell'alveo di tale nozione (vale a dire la decisione della Commissione europea del 2 aprile 2003, relativa al procedimento n. M 2876 –

NewsCorp/Telepiù, nella Parte II, *Obblighi*, paragrafi 10, *Offerta Wholesale Premium*, 11, *Accesso alla Piattaforma*, 12, *Protezione dei clienti della Piattaforma Unica e contratti con i rivenditori*, e 15, *Risoluzione delle controversie*).

L'operatore, infatti, evidenzia che gli impegni allegati alla suddetta decisione ("Impegni") sono scaduti il 31 dicembre 2011; ritiene che – secondo quanto chiarito anche dalla Commissione dinanzi al Tribunale UE nella causa T-501/10 – essi non conservano alcuna ultrattività di sorta successivamente alla data di loro scadenza. Secondo il rispondente, il mantenimento dell'inclusione dei servizi radiotelevisivi a pagamento nella nozione di «operatore» (così come il rinvio alla delibera n. 334/03/CONS, contenuto all'art. 2, commi 2 e 3, del *Regolamento*, di cui si dirà anche *infra*) è manifestamente infondato e illegittimo, nella misura in cui opera una indebita estensione temporale degli Impegni (invece) scaduti.

L'operatore poi fa presente che nella premessa alla delibera n. 334/03/CONS si riporta che « *dal confronto tra la previsione normativa di cui al combinato disposto dell'articolo 1, comma 6, lettera a), n. 9, della legge n. 249/97, e degli articoli 2 e 3 della citata delibera n. 148/01/CONS, con quella di cui al citato paragrafo 15 degli Impegni emerge[va] un diverso ambito oggettivo e soggettivo delle controversie ivi disciplinate, avendo quelle relative all'“Offerta Wholesale Premium”, all' “Accesso alla Piattaforma” e alla “Protezione dei clienti della Piattaforma Unica e contratti con i rivenditori”, di cui ai paragrafi 10, 11 e 12.1 degli Impegni, un ambito più ampio rispetto a quelle oggetto della delibera n. 148/01/CONS, e coinvolgendo innovativi e peculiari profili di convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell'informazione, che non risultano interamente riferibili alla disciplina dell'accesso alle infrastrutture o a quella dell'accesso speciale alla rete, così come alla fornitura di servizi e prodotti » (enfasi aggiunta).*

Tale distinzione dell'ambito di applicazione del *Regolamento* è confermata, secondo l'operatore, dall'Allegato B alla delibera n. 352/08/CONS (*Sintesi della consultazione pubblica e valutazioni dell'Autorità*) nella parte in cui – con riferimento all'ambito d'applicazione del *Regolamento* – affianca, tenendole comunque distinte, due tipologie di controversie. Da un lato, vi sono “*le controversie fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, aventi ad oggetto gli obblighi*

derivanti dal Codice, dalla direttiva quadro, dalle direttive particolari, da provvedimenti dell’Autorità ovvero da altre fonti, anche negoziali, che ne costituiscono attuazione”; dall’altro, le “controversie di cui all’art. 2 della delibera n. 334/03/CONS”, che non erano (e non sono) sussumibili nelle predette fonti e per le quali la competenza dell’Autorità trova unicamente origine negli Impegni. Per queste ultime, dunque, l’Autorità non ha oggi più alcun potere, per quanto predetto.

L’operatore rileva che la nozione di «operatore» contenuta all’art. 1, *lett. i*), del Regolamento non corrisponde nemmeno a quella, di rango primario, dettata all’art. 1, comma 1, *lett. u*), del Codice delle comunicazioni elettroniche. Pertanto lo stesso chiede:

- di modificare la nozione di «operatore » di cui all’art. 1, *lett. i*), del Regolamento mediante l’eliminazione dell’inciso « o un servizio radiotelevisivo a pagamento ».
- di eliminare il secondo e il terzo comma dell’art. 2, per sopravvenuta carenza di potere dell’Autorità in ordine alle controversie *de quibus* a causa dell’avvenuta cessazione degli effetti degli Impegni che ne costituiscono il presupposto *lato sensu* normativo della delibera n. 334/03/CONS.

Secondo l’operatore sarebbe in ogni caso lesivo dei principi di parità di trattamento e imparzialità della p.a. l’introduzione di una previsione normativa *ad personam*, quale potrebbe rivelarsi quella in esame nella misura in cui il suo ambito soggettivo possa coincidere con la sola Sky ed i soggetti con cui essa intrattiene rapporti commerciali. Né una tale misura a carattere personale troverebbe la benché minima motivazione nel documento sottoposto a consultazione, atteso che l’Autorità succintamente richiama in termini generali la teoria (in ogni caso per nulla condivisibile) della «*regulation by litigation*» senza affatto motivare perché – ammesso e non concesso – una simile regola debba poi valere unicamente per le «controversie di cui all’art. 2 della delibera n. 334/03/CONS».

C2) Le conclusioni dell’Autorità

- 1) In relazione a quanto osservato al punto B2.1, l’Autorità non ritiene

condivisibile la rimozione del riferimento all'articolo 3 del *Codice*, in quanto trattasi di un richiamo ai diritti generali degli utenti e delle imprese garantiti dal quadro normativo europeo e nazionale, nonché dalla Costituzione. L'Autorità, viceversa, ritiene utile il richiamo all'articolo 4, atteso che lo stesso è comunque richiamato dall'articolo 13¹. Ne consegue che tale precisazione non va ad ampliare il potere già attribuito all'Autorità dal *Codice*.

2) In relazione a quanto osservato al punto B2.3, l'Autorità ritiene necessaria la volontà di entrambe le parti, considerato che il comma 1-*bis* di fatto rappresenta una estensione di quanto previsto dall'articolo 23 del *Codice*. La norma, infatti, attribuisce all'Autorità il potere di risolvere controversie tra fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, o tra tali imprese e altre imprese che beneficiano dell'imposizione di obblighi in materia di accesso o di interconnessione derivanti dal presente *Codice*. Pertanto, il coinvolgimento dei soggetti tenuti alla fornitura di accesso a infrastrutture di posa di reti in fibra ottica non può che avvenire per via volontaria.

3) Con riferimento a quanto osservato al punto B2.4, l'Autorità non ritiene di poter accogliere la richiesta di includere, al comma 3, il richiamo all'articolo 5 del *Codice*, che riguarda le competenze delle Regioni e degli Enti locali, in quanto ciò costituirebbe una indebita estensione dei poteri conferiti dalla legge all'Autorità.

4) In relazione a quanto osservato al punto B2.5, si rappresenta quanto segue. La Commissione, con la Decisione citata, ha approvato gli impegni assunti da *Newscorp* il 13 marzo 2003. Tra gli impegni giova citare quello relativo alle *Relazioni con concorrenti e terze parti: offerta all'ingrosso e accesso alla piattaforma e ai servizi tecnici*. In particolare, si richiama, con specifico riguardo ai paragrafi 10, 11 e 15, che sono di competenza nelle controversie tra operatori: a) l'offerta *wholesale*, per la distribuzione su piattaforme non DTH, di contenuti *premium* sulla base del principio del *retail minus*; b) l'accesso, per gli operatori che intendono operare nel DTH (*direct-to-home*), alla propria piattaforma e all'interfaccia di programmazione dell'applicazione (API) secondo una formula non discriminatoria e orientata ai costi; c)

¹ Comma 1: Nello svolgere le funzioni di regolamentazione indicate nel Codice e secondo le procedure in esso contenute, il Ministero e l'Autorità, nell'ambito delle rispettive competenze, adottano tutte le misure ragionevoli e proporzionate intese a conseguire gli obiettivi generali di cui all'articolo 4 ed ai commi 4, 5 e 6 del presente articolo.

la concessione, da parte di NDS², a prezzi equi e non discriminatori, delle licenze per il suo sistema di accesso condizionato (CAS), e la stipula di accordi *simulcrypt* in Italia.

Newscorp ha proposto, inoltre, una procedura di *arbitrato* al fine di garantire l'efficacia degli impegni presi. Tale sistema di arbitrato include la giurisdizione dell'AGCOM per le materie che rientrano nel suo ambito di competenza ai sensi della legge italiana, inclusa l'offerta all'ingrosso. Gli impegni proposti avevano una scadenza, al più tardi, al 31 dicembre 2011.

Nella propria decisione, la Commissione ha ritenuto che la durata proposta degli impegni fornisca garanzie sufficienti a consentire il ripristino di un'effettiva concorrenza. Ha quindi concluso che gli impegni assunti da *Newscorp* siano sufficienti a eliminare gli effetti restrittivi per la concorrenza nei mercati rilevanti, tenendo conto delle caratteristiche specifiche della concentrazione di cui trattasi.

Si ricorda, inoltre, che la delibera n.334/03/CONS, nelle premesse, indica che *“in base alla decisione della Commissione europea del 2 aprile 2003, nel caso in cui sorga una controversia in merito all'attuazione della Parte II degli Impegni ivi previsti, e qualora l'oggetto della controversia riguardi i paragrafi 10, 11 o 12.1 e rientri nelle competenze dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ai sensi della normativa italiana o comunitaria, “la parte denunciante avrà diritto a rimettere la questione all'AGCOM, a condizione che la parte denunciante e le società Obbligate si siano dapprima adoperate al meglio per risolvere la questione attraverso un compromesso negoziale”, e che “le Controversie AGCOM saranno decise in via definitiva dall'AGCOM nel rispetto della normativa comunitaria, ivi inclusa la Decisione e gli impegni, e della regolamentazione italiana applicabile al settore”.*

Nella stessa delibera l'Autorità ha ritenuto che *“dal punto di vista oggettivo, ai sensi della predetta decisione, perché una controversia possa essere sottoposta all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, occorre la contemporanea sussistenza di due condizioni: che l'oggetto della stessa riguardi i paragrafi 10, 11 o 12.1 e che la controversia rientri nelle competenze dell'Autorità, ai sensi della*

² Il *VideoGuard* è un sistema di accesso condizionato proprietario della società NDS Group Ltd. È usato maggiormente nelle trasmissioni digitali via satellite (DVB-S) del gruppo News Corporation, che possiede la maggioranza di NDS.

normativa italiana o comunitaria”.

L’Autorità ha, infine, rilevato che l’ambito oggettivo e soggettivo delle controversie relative all’ *“Offerta Wholesale Premium”*, all’*“Accesso alla Piattaforma”* di cui ai paragrafi 10, 11 e degli Impegni, sia più ampio rispetto a quelle oggetto della delibera n. 148/01/CONS, coinvolgendo innovativi e peculiari profili di convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell’informazione, che non risultano interamente riferibili alla disciplina dell’accesso alle infrastrutture o a quella dell’accesso speciale alla rete, così come alla fornitura di servizi e prodotti.

Ciò premesso e prima di concludere, in relazione a quanto richiesto giova richiamare che il *Codice* all’articolo 23 (*Risoluzione delle controversie tra imprese*) prevede che, qualora sorga una controversia avente ad oggetto gli obblighi fra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, o tra tali imprese e altre imprese che beneficiano dell’imposizione di obblighi in materia di accesso o di interconnessione, derivanti dal *Codice* stesso, l’Autorità, a richiesta di una delle parti, adotta una decisione vincolante che risolve la controversia. A ciò si aggiunga che il *Codice* definisce:

- *“rete pubblica di comunicazione”, ogni rete di comunicazione elettronica utilizzata interamente o prevalentemente per fornire servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico;*
- *“servizio di comunicazione elettronica”, i servizi, forniti di norma a pagamento, consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica, compresi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva, ad esclusione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti; sono inoltre esclusi i servizi della società dell’informazione di cui all’articolo 2, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, non consistenti interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica.*

Ne segue che la competenza dell’Autorità in tema di risoluzione delle controversie tra operatori (con riferimento all’oggetto del discorso) si esplica nei

confronti di imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica anche in tema di servizi di trasmissione televisiva nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva, ad esclusione dei servizi che forniscono contenuti su tali reti.

In quanto compresa nella definizione suddetta, rimane la competenza su aspetti trasmissivi relativi alla diffusione televisiva e la competenza in tema di sistemi di accesso condizionato ed altre risorse di cui agli articoli 42 e 43 del *Codice* e di cui all'Allegato 2 dagli stessi richiamato. In particolare, l'articolo 42 recante *Poteri e competenze dell'Autorità in materia di accesso e di interconnessione* specifica, al comma 2, lettera b), che l'Autorità può imporre *l'obbligo agli operatori di garantire l'accesso alle altre risorse di cui all'allegato n. 2, parte II, a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, nella misura necessaria a garantire l'accesso degli utenti finali ai servizi radiofonici e televisivi digitali indicati nell'allegato n. 2.* Il comma 1 dell'articolo 43 prevede che *all'accesso condizionato ai servizi televisivi e radiofonici digitali trasmessi ai telespettatori e agli ascoltatori si applicano, a prescindere dai mezzi di trasmissione, le condizioni di cui all'allegato n. 2, parte I.*

La Parte I dell'Allegato 2 (*Condizioni relative ai sistemi di accesso condizionato applicabili a norma dell'articolo 43, comma 1 del Codice*), riporta le condizioni che devono essere rispettate per quanto riguarda l'accesso condizionato ai servizi di televisione digitale e radio trasmessi ai telespettatori ed agli ascoltatori, a prescindere dal mezzo trasmissivo, conformemente all'articolo 43 del *Codice*.

La Parte II specifica quali sono le altre risorse cui possono applicarsi condizioni a norma dell'articolo 42, comma 2, lettera b) del Codice:

- a) Accesso alle interfacce per programmi applicativi (API)
- b) Accesso alle guide elettroniche ai programmi (EPG)

Ciò premesso, atteso che gli Impegni in oggetto sono scaduti, si ritiene di poter accogliere la richiesta dell'operatore di rimuovere, dal testo del Regolamento, il richiamo alla delibera n. 334/03/CONS. Era proprio alla luce di tali Impegni, infatti, che veniva operata una parziale estensione dell'ambito di applicazione del Regolamento rispetto a quanto previsto dal Codice (con particolare riferimento ai contenuti). Deve quindi ora accordarsi prevalenza all'articolo 23 dello stesso *Codice*, in base al quale l'Autorità non è competente nella risoluzione di controversie in tema di

contenuti che transitano su reti trasmissive “circolari” (difatti esplicitamente esclusi dalla definizione di servizio di comunicazione elettronica).

Alla luce di quanto sopra, e ferma restando la competenza a risolvere le controversie sulle violazioni delle previsioni di cui agli articoli 42 e 43 del Codice (e Allegato 2) in tema di accesso condizionato e altre risorse, l'articolo 2 è modificato così come riportato in Allegato A alla delibera 226/15/CONS, rimuovendo il comma 2 che richiama la delibera 334/03/CONS. L'Autorità inoltre, non ritiene di dover modificare, nell'articolo 1, la definizione di “operatore” anche alla luce della sentenza CGE 30 aprile 2014 nella causa C-475/12. Tale sentenza, infatti, chiarisce definitivamente che “la fornitura di un bouquet di programmi a pagamento consiste in un servizio di comunicazione elettronica”.

3. INTRODUZIONE DELLA CONTROVERSIA (ARTICOLO 3)

A1) Le valutazioni dell'Autorità di cui alla delibera n. 256/14/CONS

3.1 PREMESSA

Il procedimento ha inizio su richiesta di una delle parti. Il Direttore, una volta che l'Ufficio competente abbia verificato la sussistenza dei requisiti formali per l'ammissibilità, comunica alle parti, entro dieci giorni dal ricevimento dell'istanza, l'avviso di avvio del procedimento, l'indicazione del responsabile del procedimento e la data dell'udienza di comparizione.

La verifica preliminare dell'istanza presentata viene svolta dagli uffici dell'Autorità ai sensi dell'articolo 3, che per comodità si riporta di seguito.

1. Il procedimento ha inizio su istanza di una delle parti, nella quale devono essere indicati, a pena di inammissibilità:

a) la denominazione sociale o la ditta dell'impresa che formula l'istanza, con l'indicazione dell'organo che ne ha la rappresentanza, e la sua sede legale, nonché l'eventuale domicilio eletto;

b) *la denominazione sociale o la ditta dell'impresa nei cui confronti viene formulata l'istanza, con l'indicazione dell'organo che ne ha la rappresentanza, e la sua sede legale;*

c) *i fatti che sono all'origine della controversia e le ragioni tecniche, economiche e giuridiche su cui si fonda la domanda, con le relative conclusioni;*

d) *le richieste dell'istante;*

e) *i documenti che si allegano a sostegno della domanda;*

f) *l'indicazione del periodo al quale si riferiscono le richieste dell'istante;*

g) *le disposizioni regolamentari che si ritengono pertinenti all'oggetto della causa.*

2. *L'istanza, a pena di inammissibilità, è sottoscritta dal rappresentante legale, ovvero da un procuratore munito di procura speciale, conferita con atto pubblico o con scrittura privata autenticata, ed è consegnata a mano contro rilascio di ricevuta ovvero inviata a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, a mezzo fax o tramite posta elettronica certificata.*

3. *Il deferimento della soluzione della controversia all'Autorità non può essere promosso qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia stata già adita l'Autorità giudiziaria.*

4. *Se una delle parti propone azione dinanzi all'Autorità giudiziaria, rimettendo ad essa, anche solo in parte, la cognizione della medesima controversia, la domanda di cui al comma 1 diviene improcedibile.*

Come noto, l'inammissibilità, nel diritto processuale, è un vizio dell'atto che impedisce al giudice di esaminare la richiesta avanzata da una parte, in mancanza dei requisiti stabiliti dalla legge.

Con riferimento al processo civile, il codice di rito disciplina singole ipotesi di inammissibilità solo in materia di impugnazione (art. 331, 342, 348-bis, 365, 360-bis e 398 c.p.c.); tuttavia, l'ordinamento prevede valutazioni di ammissibilità della domanda che condizionano l'espletamento di giudizi speciali anche in primo grado – come avviene, per esempio, nell'azione di classe disciplinata dal sesto comma dell'art. 140-

bis del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante “*Codice del consumo*” e, sia pure con le peculiarità che sono proprie del caso, nel giudizio di rilevanza e non manifesta infondatezza operato dal giudice *a quo* in sede di rimessione al Giudice delle leggi delle questioni di legittimità costituzionale. In questi ultimi casi, l’inammissibilità della domanda giudiziale proposta in primo grado dipende da una prima valutazione di merito circa la *fondatezza* della stessa e, pertanto, è funzionale al principio di *economia processuale*, nella misura in cui realizza effetti deflattivi del contenzioso.

A tale proposito, con particolare riferimento alle norme che regolano il giudizio di impugnazione, l’inammissibilità è una sanzione posta a carico della parte per una difformità (vizio) dell’atto rispetto al modello legale. Tuttavia, va rilevato come i nuovi artt. 348-*bis* e 360-*bis*, introdotti dalle riforme del 2009 e del 2012 (d.l. n. 83/2012, convertito in legge n. 143/2012; legge n. 69/2009) disciplinino, dietro l’etichetta dell’inammissibilità, ipotesi di *infondatezza* dell’impugnazione (art. 360-*bis*: «[i]l ricorso è inammissibile [...] quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo»).

Tanto premesso, l’Autorità ritiene, sia per efficienza dell’attività amministrativa, sia per pienezza della tutela sostanziale del singolo, che la verifica di ammissibilità dell’istanza debba riguardare, oltre agli attuali requisiti meramente formali, anche alcuni requisiti sostanziali – che attengono a ipotesi di inammissibilità o improcedibilità. Tali requisiti possono essere configurati nelle ipotesi di *ne bis in idem*, incompetenza, ed infondatezza dell’istanza.

3.2 NE BIS IN IDEM

L’articolo 3 prevede, al comma 4, l’ipotesi di improcedibilità, nel caso in cui, sulla stessa questione, una parte abbia adito – anche in modo parziale – il Giudice ordinario. A tale proposito, si osserva che il comma 5 dell’articolo 23 del *Codice* prevede che:

La procedura di cui ai commi 1, 3 e 4 non preclude alle parti la possibilità di adire un organo giurisdizionale.

L'articolo traspone in modo lineare l'art. 20, par. 5, della direttiva n. 2002/21/CE. La norma ribadisce il diritto delle parti di adire in ogni momento l'Autorità giudiziaria. Nulla viene detto, tuttavia, in merito alla improcedibilità dell'azione dinanzi all'Autorità.

Alla luce dell'esperienza acquisita in questi anni grazie all'applicazione del *Regolamento*, e in un'ottica di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, si ritiene opportuno riconsiderare l'ipotesi di improcedibilità in questione.

Naturalmente, deve essere riconosciuto il diritto della parte istante di rivolgersi al Giudice in ogni fase della procedura, contestualmente chiedendo l'archiviazione del procedimento dinanzi all'Autorità. Allo stesso tempo, al fine di evitare situazioni di incertezza procedimentale, si ritiene necessario che la parte istante formuli una *dichiarazione espressa di rinuncia* – tra l'altro già prevista dal *Regolamento*. Ciò sembra in linea con quanto stabilito dall'art. 1, par. 1, n. 22), della direttiva n. 2009/140/CE, la quale prevede, pur in via generale, una forma effettiva di cooperazione delle parti, stabilendo che “[g]li Stati membri interessati esigono che tutte le parti prestino piena cooperazione all'autorità nazionale di regolamentazione”. La *piena cooperazione*, infatti, può senz'altro sostanzarsi nell'obbligo di dichiarare al regolatore, nel corso della procedura, i propri intenti *con la massima chiarezza*.

Per converso, non appare opportuno archiviare in ogni caso il procedimento, qualora sia la parte convenuta a rivolgersi al giudice ordinario.

Infatti, in tale eventualità, atteso che l'ambito di intervento dell'Autorità è prettamente di carattere regolamentare, la stessa dovrebbe comunque riservarsi la possibilità di concludere il procedimento instaurato pronunciandosi sui temi di propria competenza. Ciò dovrebbe avvenire, in particolare, qualora la questione sia di particolare importanza, al fine di enunciare un principio o una regola chiarificatrice dei rimedi applicati o delle condizioni praticate in un particolare mercato, di assicurare gli obiettivi del quadro normativo europeo e della normativa nazionale che ad esso dà attuazione.

Conseguentemente, è opportuno modificare quanto previsto dall'articolo 3, comma 4.

Deve evidenziarsi un ulteriore aspetto. A tal fine si richiama il comma 2 dell'articolo 23 del *Codice*, il quale prevede che:

L'Autorità dichiara la propria incompetenza a risolvere una controversia con decisione vincolante, qualora entrambe le parti vi abbiano espressamente derogato prevedendo altri mezzi per la soluzione della controversia, conformemente a quanto disposto dall'articolo 13. L'Autorità comunica immediatamente alle parti la propria decisione. Se la controversia non è risolta dalle parti entro quattro mesi da tale comunicazione, e se la parte che si ritiene lesa non ha adito un organo giurisdizionale, l'Autorità adotta al più presto e comunque non oltre quattro mesi, su richiesta di una delle parti, una decisione vincolante diretta a dirimere la controversia.

La norma citata implica che le parti possono prevedere, nei contratti stipulati, di derogare alla sottoposizione di ogni azione all'Autorità. Quest'ultima, dunque, una volta ricevuta l'istanza da una delle parti, analizza gli atti e, verificata la presenza della clausola suddetta, sospende il procedimento. Decorsi quattro mesi, se la parte istante non ha adito un organo giurisdizionale, l'Autorità adotta la propria decisione, nel termine dei quattro mesi successivi. Tale previsione trova riscontro nell'articolo 8, commi 4, e 5 del testo vigente, che si ritiene di non dover modificare.

Occorre comunque rilevare, sulla base dell'esperienza maturata, che in molti casi le parti prevedono nei propri contratti l'obbligo di convocare un *Comitato tecnico* prima di adire l'Autorità. La specifica formulazione di tale clausola, che si ritiene opportuna per evitare l'instaurazione formale di controversie che possono essere utilmente risolte con un confronto di tipo tecnico, è stata spesso foriera di ambiguità. È accaduto, infatti, che una parte chiedesse l'attivazione del *Comitato tecnico*, mentre l'altra adisse l'Autorità. Pertanto, gli operatori dovrebbero specificare con chiarezza se intendano avvalersi della clausola inserita nei propri contratti: in tal caso, vi sarebbe l'obbligo di adire il *Comitato tecnico* in ogni caso, prima che una delle parti investa l'Autorità della controversia. In tal caso, si applicherebbe la procedura di cui sopra.

Tanto premesso, si ritiene che l'articolo 3, comma 4, del regolamento, vada riformulato nei seguenti termini:

4. Se la ricorrente propone azione dinanzi all'Autorità giudiziaria, rimettendo ad essa, anche solo in parte, la cognizione della medesima controversia, la domanda di

cui al comma 1 diviene improcedibile. In tale ipotesi, la ricorrente è tenuta a presentare al responsabile del procedimento una dichiarazione espressa di rinuncia all'azione dinanzi all'Autorità.

5. Se la convenuta propone azione dinanzi all'Autorità giudiziaria, rimettendo ad essa, anche solo in parte, la cognizione della medesima controversia, l'Autorità può comunque pronunciarsi sulle relative questioni con un atto interpretativo generale, qualora le stesse siano di particolare importanza e la loro definizione contribuisca al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 del Codice.

3.3 INCOMPETENZA

Il *Regolamento* vigente non disciplina esplicitamente le declaratorie di incompetenza. A tale proposito, si ritiene che l'istanza debba essere rigettata (dichiarando, appunto, l'incompetenza), nei casi in cui le presunte violazioni non riguardino le fonti normative di cui al comma 1 dell'articolo 2. Si può ricordare, ad esempio, il caso in cui la norma asseritamente violata riguardi la *privacy* (decreto legislativo n. 196/2003), l'abuso di posizione dominante (legge n. 287/1990), o il *Codice civile*.

Parimenti, si deve rilevare l'incompetenza nei casi in cui l'istanza faccia riferimento esclusivamente a norme non pertinenti ai rapporti tra operatori bensì, ad esempio, tra operatori e utenti.

3.4 INFONDATEZZA DELL'ISTANZA

Si ritiene opportuno, in un'ottica di maggiore efficienza dell'attività svolta, che nei casi in cui sia palesemente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori di settore, l'istanza, sebbene corretta sul piano formale, sia dichiarata inammissibile.

3.5 MANIFESTA FONDATEZZA

Si ritiene opportuno, in ottica di maggiore efficienza dell'attività amministrativa, che nei casi in cui sia palesemente fondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori di settore, ovvero nei casi in cui vi siano già stati precedenti analoghi, l'istanza dia immediatamente luogo ad una decisione vincolante. La decisione è adottata allo stato degli atti, sulla base di una relazione del Direttore adeguatamente motivata e particolarmente dettagliata – in ragione della delicatezza della fattispecie. L'introduzione di questa ipotesi implica la non applicabilità della procedura ordinaria, disciplinata dall'articolo 6 del *Regolamento* in vigore. Per tale ragione, viene disciplinata nella fase introduttiva della controversia.

3.6 CONSEQUENTI PROPOSTE DI MODIFICA

Tanto premesso, si propone di integrare l'attuale formulazione dell'articolo 3 con tre nuovi commi (n. 6, 7 e 8).

In ordine alle relative declaratorie, deve evidenziarsi quanto segue. Per ragioni di economicità ed efficienza dell'attività amministrativa, le valutazioni sottese alle pronunce sulla incompetenza o sulla manifesta infondatezza sono delegate al Direttore competente; tuttavia, viene comunque assicurata la possibilità degli interessati, che non intendano adire immediatamente l'Autorità giudiziaria, di sottoporre la questione all'Organo collegiale, con un procedimento particolarmente snello. La formulazione della norma potrebbe essere la seguente:

6. Il Direttore esamina i documenti presentati dalla parte istante unitamente all'istanza di cui all'articolo 3, comma 1. Ove lo ritenga necessario, assegna un termine alla parte istante per produrre eventuali documenti integrativi utili ai fini della valutazione di ammissibilità. In caso di richiesta di integrazione documentale, i termini di cui al successivo articolo 5, comma 1, sono sospesi. Il Direttore, esaminata la documentazione presentata dalla parte, dichiara l'inammissibilità dell'istanza nei seguenti casi:

- a. per incompetenza;***
- b. per manifesta infondatezza.***

7. *Avverso le decisioni di inammissibilità, la parte interessata può proporre opposizione alla Commissione, entro dieci giorni dalla relativa comunicazione, con atto consegnato a mano contro rilascio di ricevuta, a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, fax o tramite posta elettronica certificata. Il responsabile del procedimento ne dà immediata comunicazione alle altre parti che, nei successivi dieci giorni, possono proporre, con atto consegnato nelle medesime forme, eventuali controdeduzioni.*

8. *Qualora la richiesta di parte istante sia manifestamente fondata ovvero concerne una fattispecie rispetto alla quale sussistono precedenti in termini, l'organo collegiale può adottare una decisione vincolante, decidendo allo stato degli atti, sulla base di una relazione dettagliata e motivata del Direttore.*

Si richiede ai rispondenti di fornire la propria opinione nel merito
--

B3) Le osservazioni degli operatori

1) Un operatore richiede di introdurre, al comma 6 (*inammissibilità*), anche la lettera c) *“se vi è stata una negoziazione condotta in buona fede che dimostri l'effettiva dinamica competitiva nel mercato di riferimento”*. Le ragioni di una siffatta previsione si giustificano considerando la *ratio* dell'intervento dell'Autorità unitamente agli abusi cui il procedimento di risoluzione delle controversie può di fatto prestarsi. L'operatore fa riferimento all'ipotesi, ritenuta frequente, in cui due operatori abbiano negoziato in buona fede il prezzo dell'interconnessione o dell'accesso all'infrastruttura e, ciononostante, l'operatore richiedente l'accesso o l'interconnessione si rivolga all'Autorità ed utilizzi lo strumento di cui all'art. 23 del *Codice* al solo fine, “opportunistico”, di ottenere condizioni economiche ulteriormente migliorative rispetto a quelle negoziate in buona fede. L'operatore richiede anche l'introduzione della seguente lettera d) *“ il fatto che una controversia di pari oggetto e tra le medesime parti sia già stata definita nei dodici mesi prima, salvo che siano nel frattempo sopravvenute circostanze nuove che giustifichino la proposizione di una nuova controversia”* nonché il fatto che *“un'istanza di pari oggetto e tra le medesime parti sia stata già dichiarata inammissibile o improcedibile nei dodici mesi prima, salvo*

che siano nel frattempo sopravvenute circostanze nuove che giustifichino la proposizione di una nuova controversia". In questo modo, secondo l'operatore, verrebbe posto un ulteriore freno alle azioni pretestuose di quegli operatori che adiscono l'Autorità per ragioni opportunistiche.

L'operatore suggerisce, inoltre, che la declaratoria d'inammissibilità/improcedibilità possa essere adottata, oltre che dal Direttore, anche dall'organo collegiale, nel corso del procedimento.

Sul comma 8 (*manifesta fondatezza*) l'operatore ritiene necessario che una decisione vincolante possa essere adottata solo previo contraddittorio tra le parti e che, pertanto, sia data in ogni caso la possibilità alla parte convenuta di replicare all'istanza con una propria memoria, prima che sia adottata una decisione vincolante.

Sul comma 4 (*ne bis in idem*) il rispondente ritiene che la posizione del convenuto debba essere equiparata a quella del ricorrente, nel senso che la proposizione dell'azione dinanzi all'organo giurisdizionale determina sempre l'improcedibilità dell'istanza presentata dinanzi all'Autorità.

Suscita perplessità, secondo l'operatore, la previsione contenuta nell'art. 2, comma 5, dello schema di regolamento (*regulation by litigation*) laddove, nell'eventualità in cui sia la convenuta a proporre azione giurisdizionale, riserva all'Autorità il potere di pronunciarsi comunque sulle questioni relative alla controversia con un atto interpretativo generale. La società rileva che l'intera attività della Pubblica Amministrazione, e ancor di più quella delle Autorità amministrative indipendenti (per l'ampiezza dei poteri conferiti nonché per l'indipendenza rispetto al circuito politico-rappresentativo), deve informarsi al principio di legalità, inteso sia nella dimensione sostanziale che in quella procedurale. Dunque, non ritiene ammissibile un'intercambiabilità fra le diverse funzioni che la legge attribuisce all'Autorità, anche in ragione del fatto che la struttura del procedimento (e quindi le garanzie che in esso si esprimono) varia a seconda del tipo di funzione esercitata. Così, se l'Autorità intende emanare un atto amministrativo generale al fine di promuovere la concorrenza nel mercato, non potrà che avvalersi del relativo potere, nel rispetto delle relative norme e garanzie procedurali stabilite dal *Codice* (cfr. artt. 11, 12, 12-bis richiamati dall'art. 42, co. 4, del d.lgs. n. 259/2003, nonché l'art. 19 sulla procedura per

l'analisi del mercato) e dalle direttive comunitarie. Il fatto che l'art. 23 del *Codice*, rubricato “*Risoluzione delle controversie tra imprese*”, richiami gli obiettivi di cui all'art. 13 del *Codice* stesso, non può consentire la trasformazione del procedimento para-giurisdizionale di risoluzione delle controversie in un procedimento di regolazione generale; il richiamo, piuttosto, serve a mettere in luce che il provvedimento di definizione delle controversie debba essere coerente con i predetti obiettivi, ma ciò non toglie che la funzione esercitata dall'Autorità ai sensi dell'art. 23 è quella di risolvere una controversia tra operatori incidendo sui diritti individuali delle parti, e non di adottare un atto di regolazione generale. L'operatore sul punto ribadisce che la formula *regulation by litigation* non può legittimare un ampliamento dell'ambito oggettivo della funzione perseguita dall'Autorità con il procedimento *ex art. 23*, né deve condurre a uno sviamento da parte dell'Autorità nell'esercizio dei poteri attribuitigli da tale norma, rispetto alle finalità stabilite dalla legge. Ovviamente, nulla esclude che l'Autorità, sulla base dell'esperienza acquisita attraverso un procedimento di risoluzione di controversia *ex art. 23*, possa avviare un diverso procedimento esercitando le altre funzioni attribuitele dalla legge (es. procedimento di regolazione generale, procedimento sanzionatorio, ecc.), ma dovrà farlo nel rispetto delle garanzie sostanziali e formali previste per quel diverso tipo di procedimento.

2) Con riferimento al **comma 8** un operatore ritiene che il *Regolamento* debba essere emendato nel caso di *istanza manifestamente fondata*, in cui cioè la violazione dei principi regolatori di settore appaia manifesta ovvero vi siano precedenti analoghi già decisi dall'Autorità. Nello specifico, il *Regolamento* dovrebbe prevedere che, qualora nel corso della fase introduttiva della controversia il Direttore ritenesse manifestamente fondata la pretesa, ovvero che la questione è analoga – secondo i principi che si auspica l'Autorità voglia definire – ad altre decise dall'Autorità con provvedimenti definitivi, ne sia data comunicazione alle parti chiamate in causa e sia data a queste ultime la facoltà di proporre opposizione al Collegio, in analogia a quanto già previsto dal nuovo comma 7, dell'articolo 3.

L'operatore, al fine di dissuadere le parti da azioni o difese opportunistiche segnate dal carattere della mala fede o della colpa grave, ritiene utile introdurre (mutuandolo dalla disciplina del codice di procedura civile) il noto e diffuso istituto della c.d. “*lite temeraria*”. Esso si basa sul potere del Giudice di condannare la parte

soccombente, il cui comportamento processuale e difensivo sia connotato da colpa grave, al pagamento in favore dell'altra di una somma equitativamente determinata. Tale condanna riveste duplice natura: da un lato, risarcitoria, per le spese processuali inutilmente affrontate, dall'altro, sanzionatoria, al fine di prevenire e reprimere la mala fede conflittuale di una parte, che abusi dei servizi offerti dall'Autorità in modo palesemente infondato, dilatorio o opportunistico. Propone dunque l'introduzione di un articolo 3-bis, del seguente tenore:

“Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, la Commissione, su istanza dell'altra parte, la condanna alle spese. In ogni caso, quando pronuncia sulle spese, la Commissione, anche d'ufficio, può condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata”.

3) Un operatore, in relazione a quanto proposto al comma 4, laddove, ai fini della dichiarazione d'improcedibilità della controversia si distingue tra le ipotesi in cui ad adire l'Autorità giudiziaria sia la parte ricorrente piuttosto che la convenuta, ritiene che forzare le parti a sostenere l'onere di due procedimenti dinanzi a due Autorità diverse sia in contrasto con il principio *ne bis in idem* oltre a non essere coerente con quanto disposto dall'art. 23 del *Codice*.

In relazione al comma 5, in base al quale l'Autorità si riserva di pronunciarsi, nonostante il medesimo giudizio penda dinanzi l'Autorità giudiziaria, quando si tratta di “[...] *questioni di particolare importanza, al fine di enunciare un principio o una regola chiarificatrice dei rimedi applicati o delle condizioni praticate in un particolare mercato, di assicurare gli obiettivi del quadro normativo europeo e della normativa nazionale che ad esso dà attuazione*” non è chiaro, secondo l'operatore, per quale ragione questa funzione interpretativa generale sia limitata alle sole controversie in cui la parte convenuta adisce l'Autorità giudiziaria. Secondo il rispondente non è logico limitare la portata di tale misura, se la *ratio* della stessa è di dare rilievo al carattere regolamentare dell'intervento dell'Autorità, in tal modo differenziandolo da quello dell'Autorità giudiziaria.

Dubbi, inoltre, vengono sollevati sulla natura e sulla forza dell'atto interpretativo generale, oltre che sul valore e sulla portata di un simile atto in caso di contrasto con la

decisione dell'Autorità giudiziaria. In ultimo la società ritiene che debba essere garantito quanto stabilito all'art. 23 del *Codice* sull'incompetenza dell'Autorità a risolvere una controversia qualora le parti vi abbiano espressamente derogato, prevedendo altri mezzi di risoluzione della stessa, quali appunto l'Autorità giudiziaria.

4) Un operatore ritiene che all'art. 3, comma 4 del *Regolamento* si dovrebbe prevedere, quando una delle parti intenda rinunciare al procedimento per proporre domanda giudiziale, un importo a titolo di riconoscimento spese che copra gli esborsi sostenuti per l'organizzazione della difesa dell'operatore che ha interesse, invece, alla prosecuzione del procedimento. Chiede altresì all'Autorità di imporre al soggetto che formalizza la rinuncia al procedimento una somma a titolo di contributo spese da riconoscere all'Autorità stessa per aver quest'ultima impiegato tempo e risorse inutilmente.

5) (*Ne bis in idem*) Un operatore rileva che la proposta di modifica dell'articolo 3, comma 4, formulata dall'Autorità, riconosce il diritto della sola parte istante di rivolgersi al Giudice in ogni fase della procedura, chiedendo contestualmente l'archiviazione del procedimento dinanzi l'Autorità. Per contro, la proposta dell'Autorità prevede che, nel caso in cui sia il convenuto a proporre azione dinanzi all'Autorità giudiziaria, rimettendo ad essa, anche solo in parte, la cognizione della medesima controversia instaurata dinanzi all'Agcom, quest'ultima potrebbe comunque pronunciarsi sulle questioni oggetto di controversia con un atto interpretativo generale.

Al riguardo evidenzia, in primo luogo, che tale modifica comporterebbe una sostanziale asimmetria tra le parti coinvolte nella controversia in quanto il ricorrente avrebbe a sua disposizione uno strumento di difesa in più rispetto al convenuto. Ritiene, infatti, che una modifica della citata disposizione nel senso sottoposto a consultazione potrebbe generare fenomeni di *forum shopping* utilizzabili dalla ricorrente in modo opportunistico, a seconda dell'andamento del procedimento dinanzi ad Agcom.

Inoltre, secondo l'operatore, la procedura proposta dall'Autorità è suscettibile di generare una valutazione viziata in quanto non supportata da un quadro fattuale completo, essendo privo del contributo istruttorio del convenuto.

A ciò aggiunge, il rispondente, che tale procedura potrebbe generare anche un conflitto tra il parere dell'Autorità e la decisione del Giudice adito, in violazione del principio del *ne bis in idem* e dei principi di economia processuale, posto che il contenzioso dinanzi al giudice continuerebbe senza interruzioni.

(Regulation by litigation). In relazione al **comma 5** l'operatore ritiene che seppure le decisioni adottate dall'Autorità all'esito di un procedimento contenzioso possono definire un orientamento per il mercato, le stesse decisioni hanno un ambito soggettivo e oggettivo di applicazione limitato alle parti coinvolte nella controversia le quali sono le uniche a poter adeguatamente rappresentare in contraddittorio e nel corso dell'istruttoria procedimentale le peculiarità del caso in contestazione.

Per tale ragione ritiene auspicabile che siano confermate e non modificate le disposizioni normative previste dall'attuale testo dell'art. 3, senza inserimento dei nuovi commi 4 e 5.

(Inammissibilità). In relazione alla proposta di modifica con introduzione del **comma 6**, il rispondente ritiene, in ragione della riservatezza delle informazioni che potrebbero essere contenute nell'istanza di avvio del procedimento, che nei casi in cui il Direttore ritenga di dichiararla inammissibile per incompetenza e/o infondatezza, la stessa non sia trasmessa alla convenuta. Per le medesime ragioni, considerato che la decisione d'inammissibilità è adottata sulla base dei documenti prodotti solo dall'istante e che, conseguentemente, sull'istanza non si è instaurato alcun contraddittorio con la convenuta, l'operatore ritiene che a quest'ultima non debba essere trasmessa neanche l'eventuale opposizione alla decisione di inammissibilità.

L'operatore ritiene, altresì, che la decisione d'inammissibilità per incompetenza e/o infondatezza debba essere adeguatamente motivata dal Direttore in modo da consentire all'istante di argomentare compiutamente le proprie difese nell'ambito della eventuale e successiva fase di opposizione alla Commissione.

(Ricorso alla inammissibilità). In relazione al **comma 7** l'operatore rileva che la proposta dell'Autorità non prevede il termine entro il quale la parte istante possa presentare eventuali documenti integrativi ai fini della valutazione di ammissibilità dell'istanza di cui all'articolo 3, comma 1, del *Regolamento*. Inoltre la proposta dell'Autorità ometterebbe, secondo la società, di indicare il termine massimo entro il

quale la Commissione debba pronunciarsi in merito all'opposizione proposta avverso le decisioni d'inammissibilità delle istanze proposte *ex art. 3, comma 1, del Regolamento*. La stessa ritiene, al riguardo, che esigenze di certezza del diritto e di buon andamento della pubblica amministrazione rendono opportuno l'inserimento di un termine anche per la decisione della Commissione sul ricorso avverso il provvedimento di inammissibilità dell'istanza. Chiede, quindi, di indicare i termini (7 gg) entro cui integrare l'istanza e un termini (10 gg dall'opposizione o nella prima seduta utile) entro cui la CIR dovrà decidere.

In relazione alla dichiarazione di *manifesta fondatezza*, di cui al comma 8, l'operatore ritiene che la modifica dell'art. 3, sottoposta a consultazione, integri una grave violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa della parte convenuta alla quale è, di fatto, preclusa ogni possibilità di replicare alla ricostruzione in fatto e diritto offerta dall'istante nell'atto introduttivo della controversia.

L'operatore ritiene che l'esigenza di maggiore efficienza dell'azione amministrativa e il diritto di difesa della parte convenuta possano essere temperate consentendo alla stessa di svolgere le proprie osservazioni sulla relazione del Direttore sulla cui base verrà adottata la decisione da parte dell'organo collegiale. Chiede, quindi, che detta relazione sia comunicata alla parte interessata la quale potrà svolgere le proprie osservazioni entro i successivi dieci giorni.

Propone, pertanto, le modifiche all'art. 3, commi 6, 7 e 8 del *Regolamento* di seguito indicate:

6. Il Direttore, esamina i documenti presentati dalla parte istante unitamente all'istanza di cui all'articolo 3, comma 1. Ove lo ritenga necessario, assegna un termine massimo di 7 giorni alla parte istante per produrre eventuali documenti integrativi utili ai fini della valutazione di ammissibilità. In caso di richiesta di integrazione documentale, i termini di cui al successivo articolo 5, comma 1, sono sospesi. Il Direttore, esaminata la documentazione presentata dalla parte, dichiara con provvedimento motivato l'inammissibilità dell'istanza nei seguenti casi:

a. per incompetenza;

b. per manifesta infondatezza.

7. Avverso le decisioni di inammissibilità, la parte interessata può proporre opposizione alla Commissione, entro dieci giorni dalla relativa comunicazione, con atto consegnato a mano contro rilascio di ricevuta, a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, fax o tramite posta elettronica certificata. La decisione della Commissione avviene nei successivi 10 giorni e comunque nella prima seduta utile.

~~*8. Qualora la richiesta di parte istante sia manifestamente fondata ovvero concerna una fattispecie rispetto alla quale sussistono precedenti in termini, l'organo collegiale può adottare una decisione vincolante, decidendo allo stato degli atti, sulla base di una relazione dettagliata e motivata del Direttore.*~~

[In via subordinata l'operatore propone che il comma 8 dell'art. 3 sia modificato come segue]

8. Qualora la richiesta di parte istante sia manifestamente fondata, il Direttore, esaminata la documentazione agli atti, ne dichiara, attraverso una relazione dettagliata e motivata la manifesta fondatezza. Detta relazione dovrà essere immediatamente comunicata alla parte convenuta la quale potrà svolgere le proprie osservazioni entro dieci giorni dalla predetta comunicazione, con atto consegnato a mano contro rilascio di ricevuta, a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, fax o tramite posta elettronica certificata.

6) Con riferimento ai **commi 4 e 5** un operatore ritiene, a differenza di quanto proposto dall'Autorità, che la controversia debba essere considerata improcedibile se il medesimo oggetto viene deferito da una delle parti all'Autorità giudiziaria.

Sempre in materia d'improcedibilità l'operatore conviene con l'Autorità sul fatto che l'obbligo di convocare un *comitato tecnico* prima di adire la stessa, come spesso

previsto nei contratti tra le parti, costituisca uno strumento per snellire l'attività della pubblica amministrazione e debba essere sempre preventivamente adempiuto dalle parti prima di avviare una controversia, pena appunto l'improcedibilità che potrà essere dichiarata già nella prima udienza dal Direttore, quando sollevata nelle memorie in precedenza depositate e ritenuta fondata. Evidenzia, tuttavia, che questa previsione dovrebbe essere esplicitata nel testo della nuova delibera.

Inoltre, in un'ottica di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, l'operatore ritiene assolutamente condivisibile l'introduzione dei **commi 6 e 7**.

Secondo l'operatore sarebbe inoltre utile introdurre un'ulteriore ipotesi di inammissibilità basata sul principio *ne bis in idem* quando la stessa materia del contendere, anche se riguardante un periodo temporale ovviamente diverso, abbia già formato oggetto di una recente decisione da parte dell'Autorità su una precedente controversia insorta fra gli stessi soggetti.

In relazione al **comma 8** l'operatore ritiene illegittima la previsione di poter adottare provvedimenti di merito inaudita altera parte per "manifesta fondatezza". Ciò violerebbe le garanzie di partecipazione procedimentale e del buon andamento della pubblica amministrazione.

7) Un altro operatore non concorda con la modifica proposta *sul ne bis in idem* (**comma 4**). Secondo l'operatore, in accordo con i fondamentali principi dell'ordinamento (quali, ad esempio, il diritto al giudice naturale e il divieto di conflitti di decisioni), i procedimenti extragiudiziali di risoluzione delle controversie divengono improcedibili nel momento in cui una parte - sia essa l'istante o la parte "convenuta" - adisca le vie giudiziarie.

L'operatore poi si sofferma sul tema, sottoposto a consultazione, della «*regulation by litigation*» (**comma 5**) secondo cui sarebbe possibile, anche nell'ambito dei procedimenti di risoluzione delle controversie, svolgere un'attività amministrativa funzionalizzata al conseguimento di finalità di propria competenza di carattere regolamentare. A tale riguardo rileva che, sebbene anche quando svolgono una funzione para-giurisdizionale le *authorities* conservano la propria natura di autorità amministrative, nondimeno l'attività para-giurisdizionale comporta l'attribuzione di un potere decisorio soltanto su diritti soggettivi, basato sull'identificazione di posizioni

giuridiche tutelate dalle disposizioni normative applicabili e non di valutazioni discrezionali circa la sussistenza di un interesse pubblico primario cui, in ipotesi, gli stessi interessi privati – che vengono in rilievo nella risoluzione della controversia – possano addirittura essere “sacrificati” in quanto secondari.

L’operatore ritiene che anche la dottrina più autorevole segnala la necessità che – nello svolgimento della propria attività para-giurisdizionale – le autorità indipendenti “svolg[an]o un ruolo di mera applicazione della legge”, sottolineando “il ruolo neutrale delle autorità indipendenti i cui poteri non presuppongono una vera e propria ponderazione di interessi pubblici e privati e dunque sono privi del carattere della discrezionalità in senso proprio”; e ciò vale rispetto a funzioni – come quelle in esame – che “ben potrebbero essere esercitate ... da organi giurisdizionali in senso proprio” (Clarich, *Autorità indipendenti*, il Mulino, 2005, p. 151 ss.).

Secondo l’operatore, manifestazione evidente di tale possibile deviazione dai compiti tipici dell’attività di risoluzione extragiudiziale delle controversie è, tra l’altro, il **comma 5** dello schema di regolamento proposto, nella parte in cui si lascia all’Autorità la possibilità di adottare provvedimenti – di natura regolatoria – anche in pendenza di un procedimento giurisdizionale (in presenza del quale, invece, andrebbe decretata l’improcedibilità del procedimento di risoluzione della controversia) per il “perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 del Codice”. Secondo l’operatore – considerata la specificità dei procedimenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie che conducono le *authorities* a svolgere un’attività simile a quella dei giudici ordinari – nell’ambito di tale specifica funzione non possono essere compiute valutazioni tipiche, invece, della discrezionalità tecnica che le autorità esercitano nei procedimenti di natura regolatoria.

Ritiene pertanto illegittima la proposta secondo cui l’Autorità può adottare provvedimenti (siano essi a carattere particolare e/o generale) anche laddove risulti contestualmente pendente un procedimento giudiziario tra le medesime parti e sullo stesso oggetto.

(*Comitato tecnico*). L’operatore si sofferma sul tema della costituzione di comitati tecnici quali strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. L’operatore accoglie positivamente la digressione dell’Autorità sull’esperienza

maturata in caso di clausole recanti l'obbligo di convocare un comitato tecnico prima di investire l'Autorità della controversia. Concorda con l'Autorità riguardo alla necessità di maggiore chiarezza sulla perentorietà di tali clausole. Per le medesime ragioni ritiene opportuno specificare, nel *Regolamento*, che l'inosservanza dell'obbligo contrattuale delle parti di convocare un comitato tecnico per risolvere le controversie prima di adire l'Autorità, è causa di improcedibilità e va trattato alla stessa stregua della incompetenza *ex art. 23, comma 2 del Codice*. Ritiene utile specificare che, in caso sia sollevata tale eccezione, non si possa procedere alla definizione della controversia nel merito prima che l'Autorità abbia deciso sull'eccezione stessa, avente natura preclusiva.

In relazione al comma 8, *sulla manifesta fondatezza*, la società ritiene che la possibilità di derogare alla procedura ordinaria dovrebbe essere maggiormente ponderata con la tutela dei fondamentali diritti di difesa della società convenuta, pur nella volontà di perseguire una maggiore efficienza dell'attività amministrativa. Occorre, secondo il rispondente, disciplinare in maniera puntuale la procedura da seguire in tali ipotesi al fine di assicurare il contraddittorio tra le parti. A tal fine ritiene essenziale:

- dare immediata comunicazione alle parti della presunta “manifesta fondatezza”;
- dare possibilità alle parti di accedere a quelli che il Direttore ritiene “precedenti in termini”;
- fissare un termine alle parti per l'invio di memorie al fine di effettuare una valutazione adeguata sull'opportunità o meno di procedere con la procedura straordinaria;
- fissare un termine per le parti per proporre opposizione, così come accade per le ipotesi di improcedibilità di cui all'art.3, comma 7;
- prevedere che la procedura per manifesta fondatezza possa essere azionata anche su istanza di parte.

L'operatore evidenzia che, in mancanza di una procedura siffatta, si comprimerebbe in modo drastico il diritto di difesa. L'operatore eccepisce, inoltre, che nella procedura così come proposta non avrebbe luogo il tentativo obbligatorio di

conciliazione. Auspica, quindi, l'introduzione di una procedura straordinaria preordinata che permetta lo svolgimento, seppur con riti abbreviati, di tutte le fasi della controversia, quali il contraddittorio, l'istruttoria, e l'eventuale conciliazione.

C3) Le conclusioni dell'Autorità

1) (**Inammissibilità**). In relazione a quanto osservato al punto B3.1 si rileva quanto segue. In prima istanza l'operatore chiede di estendere l'elenco dei casi di inammissibilità di cui al comma 6 includendo quelli in cui: a) si dimostri che vi è già stata una negoziazione in buona fede sfociata in un accordo, b) il fatto che la controversia riguardi una decisione adottata o dichiarata inammissibile meno di 12 mesi prima, salvo che siano nel frattempo sopravvenute circostanze nuove che giustifichino la proposizione di una nuova controversia. A tale riguardo l'Autorità ritiene, con riferimento al punto a), che la questione sottoposta debba essere risolta dalle parti all'atto della stipula dell'accordo prevedendo una specifica clausola che ne definisca la durata. Infatti, laddove le parti giungono, in buona fede, ad una transazione, parte dell'accordo dovrà riguardare la durata e le condizioni di validità o meno dello stesso. D'altra parte, la valutazione che la società chiede all'Autorità, ossia di valutare se l'accordo è stato attuato in buona fede nel momento in cui una delle parti avvia una controversia, esula dagli ambiti di applicazione del *Regolamento* essendo l'istituto stesso della buona fede non normato dal *Codice*. Le fattispecie di cui ai punti b), viceversa, già rientrano nell'ipotesi di inammissibilità per manifesta infondatezza. Infatti, una controversia avviata dalla parte che abbia ottenuto una decisione sullo stesso tema, o comunque da una terza parte non coinvolta nella precedente decisione, senza che siano nel frattempo intervenute modifiche del quadro regolamentare – o, comunque ragioni per avviare una nuova controversia, potrà essere dichiarata manifestamente infondata. Stesso discorso vale nel caso in cui la controversia sia già stata dichiarata inammissibile.

L'operatore suggerisce che la declaratoria di inammissibilità/improcedibilità possa essere adottata, oltre che dal Direttore, anche dall'organo collegiale nel corso del procedimento. Al riguardo, si evidenzia che il *Regolamento* declina espressamente

(articolo 12, commi 1 e 7) i casi di archiviazione. La possibilità per la CIR di archiviare nel corso del procedimento appare irrituale, in quanto presupporrebbe una partecipazione della stessa all'*iter* istruttorio prima che, una volta completo, gli atti siano trasmessi alla CIR dal Direttore. Ciò, di fatto, andrebbe ad alterare la naturale suddivisione, prevista dal *Regolamento*, tra le attività istruttorie svolte dall'ufficio e il ruolo decisionale della CIR.

In relazione a quanto osservato al punto B3.5, sul tema inammissibilità (comma 6), si rappresenta quanto segue. L'operatore ritiene, in ragione della riservatezza delle informazioni che potrebbero essere contenute nell'istanza di avvio del procedimento, che nei casi in cui il Direttore ritenga di dichiararla inammissibile per incompetenza e/o infondatezza, la stessa istanza non debba essere trasmessa alla convenuta. Per le medesime ragioni si ritiene che a quest'ultima non debba essere trasmessa neanche l'eventuale opposizione alla decisione di inammissibilità.

Lo stesso operatore ritiene altresì che la decisione di inammissibilità per incompetenza e/o inammissibilità debba essere adeguatamente motivata dal Direttore, in modo da consentire all'istante di argomentare compiutamente nell'ambito della eventuale e successiva fase di opposizione alla Commissione.

Ciò detto l'Autorità ritiene che le osservazioni suddette siano tutte ragionevoli e che dunque debbano essere accolte, anche alla luce del fatto che nella prassi sono già seguite. Si concorda, in particolare, sulla non opportunità di inviare la comunicazione di inammissibilità alla parte convenuta, atteso che la stessa non viene, poi, in alcun modo ad essere coinvolta nel procedimento, salvo che venga accolto, dalla CIR, il ricorso della società istante. In tal caso, la controversia diviene ammissibile e l'istanza è ritualmente comunicata alla società convenuta. Parimenti l'Autorità ritiene che la comunicazione di inammissibilità debba essere motivata.

Nello stessa sezione B3.5 si richiede che, nel comma 6, sia indicato il termine (7 gg) entro il quale la parte istante possa presentare eventuali documenti integrativi ai fini della valutazione di ammissibilità dell'istanza di cui all'articolo 3, comma 1, del *Regolamento*. L'Autorità ritiene opportuno, a tale riguardo, prevedere un termine massimo di 7 gg lavorativi.

L'Autorità, infine – con riguardo alla richiesta di un operatore (B3.6) di dichiarare inammissibile una controversia che, anche se riguardante un periodo temporale diverso, abbia già formato oggetto di una recente decisione da parte dell'Autorità fra gli stessi soggetti – ritiene che tale valutazione debba essere svolta caso per caso e che possa rientrare nell'ambito di una valutazione di manifesta infondatezza, anche includendo il caso che vi sia identità di uno solo o nessuno dei soggetti che hanno partecipato alla controversia già definita.

2) (**Tavolo tecnico**). In relazione alla richiesta (sezioni B3.6 e B3.7) di esplicitare nel *Regolamento* l'obbligo di convocare un tavolo tecnico di conciliazione, pena in difetto *l'improcedibilità*, si richiama che una simile previsione è già inclusa nell'articolo 8, al comma 4, di seguito richiamato:

1. 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.

3) (**Ricorso alla inammissibilità**). Sempre nella sezione B3.5 si richiede che sia indicato un termine massimo di 10 gg entro il quale la Commissione debba pronunciarsi in merito all'opposizione proposta avverso le decisioni di inammissibilità delle istanze. L'Autorità ritiene di non accogliere tale richiesta, atteso che il *Codice* già definisce un termine di 4 mesi per l'adozione della decisione.

4) (**Ne bis in idem**). La maggior parte degli operatori (B3.1, B3.3, B3.5, B3.7) ha ritenuto, per le ragioni riportate, non condivisibile l'introduzione del comma 4,

nell'articolo 3, laddove prevede l'archiviazione del procedimento solo laddove sia la parte istante a rivolgersi al GO.

Le società ritengono che una valutazione dell'Autorità su un tema sottoposto al GO rischierebbe di generare decisioni contrastanti, violando il principio del *ne bis in idem* e di economia processuale. Inoltre, le parti verrebbero trattate in modo non paritario, avendo la ricorrente uno strumento di difesa in più della convenuta oltre a poter utilizzare in modo opportunistico, a seconda dell'andamento del procedimento dinanzi all'Autorità, tale possibilità.

Ciò premesso l'Autorità ritiene suscettibili di attenta riflessione le argomentazioni addotte con particolare riferimento all'opportunità di equiparare la posizione del convenuto a quella del ricorrente (quest'ultimo disporrebbe, infatti, di uno strumento di difesa aggiuntivo rispetto alla parte convenuta, potendo pertanto adottare condotte opportunistiche) e al fine di evitare un possibile contrasto con la decisione del GO (*ne bis in idem*). Affinché ciò avvenga occorre che la proposizione dell'azione dinanzi all'organo giurisdizionale dovrebbe determinare sempre l'improcedibilità dell'istanza presentata all'Autorità.

Si ritiene, pertanto, opportuno ripristinare l'iniziale formulazione del comma in oggetto secondo cui la controversia è archiviata se una delle parti si rivolge al GO. Si ritiene tuttavia opportuno, per economia procedimentale che, in tale ipotesi, la parte sia tenuta a presentare al responsabile del procedimento una dichiarazione espressa di rinuncia all'azione dinanzi all'Autorità.

5) (***Regulation by litigation***). La maggior parte degli operatori (B3.1, B3.3, B3.5, B3.7) ha ritenuto, per le ragioni riportate, non condivisibile l'introduzione del comma 5, nell'articolo 3, laddove indica che:

5. Se la convenuta propone azione dinanzi all'Autorità giudiziaria, rimettendo ad essa, anche solo in parte, la cognizione della medesima controversia, l'Autorità può comunque pronunciarsi sulle relative questioni con un atto interpretativo generale, qualora le stesse siano di particolare importanza e la loro definizione contribuisca al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 del Codice.

Di rilievo l'argomentazione secondo cui la procedura proposta dall'Autorità è suscettibile di generare un parere potenzialmente non supportato da un quadro fattuale completo in quanto privo del contributo istruttorio del convenuto. Gli operatori ritengono che, seppure le decisioni adottate dall'Autorità all'esito di un procedimento contenzioso possono definire un orientamento per il mercato, le stesse decisioni hanno un ambito soggettivo e oggettivo di applicazione limitato alle parti coinvolte nella controversia le quali sono le uniche a poter adeguatamente rappresentare in contraddittorio e nel corso dell'istruttoria procedimentale le peculiarità del caso in contestazione.

Viene inoltre rilevato che – proprio per la specificità dei procedimenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie in cui le *authorities* svolgono un'attività simile, *lato sensu*, a quella dei giudici – nell'ambito di tale specifica funzione non possono essere compiute valutazioni tipiche, invece, della *discrezionalità tecnica* che le autorità esercitano negli altri tipi di procedimenti (quali ad esempio quelli di natura regolatoria). Per tale ragione si ritiene auspicabile che siano confermate e non modificate le disposizioni normative previste dall'attuale testo dell'art. 3, senza inserimento dei nuovi commi 4 e 5.

Ciò premesso l'Autorità condivide che una tale previsione possa, in effetti, attribuire a un procedimento che riguarda due imprese (cui consegue un atto vincolante solo tra le stesse ai sensi dell'articolo 23 del *Codice*), una valenza regolamentare generale di norma ottenibile in procedimenti di natura diversa (delibere di approvazione delle offerte di riferimento, analisi di mercato, a titolo esemplificativo). L'Autorità ritiene inoltre condivisibile che un pronunciamento di carattere generale debba essere svolto solo sulla base di un quadro fattuale e di diritto completo. L'Autorità ritiene, pertanto, opportuno modificare il comma 5 prevedendo che se una parte (e dunque secondo il principio di uguaglianza e in osservanza del diritto fondamentale di difesa, di cui all'art. 24 Cost., nonché analogamente a quanto avviene nelle ipotesi di cui al comma 4), propone azione dinanzi all'Autorità giudiziaria, rimettendo ad essa, anche solo in parte, la cognizione della medesima controversia dopo che il procedimento, avviato ai sensi dell'articolo 6, abbia condotto ad una valutazione esaustiva dei fatti, l'Autorità può comunque pronunciarsi sulle relative questioni con un atto interpretativo generale, qualora le stesse siano di particolare

importanza e la loro definizione contribuisca al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 del *Codice*.

6) (**Manifesta fondatezza**). Con riferimento a quanto argomentato ai punti B3.1 e B3.2, B3.5, B3.7 riguardanti richieste di modifica del comma 8 si ritiene, nel rispetto del diritto al contraddittorio, di accogliere quanto richiesto essendo opportuno prevedere che il Direttore, prima di trasmettere la propria relazione all'organo collegiale, richieda alla parte convenuta di inviare una memoria in risposta a una relazione in cui si motivano i presupposti per una possibile valutazione di manifesta fondatezza e sulla base della quale la CIR dovrà decidere. A tale riguardo, un tempo di 10 giorni lavorativi per l'invio della replica da parte della società interessata appare congruo. Sulla base di quanto contro argomentato dalla società istante il Direttore potrà rivedere o confermare la propria valutazione, in tale caso dandone comunicazione motivata e dettagliata all'organo collegiale. Si ritiene, viceversa, irrituale la possibilità di poter proporre opposizione al Collegio atteso che avverso ogni decisione dell'Autorità, e tale è la CIR, la parte ha la facoltà di ricorrere, ai sensi del *Codice* stesso, al Tar. Parimenti non si ritiene di accogliere il suggerimento di prevedere la possibilità di richiedere, con specifica istanza, una "procedura" di manifesta fondatezza (quindi una sorta di rito abbreviato) atteso che tale valutazione di merito spetta all'Autorità e che il *Regolamento* già prevede, al fine di abbreviare i tempi nei casi eccezionali indicati, la possibilità di ricorrere all'articolo 4. Un operatore ha richiesto (B3.7) che, anche nell'ambito di una procedura di manifesta fondatezza, venga data la possibilità di svolgere un tentativo di conciliazione. L'Autorità ritiene che la parte convenuta possa, una volta ricevuta la relazione del Direttore, avviare una trattativa con la controparte per un tentativo di conciliazione (oltre a poter, comunque, inviare le proprie contro deduzioni all'Autorità nei termini dei 10 giorni suddetti). Laddove il tentativo andasse a buon fine, la società può darne comunicazione all'Autorità la quale, se la comunicazione giunge per tempo, archiverà il procedimento. L'avvio di tale trattativa, tuttavia, non interrompe i termini di cui all'articolo 8, come modificato in esito alla consultazione pubblica.

7) (**Lite temeraria**). Una società ha, inoltre, proposto l'introduzione (B3.2), nell'ambito del procedimento, dell'istituto della "lite temeraria", mutuando la disciplina del *Codice di procedura civile*. In altri termini si propone che la parte

soccombente, il cui comportamento processuale e difensivo sia connotato da colpa grave (per mala fede conflittuale, atteggiamento dilatorio, opportunistico, ecc.), al pagamento in favore dell'altra di una somma equitativamente determinata.

A tale riguardo si richiama che l'Autorità ha già sottoposto a consultazione pubblica, in relazione all'articolo 11, il seguente comma 8, già presente nella delibera n. 352/08/CONS:

8. Nel provvedimento decisivo l'Autorità può imporre a carico della parte non vittoriosa il rimborso, in tutto in parte, delle spese anticipate dalla controparte per il compimento di atti istruttori disposti dal responsabile del procedimento nel corso della procedura contenziosa.

Tale comma fa riferimento, pertanto, a un *rimborso spese* per il compimento di atti istruttori. L'Autorità ritiene che, alla luce dell'esperienza maturata, spesso le parti adottino un comportamento "processuale" ostruzionistico e opportunistico. Un istituto simile alla "lite temeraria" appare, pertanto, opportuno quanto meno come disincentivo a tali condotte. Si ritiene, pertanto, che la fattispecie della "lite temeraria" richiesta non rientri appieno nel comma suddetto e che vada introdotto un passaggio specifico, nel comma 8, che faccia riferimento ad un sorta di "rimborso dell'attività amministrativa" inutilmente svolta, in capo alla parte interessata, derivato dalla condotta dalla stessa tenuta durante il procedimento (il comma 8 è integrato come riportato in Allegato A alla delibera n. 226/15/CONS).

Si ritiene che le linee guida per la quantificazione del rimborso di cui sopra possano essere definite con apposito provvedimento, successivo alla presente delibera.

Su analogo tema, un operatore (B3.4) ritiene che debba essere previsto, quando una delle parti intenda abbandonare la procedura per proporre domanda giudiziale, un importo a titolo di riconoscimento spese che copra gli esborsi sostenuti per l'organizzazione della difesa dell'operatore che ha interesse, invece, alla prosecuzione del procedimento. A ciò dovrebbe aggiungersi il pagamento di una somma a titolo di

contribuito spese da riconoscere all'Autorità stessa per aver quest'ultima impiegato tempo e risorse inutilmente.

Anche in tal caso, l'Autorità ritiene che tale fattispecie possa essere ricompresa nello spirito dell'articolo 11, comma 8 come meglio integrato (si veda l'Allegato A alla delibera n. 226/15/CONS).

Le modifiche all'articolo 3, commi 6-8, conseguenti alla consultazione, sono riportate in Allegato A alla delibera n.226/15/CONS.

4. LA TUTELA CAUTELARE (ARTICOLO 4)

A4) Le valutazioni dell'Autorità di cui alla delibera n. 256/14/CONS

4.1 PREMESSA

Il *Regolamento* contempla la tutela cautelare la cui previsione costituisce predicato essenziale della funzione di soluzione delle controversie esercitata dall'Autorità. Si riporta, di seguito, l'attuale formulazione dell'articolo 4.

Articolo 4

Misure cautelari

1. Con la domanda di cui all'art. 3, ovvero nel corso del procedimento, la parte, allegando un pregiudizio di natura economica di eccezionale gravità e nei casi di richieste di accesso o di interconnessione non soddisfatte, può chiedere l'emanazione, in via d'urgenza, di misure provvisorie idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione finale.

2. In tal caso, ultimati a cura del responsabile del procedimento gli adempimenti di cui all'articolo seguente, il Direttore trasmette senza indugio gli atti alla Commissione, unitamente ad una propria relazione, per le determinazioni di competenza.

3. *La parte convenuta ha l'onere di depositare le proprie controdeduzioni sulla richiesta avversaria di misure cautelari nel termine di cinque giorni dalla notifica dell'avviso.*

4. *Scaduto il termine di cui al comma che precede, la Commissione, accertata la completezza del contraddittorio, decide allo stato degli atti con provvedimento motivato a norma dell'art. 11 del presente regolamento, anche tenendo conto degli interessi dei consumatori.*

5. *Il provvedimento di adozione della misura cautelare contiene l'indicazione della durata della medesima e non può essere rinnovato né prorogato.*

6. *La domanda di revoca o modificazione delle misure adottate e la riproposizione della domanda respinta sono ammissibili solo se motivate con riferimento a fatti sopravvenuti. Alle suddette istanze si applica il medesimo procedimento di cui al presente articolo.*

Qualora una parte richieda l'intervento dell'Autorità, lamentando un pregiudizio di eccezionale gravità, nonché nei casi di richieste di accesso o di interconnessione non soddisfatte, il *Regolamento* prevede l'avvio di una procedura cautelare che, nel rispetto del contraddittorio, consente l'emanazione di provvedimenti in modo tempestivo da parte della Commissione per le infrastrutture e le reti (nel seguito, CIR).

L'Autorità, alla luce dell'esperienza acquisita, ritiene opportuna una revisione della procedura di cui all'articolo 4.

Innanzitutto, si propone di eliminare il riferimento alla "natura economica" del pregiudizio, al fine di permettere una valutazione più flessibile delle singole fattispecie concrete, anche in linea con gli orientamenti giurisprudenziali.

Inoltre, si deve incidere sulla tempistica. Occorre indicare, ad esempio, quali siano le tempistiche della fase cautelare, anche al fine di renderle coerenti con i requisiti di urgenza e con i termini degli adempimenti istruttori preliminari della fase di merito, di cui all'articolo 5. Inoltre, ai sensi dell'articolo 4 del *Regolamento*, la parte convenuta, entro cinque giorni dalla convocazione è tenuta ad inviare all'Autorità ed alla controparte la propria memoria difensiva (comma 3). Non è esplicitamente

prevista, in tale articolo, una convocazione delle parti, salvo far riferimento agli adempimenti di cui all'articolo 5 (comma 2).

Non è chiaro, tuttavia, quali siano le tempistiche del procedimento cautelare, cioè se si debbano sempre e comunque rispettare tutti i termini di cui all'articolo 5, ovvero riscontrare la richiesta, entro dieci giorni dalla ricezione dell'istanza, e concedere alle parti, a partire dalla convocazione, venti giorni liberi prima dell'udienza. Si ritiene tale tempistica non in linea con i requisiti di un rapido intervento.

Proprio in ragione dell'urgenza, è ormai prassi consolidata degli Uffici dell'Autorità abbreviare i tempi procedurali della fase cautelare, convocando le parti in udienza entro un breve termine dalla ricezione dell'istanza (pochi giorni dopo l'invio delle memorie, che devono essere inviate entro cinque giorni dalla convocazione), allo scopo di acquisire elementi di valutazione – ulteriori rispetto a quanto riportato nelle memorie – sull'effettiva esistenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Si ritiene, pertanto, che dall'articolo 4 debba essere rimosso il riferimento all'articolo 5 il quale, come premesso, prevede venti giorni liberi dalla convocazione per lo svolgimento dell'udienza. Tale termine è infatti incompatibile con le esigenze cautelari.

Conseguentemente, si ritiene appropriata una modifica dell'articolo 4, in modo da *chiarire che l'avvio del procedimento cautelare avviene entro dieci giorni dalla ricezione dell'istanza*. Con l'avvio del procedimento, viene assegnato alla controparte un termine di cinque giorni dalla convocazione, per il deposito delle proprie controdeduzioni (sulla richiesta avversaria di misure cautelari), e fissata un'udienza a valle della ricezione della memorie (ad esempio, entro i successivi dieci giorni). In questo modo, entro venticinque giorni dall'istanza, l'Ufficio dispone di tutti gli elementi istruttori per una valutazione d'urgenza.

Inoltre, appare necessario regolare la modalità di rigetto della richiesta di emanazione delle misure cautelari, ad esito dell'istruttoria degli Uffici. Quest'ultima, non chiaramente indicata dall'attuale *Regolamento* (l'articolo 4 fa infatti riferimento genericamente alla trasmissione in CIR degli atti per le determinazioni di competenza), deve essere comunque definita in modo da snellire le tempistiche procedurali.

Si fa presente, a tale proposito, che anche in questo caso, secondo una prassi consolidata, in esito alle attività istruttorie suddette l'Ufficio può:

✓ decidere di rigettare la richiesta, con comunicazione motivata del Direttore, di misure cautelari procedendo con l'esame dei profili nel merito. A questo riguardo, si ritiene opportuno, comunque, assicurare all'interessato, con celere procedura *ad hoc*, la possibilità di rivolgersi all'Organo collegiale nei casi in cui non ritenga giustificato il rigetto;

✓ prendere atto della rinuncia alla richiesta delle misure cautelari da parte dell'istante nel caso in cui, anche a valle dell'udienza, le parti abbiano raggiunto un accordo o se l'istante dichiara che sono venuti i meno i presupposti per l'adozione di una misura cautelare,

✓ trasmettere gli atti alla CIR per emanazione delle misure che devono essere idonee ad assicurare gli effetti della decisione finale, nonché tener conto dell'interesse dei consumatori.

4.2 LE MODIFICHE PROPOSTE

Alla luce di quanto sopra, si propongono le seguenti modifiche ed integrazioni dell'articolo 4 nelle parti indicate col grassetto.

Articolo 4

Misure cautelari: istanza e procedimento

1. Con la domanda di cui all'art. 3, ovvero nel corso del procedimento, la parte, allegando un pregiudizio ~~di natura economica~~ di eccezionale gravità e nei casi di richieste di accesso o di interconnessione non soddisfatte, può chiedere l'emanazione, in via d'urgenza, di misure provvisorie idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione finale.

2. Il Direttore, entro dieci giorni lavorativi dal ricevimento dell'istanza cautelare, trasmette alle parti, anche a mezzo fax o per via telematica, l'avviso dell'udienza di comparizione, con l'indicazione della data della convocazione, da

tenersi non prima di 5 e non oltre quindici giorni lavorativi dall'avviso, con l'indicazione degli elementi informativi di cui al comma 2 dell'articolo 5.

3. La parte convenuta ha l'onere di depositare le proprie controdeduzioni sulla richiesta avversaria di misure cautelari nel termine di cinque giorni lavorativi dalla ricezione dell'avviso.

4. Il responsabile del procedimento svolge gli adempimenti di competenza, consistenti nella verifica di ammissibilità della richiesta, della sussistenza degli estremi del fumus boni iuris e del periculum in mora, e trasmette una relazione istruttoria al Direttore. Quest'ultimo, in caso ritenga sussistenti i requisiti minimi per l'emanazione della misura cautelare, trasmette senza indugio gli atti alla Commissione, unitamente ad una relazione, per le determinazioni di competenza.

5. Nella prima seduta utile la Commissione, accertata la completezza del contraddittorio e la sussistenza dei requisiti richiesti per l'adozione del provvedimento cautelare, decide allo stato degli atti con provvedimento motivato a norma dell'art. 11 del presente Regolamento. Nell'adottare la decisione, tiene debitamente in conto gli interessi dei consumatori e dei requisiti di continuità dei servizi resi.

6. Qualora il Direttore non ritenga sussistenti i requisiti per l'adozione della misura cautelare, emana un motivato provvedimento di rigetto dell'istanza cautelare e lo notifica alle parti. La parte istante può proporre opposizione a tale provvedimento dinanzi all'organo collegiale, entro dieci giorni lavorativi dall'avvenuta notifica, con atto consegnato a mano contro rilascio di ricevuta, a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, fax o posta elettronica certificata e inviando copia dell'istanza di opposizione alla parte convenuta. Quest'ultima, entro i successivi dieci giorni lavorativi, può inviare all'Autorità ed alla controparte le proprie controdeduzioni. L'organo collegiale, sentite le parti nella prima seduta utile, conferma il provvedimento di rigetto o richiede al Direttore di sottoporre alla Commissione una relazione istruttoria, incluso gli annessi atti, per l'adozione di un provvedimento cautelare.

7. Il provvedimento di adozione della misura cautelare contiene l'indicazione della durata della medesima e non può essere rinnovato né prorogato.

8. *La domanda di revoca o modificazione delle misure adottate e la riproposizione della domanda respinta sono ammissibili solo se motivate con riferimento a fatti sopravvenuti. Alle suddette istanze si applica il medesimo procedimento di cui al presente articolo.*

4.3 TEMPISTICHE PROCEDIMENTALI

Giova osservare che lo svolgimento del procedimento cautelare comporta uno slittamento dei termini di conclusione del procedimento di merito. La valutazione dei requisiti per le misure cautelari, infatti, richiede mediamente tre settimane – e si conclude, come già precedentemente descritto, con un provvedimento di rigetto delle misure stesse, con una conciliazione o con la proposta di adozione di un provvedimento da parte della CIR. In quest'ultimo caso, ai tempi istruttori precedenti (3 settimane) vanno sommati quelli necessari per la trasmissione degli atti agli organi collegiali, per la decisione e le connesse attività conseguenti l'emanazione delle misure. Tutto ciò determina un differimento dei termini istruttori, inerenti al merito, di almeno quarantacinque giorni.

È pertanto opportuno che i tempi di conclusione del procedimento (4 mesi) non includano le tempistiche di conclusione del procedimento cautelare. Tale periodo temporale potrà essere conteggiato dalla convocazione delle parti all'udienza cautelare (avvio del procedimento cautelare), fino al rigetto dell'istanza o all'adozione della decisione d'urgenza da parte della CIR.

4.4 DECISIONI PRESIDENZIALI

Infine, si ritiene opportuno prevedere la possibilità di adottare un provvedimento cautelare presidenziale, in omaggio al principio di effettività della tutela. Si possono verificare, infatti, casi in cui la parte istante dimostri l'esistenza di ragioni di estrema gravità e urgenza – a condizione che incidano sulla tutela degli utenti finali – e chieda che si provveda in via immediata, prescindendo dall'udienza di comparizione prevista dal comma 4 (è comunque assicurata la possibilità delle parti di essere udite, anche informalmente, secondo un modello già noto alla Giurisprudenza amministrativa). In

tale eventualità, sembra opportuno prevedere l'adozione di un provvedimento monocratico da parte del Presidente della Commissione, sulla base di una breve relazione del Direttore, redatta dopo un primo esame degli atti.

È dunque ipotizzabile l'introduzione, all'interno dell'articolo 4, di un ulteriore comma, il cui tenore letterale potrebbe essere il seguente:

Nei casi di estrema gravità e urgenza che incidano sulla tutela dell'utenza, la parte interessata può chiedere al Presidente della Commissione l'adozione di un provvedimento cautelare provvisorio, presentando una richiesta debitamente motivata. In tale ipotesi, il Presidente, ove lo ritenga necessario, può sentire le parti, senza formalità e anche separatamente, prima dell'adozione del provvedimento interinale. Il Presidente decide sulla base di una breve relazione del Direttore, tenendo massimamente in conto le finalità di tutela dei consumatori e stabilendo limiti ed effetti della misura. Il provvedimento è comunicato alle parti ed è efficace fino alla prima seduta utile dell'organo collegiale, in vista della quale il Direttore integra la relazione precedentemente trasmessa. Il provvedimento perde efficacia se la Commissione non lo conferma nella prima seduta utile di cui al periodo precedente.

Si richiede ai rispondenti di fornire la propria opinione nel merito
--

B4) Le osservazioni degli operatori

- 1) Un operatore propone di ripristinare il *“pregiudizio di natura economica”* all'articolo 4 comma 1.
- 2) Un operatore propone di inserire un termine di 45 giorni dalla presentazione dell'istanza per l'adozione di una decisione della Commissione sull'adozione delle misure cautelari richieste.

Inoltre, non ritiene condivisibile l'introduzione del potere del Presidente della Commissione di adottare un provvedimento cautelare anche *inaudita altera parte*. L'attività dell'Autorità dovrebbe, secondo il rispondente, informarsi al rigoroso rispetto del principio del contraddittorio. L'esigenza di speditezza, da bilanciare con quella del

contraddittorio, potrà ugualmente essere raggiunta prevedendo come obbligatoria l'audizione delle parti interessate parti prima dell'adozione del provvedimento.

3) Un operatore ritiene che, al fine di non comprimere il diritto di difesa della parte convenuta, il termine dei cinque giorni lavorativi di cui al **comma 3, dell'art. 4** (prevede che la parte convenuta deve depositare le proprie controdeduzioni sull'istanza cautelare entro cinque giorni lavorativi dal ricevimento dell'avviso di convocazione da parte del Direttore) non dovrebbe decorrere dal ricevimento della convocazione, bensì a ritroso dalla data dell'udienza di comparizione, al fine di consentire il pieno esercizio del diritto di difesa. In caso contrario, la parte che propone l'istanza avrebbe un tempo maggiore per predisporre le proprie argomentazioni, mentre la parte convenuta disporrebbe di un termine ridottissimo, ancorché oggi misurato in giorni lavorativi e non più di calendario solare.

Con riferimento al **comma 9**, stante l'eccezionalità delle misure presidenziali, la società ritiene opportuno precisare che le decisioni monocratiche possano essere adottate solo in casi di estrema gravità e urgenza che incidano su diritti dell'utenza, e non "sulla tutela dell'utenza", come proposto nel nuovo comma. Tale dizione, infatti, è eccessivamente generica e potrebbe dare luogo a comportamenti strumentali. Per lo stesso motivo non si ritiene appropriato un generico dovere del presidente di tenere massimamente in conto le finalità di tutela dei consumatori, giacché la tutela dei *diritti degli utenti* dovrebbe costituire l'oggetto stesso del provvedimento, nonché l'unico elemento di valutazione ai fini dell'adozione di provvedimenti monocratici.

La società poi chiede che l'intervento successivo dell'Organo collegiale avvenga nel pieno rispetto del contraddittorio delle parti, con termini per la presentazione di deduzioni e fissazione di udienza.

4) Un operatore condivide l'intento delle modifiche all'art. 4 del *Regolamento* volte a dare maggiore celerità e certezza al procedimento cautelare disciplinato dall'articolo in questione. Sottolinea, tuttavia, l'opportunità di inserire tra i principi fondanti il procedimento cautelare non solo gli interessi dei consumatori e la continuità dei servizi resi, ma anche l'obiettivo di tutela della concorrenza che andrebbe a sostanziare il *fumus* e l'urgenza in uno spettro di casi più ampio. Rileva, infatti, che l'art. 23 del *Codice* prevede che "[n]ella risoluzione delle controversie l'Autorità

persegue gli obiettivi di cui all'articolo 13", previsione che impone all'Autorità l'obiettivo ultimo di tutela della concorrenza in tutte le attività da essa svolte, anche in ambito para-giurisdizionale.

L'operatore suggerisce inoltre alcuni emendamenti atti a velocizzare la procedura cautelare, quali l'indicazione di termini endoprocedimentali coerenti con le finalità cautelari, come quelli indicati al comma 4, dell'art 4. Suggerisce quindi l'eliminazione dell'attività di intermediazione nei confronti del Direttore, svolta dal responsabile del procedimento nell'ambito della procedura cautelare, che di fatto andrebbe ad appesantire la procedura con un ulteriore passaggio. La procedura ipotizzata dall'Autorità non risulterebbe, secondo la società, infatti coerente con i principi "di economicità [e] di efficacia" dell'attività amministrativa di cui all'art. 1 della legge 241/1990 né con l'art 5 della medesima legge, il quale dispone che "[i]l dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità della istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale". Suggerisce, quindi, le modifiche di seguito riportate che prevedono il compimento dell'attività istruttoria da parte di un solo soggetto ovvero dal Direttore o da persona da questi delegata, che eserciti le sue funzioni istruttorie in nome e per conto del medesimo, al fine di consentire l'emanazione del provvedimento all'organo preposto.

Articolo 4

Misure cautelari: istanza e procedimento

1. Con la domanda di cui all'art. 3, ovvero nel corso del procedimento, la parte, allegando un pregiudizio di eccezionale gravità e nei casi di richieste di accesso o di interconnessione non soddisfatte, può chiedere l'emanazione, in via d'urgenza, di misure provvisorie idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione finale.

2. Il Direttore, entro dieci giorni lavorativi dal ricevimento dell'istanza cautelare, trasmette alle parti, anche a mezzo fax o per via telematica,

l'avviso dell'udienza di comparizione, con l'indicazione della data della convocazione, da tenersi non prima di 5 e non oltre quindici giorni lavorativi dall'avviso, con l'indicazione degli elementi informativi di cui al comma 2 dell'articolo 5.

*3. La parte convenuta ha l'onere di depositare le proprie controdeduzioni sulla richiesta avversaria di misure cautelari nel termine di cinque giorni **lavorativi** dalla ricezione dell'avviso.*

*4. Il responsabile Direttore o un responsabile da lui delegato del procedimento svolge gli adempimenti di competenza, consistenti nella verifica di ammissibilità della richiesta, della sussistenza degli estremi del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, e trasmette una relazione istruttoria al Direttore. Quest'ultimo, in caso ritenga sussistenti i requisiti minimi per l'emanazione della misura cautelare, trasmette senza indugio gli atti alla Commissione, unitamente ad una relazione, per le determinazioni di competenza entro 10 giorno dall'udienza.*

5. Nella prima seduta utile la Commissione, accertata la completezza del contraddittorio e la sussistenza dei requisiti richiesti per l'adozione del provvedimento cautelare, decide allo stato degli atti con provvedimento motivato a norma dell'art. 11 del presente Regolamento. Nell'adottare la decisione, tiene debitamente in conto gli interessi dei consumatori e dei requisiti di continuità dei servizi resi e degli obiettivi di tutela della concorrenza.

6. Qualora il Direttore non ritenga sussistenti i requisiti per l'adozione della misura cautelare, emana un motivato provvedimento di rigetto dell'istanza cautelare e lo notifica alle parti. La parte istante può proporre opposizione a tale provvedimento dinanzi all'organo collegiale, entro dieci giorni lavorativi dall'avvenuta notifica, con atto consegnato a mano contro rilascio di ricevuta, a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, fax o posta elettronica certificata e inviando copia dell'istanza di opposizione alla parte convenuta. Quest'ultima, entro i successivi dieci giorni lavorativi, può inviare all'Autorità ed alla controparte le proprie controdeduzioni. L'organo

collegiale, sentite le parti nella prima seduta utile, conferma il provvedimento di rigetto o richiede al Direttore di sottoporre alla Commissione una relazione istruttoria, incluso gli annessi atti, per l'adozione di un provvedimento cautelare.

7. Il provvedimento di adozione della misura cautelare contiene l'indicazione della durata della medesima e non può essere rinnovato né prorogato.

8. La domanda di revoca o modificazione delle misure adottate e la riproposizione della domanda respinta sono ammissibili solo se motivate con riferimento a fatti sopravvenuti. Alle suddette istanze si applica il medesimo procedimento di cui al presente articolo.

5) In relazione al **comma 9** un operatore – in considerazione del ruolo centrale ricoperto dal responsabile del procedimento e anche in virtù dei noti principi di economicità ed efficacia del procedimento amministrativo – ritiene che, nei casi di eccezionale gravità, debba essere il responsabile del procedimento il titolare della decisione in merito al riconoscimento o meno del provvedimento da adottare sotto forma di provvedimento cautelare.

6) Un operatore ha evidenziato che, negli ultimi anni, tanto a livello UE quanto a livello nazionale, si è assistito all'adozione di normative settoriali che hanno conferito alle autorità indipendenti anche la possibilità di esercizio di poteri cautelari, sulla scorta di quelli esercitabili dalla Commissione UE in materia *antitrust*. Considerate in generale le tempistiche ristrette per l'adozione di tali tipologie di misure, si tratta di un'eccezione alle generali regole della partecipazione procedimentale, del contraddittorio e del diritto di difesa, per cui dovrebbero essere utilizzate in modo misurato.

In considerazione di ciò l'operatore ritiene che qualsivoglia ampliamento – per giunta operato a livello regolamentare - dei presupposti per la concessione di misure interinali da parte delle autorità indipendenti, trattandosi di una deviazione dalle regole generali sul procedimento amministrativo contenute nella l. 241/90, sia illegittimo.

7) Un operatore concorda con l'eliminazione del riferimento alla "natura economica" del pregiudizio al fine di permettere una valutazione più flessibile delle singole fattispecie concrete, oltre che con l'abbreviazione dei tempi procedurali della fase cautelare in ragione dell'urgenza. Ha evidenziato, tuttavia, la necessità di definire termini precisi entro i quali dovrà essere emanato il provvedimento, anche in forma sintetica, di accoglimento o di rigetto della richiesta di adozione di misure cautelari.

Nel nuovo comma 4, infatti, si dispone che il Direttore, nel caso ritenga sussistenti i requisiti minimi per l'emanazione della misura cautelare, trasmette senza indugio gli atti e una relazione alla Commissione. L'operatore ritiene che debba essere definito un termine per questa trasmissione proprio per dare maggiore certezza sulle tempistiche.

L'operatore condivide l'introduzione del comma relativo all'adozione del provvedimento monocratico da parte del Presidente della Commissione.

C4) Le conclusioni dell'Autorità

1) (***Caratteristiche del pregiudizio che giustifica il cautelare***). In relazione a quanto osservato nella sezione B4.1, si ritiene che l'attuale formulazione possa includere anche un pregiudizio di carattere economico di eccezionale gravità.

2) (***Tempistiche del cautelare***). In relazione a quanto osservato nelle sezioni B4.2 e B4.7, in merito alla introduzione di un termine (un soggetto propone di 45 giorni) per la conclusione del procedimento cautelare, si ritiene di non dover accogliere quanto proposto trattandosi comunque di un termine non perentorio e atteso che le tempistiche delle attività istruttorie da svolgere sono già molto stringenti, soprattutto per la parte chiamata in causa. Le tempistiche del procedimento cautelare saranno ovviamente, di norma, ridotte rispetto al procedimento di merito, nei limiti di quanto strettamente necessario per svolgere l'accertamento della sussistenza del *fumus* e del *periculum*, nel rispetto del diritto di difesa della parte convenuta e degli interessi dei consumatori e del mercato. L'introduzione di un ulteriore *sub*-termine, pertanto, oltre che indebita appare inutile e foriera di ulteriori complicazioni procedurali. Per analoghe ragioni, non si ritiene di accogliere la richiesta, di cui alle sezioni B4.4 e

B4.7, di introdurre un termine, al comma 4 (un soggetto propone di 10 giorni), per la trasmissione della relazione del responsabile alla Commissione.

3) (**Provvedimento Presidenziale**). Tenuto conto di quanto osservato alla sezione B4.2 e B4.3 riguardo al comma 9 con riferimento alla necessità di garantire un contraddittorio delle parti, con termini per la presentazione di deduzioni e fissazione di udienza, l’Autorità ritiene di modificare quanto proposto in consultazione, anche in ottica di semplificazione procedimentale. Il comma 9 prevede che il “... **il Presidente, ove lo ritenga necessario, può sentire le parti, senza formalità e anche separatamente, prima dell’adozione del provvedimento interinale.**”. L’Autorità, pertanto, in ottica di maggiore efficienza dell’azione amministrativa ritiene di modificare la disposizione in oggetto, al fine di non duplicare le attività istruttorie con particolare riferimento agli approfondimenti da svolgere con le parti. Atteso, infatti, che le stesse sono già sentite dagli Uffici ai sensi del comma 2 dell’articolo 4, l’Autorità ritiene che sia il Direttore a poter valutare *prima facie* se sussistono gli estremi di un provvedimento Presidenziale (anche tenuto conto di quanto rappresentato dalle parti nel corso dell’audizione prevista dal citato comma) e a trasmettere, di conseguenza, al Presidente gli atti acquisiti. Naturalmente, spetta esclusivamente a quest’ultimo, esaminati gli atti e la relazione del Direttore, la decisione di adottare un provvedimento d’urgenza – senza, quindi, dover nuovamente sentire le parti (già “ascoltate” dagli Uffici).

In ottica di una maggiore garanzia del diritto di difesa l’Autorità ritiene, tuttavia, di integrare quanto proposto disponendo la possibilità per la parte convenuta di inviare al Direttore una relazione di difesa sul provvedimento di urgenza comunicato alle parti, di cui lo stesso dovrà tener conto nella relazione finale per la Commissione, e la facoltà, per quest’ultima, di sentire le parti prima del provvedimento definitivo.

4) (**Termini per l’invio della memoria di difesa**). L’Autorità non ritiene tecnicamente praticabile la proposta, di cui alla sezione B4.3, di far decorrere i termini a ritroso (5 giorni) rispetto alla data dell’udienza di cui al comma 3. Infatti, in casi di particolare urgenza, questa può essere fissata, ad esempio, dopo una settimana dalla convocazione. Ne segue che, in tal caso, la parte convenuta avrebbe 2 giorni per

presentare le memorie. Si ritiene, pertanto, a maggior garanzia del diritto di difesa, di lasciare invariato quanto proposto.

Con riferimento alla precisazione richiesta, nella sezione B4.3, sull'oggetto del comma 9, si ritiene corretto far riferimento ai *diritti* dell'utenza. Si ritiene altresì opportuno non modificare il comma 9, laddove precisa che il Presidente tiene *massimamente in conto le finalità di tutela dei consumatori e stabilendo limiti ed effetti della misura*, essendo questa la principale finalità da perseguire in un procedimento di urgenza.

5) (*Finalità del cautelare*). Riguardo a quanto osservato nella sezione B4.4 in relazione alla necessità di richiamare, tra i principi che giustificano un provvedimento cautelare, anche la tutela della concorrenza e non solo gli interessi dei consumatori, si rappresenta quanto segue. Il *Regolamento* già richiama gli articoli 4 e 13 del *Codice* nei quali la tutela della concorrenza riveste un ruolo primario. Il comma 1 dell'articolo 4, poi, reca “[...] *la parte, allegando un pregiudizio di eccezionale gravità e nei casi di richieste di accesso o di interconnessione non soddisfatte, può chiedere l’emanazione, in via d’urgenza, di misure provvisorie idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione finale*”. È evidente che il richiamo a richieste di accesso o interconnessione non soddisfatte rappresenta una tutela per la concorrenza e, di conseguenza, per l'utenza finale. Non si ritiene, pertanto, di dover modificare il comma 5.

1) (*Modifiche procedurali dell'articolo 4*). In relazione a quanto richiesto nella sezione B4.4 e B4.5 in merito alla opportunità di eliminare, per ragioni di celerità, il passaggio di trasmissione della relazione tra responsabile del procedimento e Direttore facendo sì che il funzionario delegato possa direttamente trasmettere la relazione alla Commissione si rappresenta quanto segue. In primo luogo, si rileva che il passaggio della legge 241/1990 richiamato non appare essere pertinente al caso di specie laddove la decisione viene adottata dalla Commissione e non dal funzionario o dal Direttore. In secondo luogo, la trasmissione della relazione, da parte del responsabile del procedimento, non appesantisce il procedimento atteso che il Direttore si limita a svolgere una verifica della sussistenza degli estremi per la concessione del cautelare sulla base della nota trasmessa. In terzo luogo, la modifica proposta non è

coerente neanche con il *Regolamento di organizzazione e funzionamento dell’Autorità*, laddove prevede (articolo 9, comma 2 lettera b) che il Segretario Generale “[...] *verifica la completezza formale degli atti, dei documenti e delle proposte che le unità di primo livello trasmettono agli Organi dell’Autorità, e ne rileva la conformità agli indirizzi da essa adottati*”. Inoltre, all’articolo 25, il citato *Regolamento di organizzazione* prevede che “*i direttori delle Direzioni e dei Servizi hanno la responsabilità del funzionamento della struttura cui sono preposti, della quale programmano, dirigono e controllano l’attività e sovrintendono agli affari di competenza della Direzione o del Servizio, assicurandone la conformità agli orientamenti generali dell’Autorità*”.

2) (***Legittimità della misura***). Si fa riferimento a quanto osservato nella sezione B4.6 in relazione alla asserita non legittimità delle previsioni di cui all’oggetto. A tale riguardo si rappresenta che le modifiche introdotte all’articolo 4, come integrate in esito alla presente consultazione, vanno proprio nella direzione di garantire tutti i principi stabiliti dalla legge 241/1990 in termini di efficacia, efficienza, trasparenza, pubblicità, garanzia della partecipazione al procedimento amministrativo e del contraddittorio tra le parti.

Si riporta in Allegato A alla delibera n. 226/15/CONS la formulazione definitiva dell’articolo 4, comma 9, a seguito dei commenti ricevuti.

5. L’AVVIO DEL PROCEDIMENTO DI MERITO E LE ATTIVITÀ ISTRUTTORIE (ARTICOLI 5 E 6)

A5) Le valutazioni dell’Autorità di cui alla delibera n. 256/14/CONS

5.1 LA FASE DI AVVIO

Il procedimento (di merito, nel caso in cui vi sia già stato anche un procedimento cautelare) ha inizio su richiesta di una delle parti e il Direttore, dopo che l’Ufficio competente ha verificato la sussistenza dei requisiti per l’ammissibilità e la procedibilità, comunica alle parti, entro dieci giorni dal ricevimento dell’istanza, l’avviso dell’avvio del procedimento, il responsabile del procedimento e la data

dell'udienza di comparizione. Tale avviso deve pervenire alle parti almeno venti giorni prima dell'udienza. Il termine è espresso in giorni liberi, intesi, in via di prassi, come lavorativi, includendo il sabato (ma non la domenica e i festivi).

Si riporta, per completezza espositiva, l'attuale formulazione dell'articolo 5 citato.

Articolo 5

Avviso di convocazione delle parti

1. *Il responsabile del procedimento, entro dieci giorni dal ricevimento dell'istanza, trasmette alle parti, anche a mezzo fax o per via telematica, l'avviso dell'udienza di comparizione.*

2. *In tale avviso, che dovrà pervenire alle parti almeno venti giorni liberi prima dell'udienza, sono specificamente indicati:*

- a) la data di deposito dell'istanza;*
- b) l'oggetto della procedura;*
- c) la data e il luogo fissati per l'udienza;*
- d) il responsabile del procedimento;*
- e) l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti.*

3. *Unitamente all'avviso di cui ai commi precedenti, il responsabile del procedimento trasmette alla parte convenuta copia dell'istanza depositata.*

Nel rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, le parti hanno facoltà di presentare, fino a cinque giorni (da prassi intesi come lavorativi) prima dell'udienza di comparizione (sia quella iniziale sia – come indicato all'articolo 6 modificato – delle successive udienze), memorie e depositare documenti. L'Autorità, al fine di distinguere i termini relativi alla prima udienza da quelli relativi alle eventuali successive, ritiene opportuno specificare il vincolo dei cinque giorni già in questo

articolo (nella versione originaria del *Regolamento*, tale termine è riportato nel solo articolo 7).

Si rappresenta, altresì, che da prassi l'avviso di udienza di comparizione è firmato dal Direttore che, nello stesso, indica il responsabile del procedimento. Anche questo deve essere specificato in maniera più chiara nel *Regolamento*.

Si propongono, pertanto, le seguenti modifiche e integrazioni dell'articolo 5 nelle parti indicate in grassetto:

1. **Il Direttore**, entro dieci giorni **lavorativi** dal ricevimento dell'istanza, trasmette alle parti, via posta elettronica certificata o a mezzo fax, l'avviso della **prima udienza di comparizione**.

2. In tale avviso, che dovrà pervenire alle parti almeno venti giorni **lavorativi precedenti alla prima udienza**, sono specificamente indicati:

a) la data di deposito dell'istanza;

b) l'oggetto della procedura;

c) la data e il luogo fissati per l'udienza;

d) il responsabile del procedimento;

e) l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti;

f) **il termine di cinque giorni lavorativi prima dell'udienza per l'invio delle memorie**.

3. Unitamente all'avviso di cui ai commi precedenti, il **Direttore** trasmette alla parte convenuta copia dell'istanza depositata.

Nel corso dell'attività istruttoria si realizzano gli adempimenti in capo al responsabile del procedimento (svolgimento delle udienze con la stesura dei verbali sintetici, tentativi di conciliazione, accessi agli atti, integrazione di informazioni, acquisizione di documenti, ecc.).

5.2 LO SVOLGIMENTO DELL'ISTRUTTORIA (ARTICOLO 6)

L'attuale articolo 6 del *Regolamento* definisce la durata del procedimento in quattro mesi e contempla l'ipotesi di sospensione (in tutto o in parte) del procedimento qualora nel corso dello stesso emergano fatti concretanti violazioni della normativa di settore perseguibili ai sensi della delibera n. 136/06/CONS, che disciplina le attività sanzionatorie.

Per ragioni di speditezza e di buon andamento dell'attività amministrativa, è possibile, altresì, disporre la riunione di più procedimenti pendenti aventi ad oggetto controversie connesse. È possibile, infine, coinvolgere terzi nell'istruttoria. Si riporta di seguito l'articolo 6, nell'attuale formulazione.

Articolo 6

Il procedimento

1. *Il procedimento deve essere definito entro il termine ordinatorio di quattro mesi decorrenti dalla data di ricevimento dell'istanza.*

2. *Il Direttore, anche d'ufficio, sentite le parti interessate, può disporre la riunione di più procedimenti pendenti, aventi ad oggetto controversie connesse, affidandone l'istruttoria ad un solo responsabile.*

3. *Nel caso in cui dall'atto introduttivo della presente procedura contenziosa, ovvero nel corso del relativo procedimento, emergano fatti sufficientemente circostanziati, non manifestamente infondati, concretanti violazioni della normativa di settore perseguibili ai sensi della delibera n. 136/06/CONS, il responsabile del procedimento ed il Direttore, per quanto di rispettiva competenza, curano gli adempimenti prescritti dalla predetta delibera.*

4. *Nelle ipotesi di cui al comma che precede, quando l'accertamento delle violazioni suddette è necessario per decidere la controversia, la Commissione, su proposta del Direttore, può disporre la sospensione, in tutto o in parte, del procedimento contenzioso fino alla definizione del procedimento sanzionatorio.*

5. *Ciascuna parte può chiedere, con un'istanza che abbia i requisiti di cui all'art. 3 e fino alla trasmissione degli atti alla Commissione, che il procedimento contenzioso si svolga anche nei confronti di un terzo operatore.*

6. *Il responsabile del procedimento autorizza la chiamata del terzo nei soli casi in cui rileva che il rapporto che fa capo al terzo operatore sia oggettivamente connesso alla controversia già pendente sì da rendere necessaria la sua partecipazione al procedimento. Con il medesimo provvedimento il responsabile del procedimento trasmette un nuovo avviso di convocazione a norma dell'art. 5.*

L'Autorità, in merito, non ha ravvisato particolari elementi di criticità, salvo:

- ✓ l'ipotesi di sospensione della controversia prevista dal comma 4, in caso si ravvisi una violazione della normativa di settore;
- ✓ l'applicazione del comma 1, per le ragioni descritte in seguito, relativamente alla durata del procedimento.

In relazione al primo punto, si ritiene opportuno che, di norma, la controversia ed il procedimento sanzionatorio procedano in modo parallelo. L'ipotesi di sospensione deve essere residuale e facoltativa. L'attuale formulazione già prevede che la Commissione "può" sospendere la controversia. Il comma 4, pertanto, può restare invariato, salvo inserire un opportuno chiarimento, in relazione al fatto che la sospensione è facoltativa, nelle premesse alla delibera.

In relazione al comma 1, per le ragioni inerenti alla durata del cautelare e per le altre ragioni meglio illustrate nella sezione inerente al tentativo di conciliazione, l'Autorità ritiene opportuno che, dal termine dei quattro mesi, vengano esclusi i periodi finalizzati ad attività transattive ed alla fase cautelare.

Su questi aspetti occorre anche allineare il testo alla Direttiva.

Si propone, pertanto, la seguente modifica del comma 1, con le integrazioni in grassetto:

*1. Il procedimento deve essere definito entro il termine di quattro mesi decorrenti dalla data di ricevimento dell'istanza, **salvi casi eccezionali. Tale termine risulta sospeso in caso di esigenze istruttorie rilevate dal responsabile del procedimento di cui al presente Regolamento ed in presenza di un procedimento cautelare ai sensi dall'articolo 4.** In tale secondo caso, la sospensione decorre*

dall'inizio del procedimento cautelare fino al rigetto o all'adozione del provvedimento di urgenza.

5.3 ULTERIORI MODIFICHE PROCEDURALI

È opportuno specificare, nell'articolo 6, quanto riportato nel successivo articolo 7 – e cioè che, fino a cinque giorni prima di ogni udienza di comparizione, le parti hanno la possibilità di inviare memorie.

Per ragioni connesse alla durata del procedimento, appare inoltre utile specificare che alle udienze successive alla prima non sono applicabili i termini dei venti giorni liberi – a partire dalla data della convocazione di cui all'articolo 5.

Il termine di venti giorni liberi, infatti, è relativo *solo alla prima udienza*. Le successive udienze possono essere convocate con un preavviso inferiore sulla base delle esigenze che rilevano dall'istruttoria. Si propone, pertanto, di aggiungere all'articolo 6 il seguente comma 7:

*7. Le parti, fino a cinque giorni lavorativi prima di ogni udienza, su richiesta dell'Autorità, hanno facoltà di presentare memorie e depositare documenti inviandoli alla controparte, in conformità con quanto disposto dal successivo articolo 7. **Alle udienze successive alla prima non si applicano i termini dei venti giorni liberi di cui al comma 2 dell'articolo 5.***

Si richiede ai rispondenti di fornire la propria opinione nel merito
--

B5) Le osservazioni degli operatori

1) Un operatore propone una modifica per rendere maggiormente coerente il testo dell'articolo 5 con quanto proposto, dallo stesso, all'art. 3, comma 6. Pertanto l'attuale formulazione dell'articolo 5, comma 1, dovrebbe essere integrata come segue:

1. **“Salvo i casi in cui il Direttore non ritenga l’istanza inammissibile per incompetenza e/o infondatezza, il responsabile del procedimento, entro dieci giorni dal ricevimento dell’istanza trasmette alle parti, anche a mezzo fax o per via telematica, l’avviso dell’udienza di comparizione.”**

Per le medesime ragioni propone di integrare l’attuale formulazione dell’articolo 5, comma 3, come segue:

3. “Salvo i casi in cui il Direttore non ritenga l’istanza inammissibile per incompetenza e/o infondatezza, unitamente all’avviso di cui ai commi precedenti il responsabile del procedimento trasmette alla parte convenuta copia dell’istanza depositata”.

2) Un operatore ritiene che la sospensione del procedimento di cui al comma 1 debba avvenire in tempi chiari per le parti allo scopo di evitare che detto procedimento abbia tempi indeterminati. Pertanto, propone di inserire un limite temporale, ritenuto necessario per l’acquisizione delle informazioni, nel caso di sospensione per finalità istruttorie, eventualmente prorogabile una sola volta per un pari periodo. Ritiene sia interesse delle parti fornire chiarimenti nella fase istruttoria sapendo che, oltre un certo termine, questi non potranno essere più forniti.

3) Un operatore propone di precisare, nell’articolo 6, comma 1, che le esigenze istruttorie che possano giustificare la sospensione del termine di quattro mesi siano motivate.

4) Un operatore non condivide quanto proposto al comma 7 e, cioè, di limitare soltanto alla prima udienza il rispetto del termine di venti giorni liberi per la convocazione delle parti, statuendo per le udienze successive un termine di preavviso inferiore in base alle esigenze che rilevano dall’istruttoria. Ritiene opportuno, infatti, mantenere i termini di venti giorni liberi di cui al comma 2, dell’articolo 5, anche per le udienze successive alla prima. Il termine in oggetto è, secondo il rispondente, fondamentale per l’esercizio del diritto di difesa.

5) In conformità ai principi di certezza del diritto, economicità ed efficacia dell’attività amministrativa, un operatore ritiene opportuno che la nuova formulazione dell’art. 6 (comma 1) del *Regolamento* specifichi in modo esplicito e tassativo le possibili cause di sospensione del termine ordinario di durata del procedimento. Al fine

di contemperare le esigenze istruttorie che giustifichino una proroga rispetto al termine ordinario di 4 mesi e le esigenze di efficacia e celerità dell'azione amministrativa, di cui alla legge 241/1990, l'operatore ritiene necessario fissare un termine inderogabile di durata massima del procedimento pari a 9 mesi. Propone, pertanto, l'inserimento del comma 5, come di seguito indicato.

Il procedimento deve essere definito entro il termine di quattro mesi decorrenti dalla data di ricevimento dell'istanza, salvi casi eccezionali. Tale termine risulta sospeso in caso di esigenze istruttorie rilevate dal responsabile del procedimento di cui al presente Regolamento ed in presenza di un procedimento cautelare ai sensi dall'articolo 4. In tale secondo caso, la sospensione decorre dall'inizio del procedimento cautelare fino al rigetto o all'adozione del provvedimento di urgenza.

[...]

In ogni caso il procedimento dovrà essere concluso in un tempo massimo di 9 mesi.

6) Un operatore, con riferimento al comma 2 dell'art. 6, in cui si prevede che il Direttore possa disporre la riunione di più procedimenti pendenti, aventi ad oggetto controversie connesse, affidandone l'istruttoria a un solo responsabile, precisa che, ove uno dei due procedimenti sia nella sua fase finale, ovvero si sia conclusa la fase istruttoria, questo debba mantenere una sua autonomia ed essere definito.

C5) Le conclusioni dell'Autorità

1) L'Autorità ritiene superflua la precisazione proposta alla sezione B5.1, atteso che gli adempimenti di cui all'articolo 5 sono svolti solo a valle della verifica dei requisiti di ammissibilità.

2) In relazione all'osservazione di cui al punto B5.2, non si ritiene opportuno vincolare la sospensione, disposta nel caso di esigenze istruttorie rilevate dal

responsabile del procedimento al comma 1, ad alcun limite temporale – atteso che, spesso, sono proprio le parti a chiedere termini congrui con le attività di approfondimento da svolgere. In molti casi, infatti, si tratta di svolgere attività complesse, quali reperimento ed elaborazione di dati, valutazioni tecniche o economiche. Si ritiene, pertanto, che il responsabile del procedimento debba fissare un termine di sospensione congruo e proporzionato, tenuto conto della tipologia di approfondimenti da svolgere, nell'interesse delle parti, della completezza del contraddittorio, del compiuto accertamento dei fatti e del buon andamento dell'attività amministrativa. Ai fini di una maggiore garanzia per gli operatori l'Autorità ritiene opportuno, tuttavia, che la sospensione sia disposta dal Direttore dell'unità organizzativa.

3) In relazione a quanto osservato al punto B5.3 si ritiene ragionevole quanto proposto. Il responsabile del procedimento, pertanto, nel momento in cui dispone la sospensione per esigenze istruttorie di cui al comma 1, dovrà fornire alle parti, nel corso dell'udienza o con comunicazione scritta, le ragioni della sospensione.

4) In relazione all'osservazione di cui al punto B5.4, l'Autorità ritiene che non vincolare ai venti giorni liberi i termini delle udienze successive alla prima vada a favore del mercato e della celerità del procedimento. Infatti, in molti casi accade che le parti stesse chiedano ulteriori audizioni, senza produrre memorie, ma solo per svolgere un tentativo di conciliazione. Ovviamente laddove le parti lo richiedano, sarà cura del responsabile del procedimento accordare tempi congrui per la presentazione di ulteriori memorie. Anche in tal caso, spesso sono le stesse parti a richiedere termini inferiori ai 20 giorni liberi. In conclusione, si ritiene non utile alla completezza e, al tempo stesso, alla celerità del procedimento vincolare i termini delle successive audizioni ai 20 giorni liberi.

5) In relazione a quanto richiesto al punto B5.5, si rappresenta quanto segue. Con riferimento alla prima osservazione, l'Autorità non ritiene utile specificare, nel *Regolamento*, le cause tassative di sospensione, in quanto ciò andrebbe a limitare inutilmente l'autonomia del responsabile del procedimento nella propria attività di accertamento dei fatti, in relazione alla quale è difficile stabilire *ex-ante* quali sono le tipologie di accertamento da svolgere. Si ritiene utile, viceversa, come già richiesto da

un altro operatore, che il responsabile del procedimento motivi le ragioni della sospensione. L'Autorità, con riferimento alla seconda richiesta, non ritiene di poter e dover introdurre un termine inderogabile di conclusione del procedimento in quanto non previsto dallo stesso *Codice*.

6) In risposta al punto B5.6, l'Autorità rappresenta che, da prassi, la riunione del procedimento viene disposta sentite le parti. D'altra parte, è interesse del responsabile del procedimento portare a termine il procedimento per il quale sia già stata conclusa l'istruttoria al fine di rispettare il termine previsto di 4 mesi. La riunione dei procedimenti viene quindi disposta solo laddove effettivamente utile al compiuto accertamento dei fatti e allo svolgimento del procedimento – sentite, in ogni caso, le parti.

6. ACCESSO AGLI ATTI (ARTICOLO 7)

A6) Le valutazioni dell'Autorità di cui alla delibera n. 256/14/CONS

L'Autorità non ha rilevato, nel corso di attuazione del *Regolamento*, particolari problemi in relazione all'accesso agli atti. Si riporta, di seguito, l'articolo in questione:

1. *Le parti, fino a cinque giorni prima dell'udienza di comparizione, ovvero di ogni successiva nuova udienza su richiesta dell'Autorità, hanno facoltà di presentare memorie e depositare documenti, nonché di prendere visione ed estrarre copia degli atti nei modi e nei limiti di cui ai commi seguenti.*

2. *I documenti depositati ovvero acquisiti nel corso del procedimento sono, di regola, accessibili dalle parti del procedimento.*

3. *La parte interessata, con apposita istanza, in cui devono essere esplicitate le specifiche ragioni di segretezza ovvero di riservatezza attinenti alla tutela della propria sfera giuridica, ha l'onere di chiedere, al momento del loro deposito ovvero, per quelli acquisiti d'ufficio, entro cinque giorni dalla comunicazione dell'avviso del relativo provvedimento istruttorio, che alcuni documenti, in tutto o in parte, siano sottratti all'accesso.*

4. *Il Direttore della struttura, o funzionario da lui delegato, è tenuto ad informare ed ad acquisire le eventuali deduzioni della controparte; questi può insistere*

per la conoscenza dei documenti prodotti ovvero acquisiti, esplicitando le ragioni che li rendono necessari per curare o per difendere i propri interessi giuridici.

5. Il Direttore, nel termine di trenta giorni, adotta le proprie determinazioni con provvedimento motivato, che deve recare misure idonee a contemperare il diritto di difesa e le esigenze di segretezza e di riservatezza, in conformità a quanto previsto nel regolamento approvato con delibera n. 217/01/CONS e sue successive modificazioni ed integrazioni.

6. Nei casi di assoluta inconciliabilità delle opposte esigenze, il Direttore accorda prevalenza ad una di esse secondo un criterio di proporzionalità ed all'esito di un giudizio di bilanciamento che dovrà tener conto, nell'ambito di una valutazione comparativa delle contrapposte istanze, della natura e della rilevanza giuridica dei contrapposti interessi, nonché del tipo, entità e portata dei danni concretamente prospettati dalle parti.

7. Nei casi in cui si tratti di documenti che forniscano elementi probatori decisivi, il vincolo di riservatezza può essere riconosciuto solo nell'ipotesi in cui la conoscenza dei dati sensibili in essi compendiate determina, di per se stessa ed in modo certo, per effetto della lesione degli interessi tutelati dal richiamato regolamento, un grave ed irreparabile nocumento all'impresa interessata, manifestamente sproporzionato rispetto all'oggetto della controversia.

Al fine di allineare l'articolo 7 alla modifica apportata all'articolo 6 occorre tuttavia modificare il primo comma come segue:

1. Le parti hanno la facoltà di prendere visione ed estrarre copia degli atti nei modi e nei limiti di cui ai commi seguenti.

Si richiede ai rispondenti di fornire la propria opinione nel merito
--

B6) Le osservazioni degli operatori

1) Un operatore ritiene necessario apportare alcune modifiche alla disciplina relativa all'accesso agli atti contenuta nel *Regolamento*, al fine di rafforzare il diritto di difesa delle parti e le finalità di trasparenza rispetto ai contrapposti interessi di

riservatezza. Evidenza che la giurisprudenza amministrativa, nelle ipotesi in cui il diritto di accesso generi un contrasto tra l'esercizio del diritto alla difesa e tutela della riservatezza, affermi ormai la predominanza del primo rispetto al secondo. Sul punto, il Consiglio di Stato, in particolare, ha ritenuto che *“l'accesso c.d. defensionale, cioè propedeutico alla miglior tutela delle proprie ragioni in giudizio (già pendente o da introdurre), ovvero nell'ambito di un procedimento amministrativo, riceve protezione preminente dall'ordinamento atteso che, per espressa previsione normativa (art. 24, u.c., l. n. 241 del 1990), prevale su eventuali interessi contrapposti (in particolare sull'interesse alla riservatezza dei terzi, financo quando sono in gioco dati personali sensibili e, in alcuni casi, anche dati ultrasensibili)”* (Cons. di Stato VI, 3 febbraio 2011, n. 783). Infine, considerato che l'Autorità rappresenta un'amministrazione regolatrice, depositaria di elementi riservati acquisiti nei procedimenti di analisi di mercato o in altri procedimenti regolatori, si ritiene necessario che la stessa possa utilizzare, ai fini di una valutazione equitativa – e dunque senza esplicitarli – valori ed informazioni non accessibili quali quelli da contabilità regolatoria. Propone pertanto, le seguenti modifiche al testo.

1. Le parti hanno la facoltà di prendere visione ed estrarre copia degli atti nei modi e nei limiti di cui ai commi seguenti.

2. I documenti depositati ovvero acquisiti nel corso del procedimento sono, di regola, accessibili dalle parti del procedimento.

3. La parte interessata, con apposita istanza, in cui devono essere esplicitate le specifiche ragioni di segretezza ovvero di riservatezza attinenti alla tutela della propria sfera giuridica, ha l'onere di chiedere, al momento del loro deposito ovvero, per quelli acquisiti d'ufficio, entro cinque giorni dalla comunicazione dell'avviso del relativo provvedimento istruttorio, che alcuni documenti, in tutto o in parte, siano sottratti all'accesso.

4. Il Direttore della struttura, o funzionario da lui delegato, è tenuto ad informare ed ad acquisire le eventuali deduzioni della controparte; questi può insistere per la conoscenza dei documenti prodotti ovvero acquisiti, esplicitando

le ragioni che li rendono necessari per curare o per difendere i propri interessi giuridici.

5. Il Direttore, nel termine di ~~trenta~~ **cinque** giorni, adotta le proprie determinazioni con provvedimento motivato, che deve recare misure idonee a contemperare il diritto di difesa e le esigenze di segretezza e di riservatezza, in conformità a quanto previsto nel regolamento approvato con delibera n. 217/01/CONS e sue successive modificazioni ed integrazioni **fermo restando che se i documenti in questione contengano informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, il diritto di accesso è consentito, in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio.**

~~6. Nei casi di assoluta inconciliabilità delle opposte esigenze, il Direttore accorda prevalenza ad una di esse secondo un criterio di proporzionalità ed all'esito di un giudizio di bilanciamento che dovrà tener conto, nell'ambito di una valutazione comparativa delle contrapposte istanze, della natura e della rilevanza giuridica dei contrapposti interessi, nonché del tipo, entità e portata dei danni concretamente prospettati dalle parti,~~

7. Nei casi in cui si tratti di documenti che forniscano **elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un'impresa, il Direttore ne consente l'accesso, limitatamente a tali elementi** ~~elementi probatori decisivi, il vincolo di riservatezza può essere riconosciuto solo nell'ipotesi in cui la conoscenza dei dati sensibili in essi compendiate determina, di per se stessa ed in modo certo, per effetto della lesione degli interessi tutelati dal richiamato regolamento, un grave ed irreparabile nocumento all'impresa interessata, manifestamente sproporzionato rispetto all'oggetto della controversia.~~

8.—**Eventuali documenti temporaneamente o definitivamente sottratti all'accesso quali la contabilità regolatoria, che siano nella disponibilità dell'Autorità, potranno comunque essere considerati dall'Autorità ai fini della decisione della controversia.**

2) Un operatore condivide con l'Autorità l'insussistenza di criticità relative alle

disposizioni attualmente in vigore per l'accesso agli atti.

C6) Le conclusioni dell'Autorità

1) Si fa riferimento all'osservazione di cui al punto B6.1. In primo luogo, l'Autorità ritiene che quanto aggiunto al comma 5 (*il diritto di accesso [a dati riservati] è consentito, in tutto o in parte, nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio*) costituisca – nella sostanza – una replica di quanto già riportato nella prima parte dello stesso comma laddove indica che il Direttore, nel concedere l'accesso, deve *contemperare il diritto di difesa e le esigenze di segretezza e di riservatezza*. Infatti, il diritto di difesa viene garantito anche laddove sia assicurato il contraddittorio tra le parti. Quanto ulteriormente aggiunto, al comma 5, in relazione alle informazioni “particolarmente” *riservate* che possono essere fornite se ciò è necessario ad assicurare il contraddittorio (*informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario*), è meglio riportato nell'attuale comma 7 laddove fa riferimento, tra i casi in cui l'accesso può essere negato (o, viceversa, consentito, se necessario per il contraddittorio e se il danno conseguente alla concessione dell'accesso non risulta, per l'impresa, sproporzionato rispetto all'oggetto della controversia), alla presenza di particolari dati *sensibili* che includono determinate informazioni personali, economiche e industriali, come già previsto da fonti normative note e dalla giurisprudenza.

Si ritiene, inoltre, non opportuno rimuovere il comma 6 in quanto lo stesso fornisce al Direttore le linee guida da seguire per dirimere posizioni delle parti contrapposte in relazione all'accesso.

Si ritiene, infine, che un termine di 5 giorni per le determinazioni del Direttore possa non essere, in casi particolarmente complessi, sufficiente. Si ritiene, al riguardo, opportuno lasciare l'attuale termine fermo restando che il Direttore dovrà fornire le proprie determinazioni con ogni consentita sollecitudine.

**7. PRIMA UDIENZA DI COMPARIZIONE ED ADEMPIMENTI PRELIMINARI
(ARTICOLO 8)**

A7) Le valutazioni dell'Autorità di cui alla delibera n. 256/14/CONS

Gli adempimenti svolti nella prima udienza sono descritti nell'articolo 8 del *Regolamento*, che si riporta di seguito:

1. *Le parti compaiono all'udienza dinanzi al responsabile del procedimento a mezzo dei rispettivi rappresentanti legali o di procuratore munito di procura speciale, idonea a conciliare o transigere la controversia.*

2. *Le parti sono ammesse ad illustrare oralmente le rispettive posizioni e possono farsi assistere da consulenti o da avvocati.*

3. *Il fatto che una delle parti non si presenti o si astenga dal far valere le proprie ragioni non può essere interpretato come accettazione delle ragioni della controparte né come rinuncia all'istanza. In tal caso la controversia è comunque definita in conformità a quanto risulta dalla documentazione acquisita agli atti, tenuto conto delle difese scritte svolte dalle parti.*

4. *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.*

5. *Il procedimento viene ripreso, su istanza di una delle parti, qualora, nel termine di quattro mesi dalla comunicazione del provvedimento della Commissione, non risulti ancora definito. Il procedimento va concluso nei termini di cui all'art. 6, comma 1 del presente regolamento.*

6. *A tal uopo, il responsabile del procedimento comunica alle parti, a norma dell'art. 5, un nuovo avviso di convocazione.*

Al comma 1 del citato articolo è prescritto che le parti compaiono in udienza a mezzo dei rispettivi rappresentanti legali o di procuratore munito di procura speciale.

In un'ottica di semplificazione del procedimento, anche nell'ottica di uniformare, per quanto possibile, il testo del *Regolamento* a quanto previsto dalla procedura di soluzione delle controversie tra operatori e utenti, è utile prevedere anche la semplice *scrittura privata*.

In particolare, in udienza dovrebbero poter partecipare soggetti muniti di procura generale o speciale, idonea a conciliare o transigere la controversia, conferita non solo con atto pubblico, ma anche con *scrittura privata autenticata* o con *scrittura privata corredata della fotocopia di un documento di identità del delegante*.

Si propone, pertanto, la seguente modifica del comma 1 nella parte indicata in grassetto:

1. *Le parti compaiono all'udienza dinanzi al responsabile del procedimento a mezzo dei rispettivi rappresentanti legali o di procuratore munito di procura speciale, idonea a conciliare o transigere la controversia, **conferita anche con scrittura privata autenticata o con scrittura privata corredata della fotocopia di un documento di identità del delegante.***

Si richiede ai rispondenti di fornire la propria opinione nel merito
--

B7) Le osservazioni degli operatori

1) Un operatore concorda con l'Autorità in relazione alla modifica apportata all'art. 8, concernente la previsione della semplice scrittura privata per conferire la procura generale o speciale ai soggetti partecipanti all'udienza, garantendo così la semplificazione del procedimento.

C7) Le conclusioni dell'Autorità

1) Non essendo pervenute osservazioni su quanto proposto si conferma la formulazione dell'articolo 8 sottoposta a consultazione.

8. LA CONCILIAZIONE (ARTICOLO 9)

A8) *Le valutazioni dell’Autorità di cui alla delibera n. 256/14/CONS*

8.1 ASPETTI DI CARATTERE GENERALE

Le previsioni relative al tentativo di conciliazione, reso facoltativo ed esperibile in qualsiasi fase del procedimento nel *Regolamento*, sono di seguito riportate con le modifiche proposte. Tali modifiche sono finalizzate, in sostanza, a valorizzare l’intervento del responsabile del procedimento nell’individuazione della soluzione bonaria della controversia.

Nell’esperienza acquisita si è rilevato, infatti, che l’intervento degli Uffici è senz’altro un ottimo veicolo per la veloce soluzione delle liti.

Si propone, conseguentemente, a parziale modifica di quanto oggi previsto dal comma 6 del presente articolo, che, nel momento in cui tenta la conciliazione, il responsabile del procedimento formuli a verbale una proposta, a prescindere dalla richiesta delle parti.

Il tentativo di conciliazione rappresenta, infatti, un momento cruciale nell’ambito delle attività controversiali. Le società che instaurano i procedimenti innanzi l’Autorità si trovano sovente su posizioni molto distanti e riescono sotto l’egida dell’Ufficio a raggiungere soddisfacenti soluzioni di tipo conciliativo che hanno anche un inevitabile effetto pro-competitivo sui mercati di riferimento.

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).

Per i restanti aspetti, la norma resta comunque in vigore, e durante lo svolgimento delle attività istruttorie, nell’ottica dello spirito conciliativo che caratterizza i procedimenti di questo tipo, il responsabile del procedimento può naturalmente sempre intervenire con azioni di *moral suasion*.

Nel disciplinare il tentativo di conciliazione, il *Regolamento* prevede che, nel caso in cui l'accordo venga raggiunto dalle parti nel corso dell'istruttoria, il procedimento si concluda mediante la stesura di un verbale in cui, orma da prassi consolidata, l'Ufficio istruttore prende atto dell'accordo raggiunto e del mancato interesse a proseguire nella controversia. Non sempre le parti, per ragioni di riservatezza, allegano l'accordo raggiunto.

Il verbale è sottoscritto dal responsabile del procedimento con le parti che hanno raggiunto l'intesa. In tal caso gli atti non sono trasmessi alla CIR, la quale non è chiamata ad assumere alcuna decisione.

Art. 9

Tentativo di conciliazione

1. Nella prima udienza di comparizione il responsabile del procedimento tenta la conciliazione proponendo a verbale una o più soluzioni alternative per la possibile composizione bonaria della controversia. Le proposte a tal fine formulate, ove non accolte, restano prive di effetto e non vincolano in alcun modo l'organo competente a definire la controversia. Nell'ipotesi in cui l'assenza anche di una sola parte sia dipesa da giustificati motivi tempestivamente comunicati, il responsabile del procedimento fissa una nuova udienza, dandone comunicazione alle parti mediante nuovo avviso di convocazione che dovrà essere comunicato almeno cinque giorni prima dell'udienza.

2. In presenza di trattative in corso di utile definizione, su richiesta anche di una sola parte, ovvero su proposta dello stesso responsabile del procedimento, sentite le parti interessate può essere fissata un'ulteriore udienza per dar seguito al tentativo di conciliazione.

3. Se la conciliazione riesce, il responsabile del procedimento redige apposito processo verbale della convenzione conclusa, che dovrà essere sottoscritto anche dalle parti che hanno raggiunto l'intesa.

4. Il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualsiasi fase della procedura e, comunque, va nuovamente esperito prima della trasmissione degli atti alla Commissione.

8.2 LE TEMPISTICHE DI RISOLUZIONE DELLA CONTROVERSIA

Alla luce dell'esperienza maturata nel corso degli anni, si ritiene che la conclusione di un procedimento volto a dirimere le controversie mediante accordo, anche oltre il termine dei quattro mesi per le ragioni suesposte, sia in ogni caso da preferire a una decisione con provvedimento vincolante di definizione, non solo perché consente di evitare eventuali impugnative della parte soccombente al Tar, ma anche perché la conciliazione rappresenta uno strumento valido ed efficace per il buon funzionamento dei mercati in ottica concorrenziale. Si rileva, ad ogni modo, che finora ben pochi sono stati i provvedimenti di definizione di controversia impugnati innanzi al Tar, e ancor meno quelli in cui il Tar ha riformato la decisione adottata dall'Autorità.

Tuttavia, si è rilevato che il raggiungimento di un accordo tra le parti, risolutivo per la conclusione bonaria del procedimento, è di norma attività complessa, che comporta il compimento di numerosi tentativi. A tale proposito, occorre evidenziare che sono gli stessi operatori, in tale fase, a richiedere al responsabile del procedimento un differimento della data delle udienze o dei termini di chiusura dell'istruttoria (e trasmissione degli atti alla CIR) al fine di poter svolgere, anche autonomamente, ulteriori tentativi di conciliazione. Tutto ciò comporta, come sopra anticipato, uno slittamento dei termini previsti dal *Regolamento* e l'inevitabile conseguenza di oltrepassare i quattro mesi ordinatori.

L'Autorità ritiene opportuno, conseguentemente, che il *Regolamento* formalizzi la sospensione del procedimento per lo svolgimento di trattative, tra le parti convenute, al di fuori delle audizioni formali. Ciò sarebbe in linea con quanto il *Regolamento* prevede, al comma 4 dell'articolo 10, nel caso di approfondimenti istruttori.

Si propone, pertanto, di integrare il testo dell'articolo 9 mediante l'introduzione del comma 7, prevedendo che nel tentativo di conciliazione (in particolare nei casi di cui ai commi 2 e 3) il responsabile del procedimento possa disporre la sospensione dei termini dello stesso per un periodo comunque non superiore a un mese. Tale sospensione potrà avvenire per un massimo di tre volte nel corso del procedimento. Il periodo complessivo di sospensione non andrà conteggiato nei quattro mesi ordinatori di conclusione dell'attività istruttoria.

7. Nei casi di cui ai commi 2 e 3 del presente articolo, il responsabile del procedimento può sospendere, per un periodo non superiore a 1 mese, le attività

istruttorie al fine di consentire alle parti di dar seguito a tentativi di conciliazione. Tale sospensione può avvenire non oltre tre volte nel corso del procedimento.

Si richiede ai rispondenti di fornire la propria opinione nel merito
--

B8) Le osservazioni degli operatori

1) Un operatore suggerisce di far salva la facoltà delle parti (istante e convenuto) di chiedere, in via eccezionale, all’Autorità una sospensione di durata superiore a un mese (se motivata da valide ragioni che potrebbero verosimilmente consentire una chiusura bonaria della controversia).

2) Un operatore condivide l’idea che la conciliazione sia uno strumento che l’Autorità ha dimostrato di usare in modo efficace e ne apprezza la possibilità di ricorso in forma ancora più ampia nell’ambito dei procedimenti per soluzione di controversia. Tuttavia rileva che la conciliazione non dovrebbe poter essere usata per finalità dilatorie o emulative da una delle parti e sembra che in alcune disposizioni della proposta di *Regolamento* vi siano margini per un tale utilizzo.

La società si riferisce, in particolare, alla facoltà di chiedere e ottenere rinvii per motivi di conciliazione anche su richiesta di una sola parte e alla possibilità che l’istruttoria sia sospesa per tre volte sempre per finalità di conciliazione. Qualsiasi rallentamento dell’iter procedimentale dev’essere giustificato non solo dalla prospettiva conciliativa, ma anche da una prospettiva effettiva. L’effettività dell’intento conciliativo può essere garantita solo da una comune volontà delle parti ovvero dalla *moral suasion* dell’Amministrazione. Per questi motivi il rispondente chiede che qualsiasi ipotesi di rinvio di attività procedimentali o di sospensione dell’iter istruttorio sia subordinata a una richiesta congiunta delle parti oppure a una proposta del responsabile del procedimento e che in generale sia prevista la possibilità di sospendere il procedimento a questi fini per una sola volta. Resta ovviamente nella disponibilità delle Parti addivenire, in qualsiasi momento, ad una soluzione bonaria della controversia, senza però che questo implichi una sospensione del procedimento. Il comma 2 e il nuovo comma 7 dell’articolo 9 dovrebbero essere emendati di conseguenza.

3) Un operatore condivide la proposta dell'Autorità di aggiungere il comma 7 purché tale sospensione sia in concreto compatibile con la durata massima del procedimento così come suggerita dalla stessa società nelle proposte di modifica dell'art. 6 del *Regolamento*. Propone, pertanto, la seguente modifica al comma 7 dell'art. 9 del *Regolamento*.

7. Nei casi di cui ai commi 2 e 3 del presente articolo, il responsabile del procedimento può sospendere, per un periodo non superiore a 1 mese, le attività istruttorie al fine di consentire alle parti di dar seguito a tentativi di conciliazione. Tale sospensione può avvenire non oltre tre volte nel corso del procedimento e deve comunque essere concessa in conformità con le disposizioni di cui all'art. 6 comma 5.

4) Un operatore concorda con il fatto che il raggiungimento di un accordo tra le parti, risolutivo per la conclusione bonaria di un procedimento, sia un'attività complessa, che comporta il compimento di numerosi tentativi. Quindi concorda con i termini stabiliti per la sospensione del procedimento (1 mese per massimo tre volte).

Non ritiene che il verbale di conciliazione debba contenere i dettagli dell'accordo raggiunto spesso caratterizzato da aspetti di riservatezza e strategia aziendale. Fa rilevare che, spesso, i percorsi negoziali e conciliativi tra due parti sono frutto di una serie di concessioni reciproche non esplicitate davanti all'Autorità per i suddetti motivi (aspetti di riservatezza).

C8) Le conclusioni dell'Autorità

1) L'Autorità, anche alla luce dell'esperienza acquisita, ritiene che in alcuni casi effettivamente le interlocuzioni tra le parti e le valutazioni aziendali su casi complessi possano richiedere un tempo maggiore di un mese. Si ritiene, pertanto, di accogliere la proposta di integrazione richiesta al punto B8.1 modificando il comma 5 come riportato in Allegato A alla delibera n. 226/15/CONS. L'Autorità, tuttavia, a

maggior garanzia dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, ritiene opportuno che la decisione della sospensione sia presa dal Direttore dell'unità organizzativa di I livello.

2) Con riferimento a quanto osservato al punto B8.2 l'Autorità ritiene che la ridotta durata della sospensione (1 mese) e il limite sul numero massimo di sospensioni vada nella direzione indicata. D'altra parte la sospensione è lasciata alla valutazione del Direttore il quale ha tutti gli elementi per capire se sussiste o meno una effettiva volontà conciliativa delle parti. Si ritiene, pertanto, che l'attuale formulazione del comma 7 sia adeguata a fornire le richieste garanzie affinché il *Regolamento* non si presti a un utilizzo non strumentale della sospensione.

3) In relazione a quanto osservato al punto B8.3, si rimanda a quanto già replicato dall'Autorità, al punto C5.5, sulla propria contrarietà alla proposta di introdurre un limite di 9 mesi alla durata della controversia.

4) In relazione a quanto argomentato al punto B8.4, si fa presente che da prassi il verbale di conciliazione contiene solo gli elementi, dell'accordo, che le parti concordano di voler allegare. Si ritiene, tuttavia, a tal fine preferibile confermare l'iniziale formulazione del *Regolamento* e cioè che la proposta transattiva dell'ufficio sia svolta, eventualmente, su richiesta delle parti.

Si rimanda all'Allegato A alla delibera n. 226/15/CONS per la visualizzazione delle modifiche apportate all'articolo 9 del *Regolamento*.

9. ATTIVITÀ ISTRUTTORIA (ARTICOLO 10)

A9) Le valutazioni dell'Autorità di cui alla delibera n. 256/14/CONS

L'Autorità non ha rilevato, nel corso dell'applicazione del *Regolamento*, particolari criticità in relazione all'articolo 10, di seguito riportato:

1. *Nel caso di esito negativo del tentativo di conciliazione, il responsabile del procedimento formula liberamente domande alle parti comparse in udienza al fine di*

precisare i fatti da ciascuna allegati a sostegno delle proprie domande, difese ed eccezioni, ovvero di chiarire i punti di contrasto.

2. Se ne ravvisa la necessità, il responsabile del procedimento può chiedere alle parti di integrare le informazioni mediante relazioni scritte su punti specifici ovvero ulteriori documenti, con esplicita avvertenza delle sanzioni previste in caso di mancata risposta o di comunicazioni non rispondenti al vero ai sensi dell'art. 1, commi 29 e 30, della Legge.

3. Il responsabile del procedimento può, inoltre, disporre, nelle forme e con gli effetti del comma 2, l'acquisizione di documenti o altri elementi conoscitivi anche presso soggetti terzi, nonché indagini tecniche.

4. Nei casi in cui il responsabile del procedimento dispone il compimento di atti istruttori, ne dà immediata comunicazione alle parti e il termine per la definizione della controversia è sospeso per il tempo necessario alla relativa acquisizione e, comunque, per non più di sessanta giorni. Con il medesimo avviso fissa una nuova udienza di comparizione che potrà tenersi non prima di quindici giorni dalla relativa comunicazione. Le parti esercitano le proprie facoltà di difesa nei modi e nei termini di cui all'art. 7 del presente regolamento.

5. Le parti possono nominare, dandone comunicazione all'Autorità entro cinque giorni dalla comunicazione di cui al comma 4, un proprio esperto, il quale può assistere a tutte le operazioni svolte dai tecnici ausiliari nominati dall'Autorità e presentare relazioni scritte e documenti.

6. Dell'attività svolta e delle precisazioni che ciascuna parte intende fare il responsabile del procedimento deve dare atto in un sintetico verbale.

7. Esaurita la fase istruttoria, il Direttore trasmette la documentazione alla Commissione, allegando il resoconto istruttorio del responsabile del procedimento ed una propria relazione sull'oggetto della controversia.

8. Il Servizio Giuridico fornisce, ove richiesto, assistenza giuridica su specifiche questioni ed, inoltre, anche in assenza di espressa richiesta, può impartire gli opportuni indirizzi su tematiche di ordine generale.

Non si propongono modifiche all'articolo in questione.

Si richiede ai rispondenti di fornire la propria opinione nel merito

B9) Le osservazioni degli operatori

- 1) Non sono pervenute osservazioni di rilievo sul tema.

C9) Le conclusioni dell'Autorità

- 1) Si conferma, pertanto, quanto sottoposto a consultazione fatto salvo rimuovere il comma 8 trattandosi di previsioni definiti nell'ambito del Regolamento sul funzionamento dell'Autorità.

10. LA DEFINIZIONE (ARTICOLO 11)

A10) Le valutazioni dell'Autorità di cui alla delibera n. 256/14/CONS

10.1 LE PRESTAZIONI DI NATURA ESCLUSIVAMENTE PECUNIARIA O COMMERCIALE

Ai sensi dell'articolo 11, il cui testo viene riportato di seguito, in caso di mancato raggiungimento di un accordo l'Ufficio, per il tramite del Direttore, trasmette gli atti alla CIR allegando un resoconto istruttorio, unitamente ad una relazione sui fatti di causa. Nella suddetta relazione viene fornita anche una valutazione sotto il profilo regolamentare, tecnico ed economico utile per la definizione della controversia.

Al riguardo si rileva che il comma 4 è stato utilizzato raramente. Ciò si spiega in considerazione del fatto che le questioni di natura pecuniaria, che non hanno rilevanza

regolamentare, generalmente non superano il vaglio dei requisiti di ammissibilità dell'istanza, in quanto l'Autorità non è competente in materia. Infatti, le questioni di natura pecuniaria trattate dall'Autorità sono sempre basate sulla verifica dei connessi presupposti regolamentari o di attuative fonti negoziali.

Si propone, pertanto, l'abrogazione di tale comma.

Si ritiene invece utile esplicitare, al fine di evitare diverse interpretazioni in sede di esecuzione delle decisioni, che sulle somme liquidate vanno calcolati gli interessi legali.

Infine, considerato che nel *Regolamento* si propone di valorizzare il ruolo dell'Ufficio nella individuazione di una soluzione bonaria della lite, tramite la formulazione espressa di ipotesi transattive che le parti sono invitate a valutare (cfr. 9, comma 1, e art. 11, comma 1, come modificati), si propone di prevedere – in linea con l'esperienza di altri settori dell'ordinamento – che, nel caso in cui la decisione finale coincida con la soluzione transattiva formulata dall'amministrazione nel corso del procedimento, la parte che la abbia rifiutata senza giustificato motivo possa essere onerata, in tutto o in parte, delle spese – documentate – affrontate dall'altra parte per lo svolgimento della procedura. Si riporta, nel seguito, la versione modificata dell'articolo 11:

1. *La Commissione, ove lo ritenga opportuno, può convocare le parti dinanzi a sé per precisazioni e chiarimenti; in tal caso il termine di conclusione del procedimento è prorogato di trenta giorni.*

2. *Il Relatore può richiedere al Direttore o agli Uffici elementi di valutazione utili ai fini della decisione della controversia.*

3. *La Commissione può adottare decisioni parziali ovvero restituire gli atti alla struttura per approfondimenti istruttori.*

4. *Salvo diverso avviso della Commissione, la definizione delle controversie aventi ad oggetto prestazioni di natura esclusivamente pecuniaria e commerciale, non correlate a questioni di rilevanza regolamentare, è di norma delegata al Direttore.*

5. *Il provvedimento con il quale è definita la controversia deve essere motivato e persegue gli obiettivi di cui all'art. 13 del Codice; sulle somme eventualmente*

riconosciute in sede di definizione della controversia debbono calcolarsi gli interessi legali.

6. *I provvedimenti decisori che definiscono in tutto o in parte la controversia sono vincolanti ed hanno efficacia dalla data di notifica del dispositivo alle parti interessate, che dovrà avvenire entro il termine di dieci giorni dalla decisione; i provvedimenti, completi di motivazione, devono essere notificati alle medesime parti e pubblicati, nel Bollettino ufficiale e sul sito web dell'Autorità, nei successivi trenta giorni.*

7. *Ciascuna parte, prima che la controversia sia trattenuta per la decisione, può chiedere che la pubblicazione della decisione avvenga con accorgimenti utili a salvaguardare specifiche esigenze di riservatezza. L'Autorità può direttamente disporre le cautele del caso.*

8. *Nel provvedimento decisorio l'Autorità può imporre a carico della parte non vittoriosa il rimborso, in tutto o in parte, delle spese anticipate dalla controparte per il compimento di atti istruttori disposti dal responsabile del procedimento nel corso della procedura contenziosa. **Qualora il provvedimento decisorio corrisponda interamente al contenuto della proposta conciliativa formulata da responsabile del procedimento l'Autorità può imporre in tutto o in parte alla parte che ha rifiutato la proposta senza giustificato motivo il pagamento delle spese documentate per l'esperimento della procedura. Il provvedimento decisorio che impone ad una o entrambe le parti un obbligo, costituisce un ordine ai sensi dell'articolo 98, comma 11 del Codice.***

9. *Il provvedimento che definisce la controversia è impugnabile dinanzi al Tar del Lazio ai sensi dell'art. 1, comma 26, della legge 31 luglio 1997, n. 249 e dell'art. 9 del Codice.*

10.2 CONVOCAZIONE DELLE PARTI, MEMORIE CONCLUSIVE, PUBBLICAZIONE E NOTIFICA DELLA DECISIONE

La CIR può convocare le parti in udienza dinanzi a sé per precisioni o chiarimenti e, in tal caso, il termine del procedimento è prorogato di trenta giorni. Gli Uffici

predispongono la convocazione delle parti innanzi alla CIR, fissando un calendario per il deposito di ulteriori memorie conclusive.

Tale circostanza, resa facoltativa rispetto alle previsioni del precedente *Regolamento*, può consentire il compimento di un ulteriore tentativo di conciliazione, attraverso la funzione di *moral suasion* svolta da parte dell'Organo collegiale.

Laddove le parti raggiungano un accordo a seguito di convocazione della CIR, la controversia viene dichiarata conclusa con delibera di archiviazione.

La CIR, viceversa, può adottare, direttamente o in seguito all'udienza conclusiva delle parti, una decisione nel merito.

L'esperienza di questi anni ha mostrato che l'audizione delle parti in udienza dinanzi alla Commissione è utile nei casi in cui sussistono ancora margini per un accordo. Tale ulteriore tentativo di conciliazione dinanzi alla CIR si è rivelato inoltre opportuno quando una decisione dell'Autorità, assunta con delibera, potesse influenzare un altro procedimento in corso, ricadente nella stessa materia o in altra di analogo contenuto (come un'analisi di mercato).

In molti casi, va rilevato che i provvedimenti di definizione delle controversie hanno consentito di indirizzare il mercato, prevenendo l'insorgere di altre controversie sulla medesima materia. Infatti, i provvedimenti di definizione delle controversie possono talvolta tradursi in vere e proprie raccomandazioni per l'intero sistema delle comunicazioni, assumendo in tali casi una funzione di cd. *regulation by litigation*. In tali circostanze, l'Autorità, a seguito della definizione di controversie relative a particolari problematiche, o anche in riferimento a criticità emerse nei procedimenti controversiali (es. nel caso della gestione del ripensamento nelle procedure di migrazione delle utenze su rete fissa), ha poi proceduto all'avvio di attività di tipo regolamentare (che hanno esteso le previsioni della decisione controversiale a tutto il mercato) o ad avviare tavoli tecnici sulle materie che erano state oggetto della controversia.

In conclusione, va ricordato che i provvedimenti decisivi che definiscono in tutto o in parte la controversia sono vincolanti per le parti e costituiscono un ordine ai sensi dell'articolo 98 del *Codice*.

L'Autorità non ha rilevato, nel corso di attuazione del *Regolamento*, particolari criticità in relazione all'oggetto, fatto salvo quanto segue.

Innanzitutto, per maggiore chiarezza, si propone di specificare, al comma 1, che la Commissione può assegnare termini per l'invio di memorie conclusive.

A tale riguardo si ritiene opportuno che la CIR, esaminati gli atti trasmessi dall'Ufficio competente, svolta una prima valutazione, indichi le questioni su cui le parti dovranno focalizzare le proprie memorie ai fini di una maggiore efficacia di tale ulteriore passaggio. A titolo di esempio, la CIR potrà chiedere alle parti di fornire elaborazioni più di dettaglio su alcune questioni di carattere giuridico, tecnico o economico.

Il comma 6 definisce i termini di efficacia del provvedimento e i termini per la notifica e la pubblicazione dello stesso. In proposito, si ritiene che l'azione amministrativa possa essere notevolmente snellita, prevedendo la possibilità di notifica via posta elettronica certificata (PEC). Inoltre, è necessario eliminare il riferimento al *Bollettino ufficiale*, lasciando la pubblicazione sul sito *web* istituzionale come unica forma di pubblicità.

Si propone, pertanto, la seguente modifica dei commi 1 e 6 dell'articolo 11, con le integrazioni riportate in grassetto:

1. *La Commissione, ove lo ritenga opportuno, può convocare le parti dinanzi a sé per precisazioni e **chiarimenti su particolari aspetti della vicenda, appositamente indicati nell'avviso di convocazione**; essa può inoltre assegnare alle parti un termine per l'invio di memorie conclusive; in tal caso, il termine di conclusione del procedimento è prorogato di trenta giorni;*

6. *I provvedimenti decisori che definiscono in tutto o in parte la controversia sono vincolanti ed hanno efficacia dalla data di notifica del dispositivo alle parti interessate, che dovrà avvenire entro il termine di dieci giorni dalla decisione; i provvedimenti, completi di motivazione, devono essere notificati alle medesime parti e pubblicati, ~~nel Bollettino ufficiale~~ e sul sito web dell'Autorità, nei trenta giorni successivi alla notifica del dispositivo. La notifica viene effettuata mediante consegna a mano, per posta ordinaria o per posta elettronica certificata.*

Si richiede ai rispondenti di fornire la propria opinione nel merito

B10) Le osservazioni degli operatori

1) Un operatore ritiene opportuno che il dispositivo dei provvedimenti decisori, nella versione che sarà resa pubblica, sia succintamente motivato, cioè provvisto di un richiamo sintetico alle circostanze fattuali e/o di diritto ritenute decisive. Viceversa, il dispositivo dei provvedimenti decisori nella versione da condividere con le parti deve risultare adeguatamente motivato, per consentire sin da subito alle parti di conoscere le basi giuridiche della decisione dell’Autorità. Atteso, infatti, che il provvedimento diviene vincolante dalla data di notificazione del dispositivo, il rispondente ritiene necessario comunicare alle parti le motivazioni idonee a far cogliere la portata del provvedimento. Solo così gli operatori potranno reagire con prontezza al provvedimento dell’Autorità. Infine, sempre nella prospettiva di garantire una maggiore celerità della procedura, propone un dimezzamento dei termini di notificazione del dispositivo e del provvedimento decisorio.

2) Un operatore evidenzia l’assenza di una norma che garantisca il contraddittorio dinanzi all’Organo decidente. È vero che tale organo può chiedere di sentire ove reputato opportuno le parti, ma le parti non hanno il diritto potestativo di chiedere la discussione dinanzi al Collegio decidente (come comunemente avviene nel giudizio civile e amministrativo). L’operatore ritiene dunque opportuno prevedere la facoltà di ciascuna delle parti di chiedere la discussione collegiale.

3) Un operatore non concorda con l’estensione del comma 8 laddove prevede che *“Qualora il provvedimento decisorio corrisponda interamente al contenuto della proposta conciliativa formulata da responsabile del procedimento l’Autorità può imporre in tutto o in parte alla parte che ha rifiutato la proposta senza giustificato motivo il pagamento delle spese documentate per l’esperimento della procedura”*. Secondo la società, la norma risulta quasi una sorta di “vessazione”, che interessa la parte non consenziente rispetto alla proposta conciliativa. Ciò non appare in linea con il fatto la conciliazione deve essere considerata per le parti come una opportunità in più e non come una coercizione. La società non comprende, inoltre, con quali criteri l’Autorità valuterrebbe i “giustificati motivi” che esonererebbero la parte da questo

onere, né cosa la parte sarebbe costretta a “rimborsare”. L’operatore non ritiene, inoltre, in linea con la natura para-giurisdizionale dell’attività che l’Autorità è chiamata a svolgere la suddetta previsione. Suggerisce di rivedere questo tipo di misura che porterebbe all’assurda conseguenza di condannare parte istante vittoriosa per il solo fatto di aver adito l’Autorità con la convinzione di poter trovare soluzione favorevole alle proprie pretese.

4) Un operatore condivide le integrazioni e le modifiche proposte dall’Autorità ad eccezione della modifica ipotizzata in relazione al comma 8, che prevede la possibile condanna alle spese della parte che abbia rifiutato una proposta transattiva dell’Autorità. Al riguardo rileva innanzitutto che tale previsione, oltre a gravare ingiustificatamente gli operatori di ulteriori oneri e diminuire dunque le garanzie per gli stessi, risulta in aperto contrasto con lo stesso art. 9 del *Regolamento*, laddove prevede che le proposte transattive dell’Autorità, se non accolte, restano “*prive di effetto*”. Inoltre, considerando che le modifiche al *Regolamento* ipotizzate dall’Autorità aumentano le occasioni transattive, comprese quelle sollecitate dall’Autorità stessa, ritiene inopportuno introdurre uno strumento sanzionatorio che potrebbe avere come effetto quello di indurre forzatamente le parti a soluzioni conciliative nelle ipotesi in cui queste ultime hanno l’opportunità di ottenere una decisione dell’Autorità *ex art.* 23 del *Codice*. Segue la proposta di modifica della società:

1. *La Commissione, ove lo ritenga opportuno, può convocare le parti dinanzi a sé per precisazioni e chiarimenti su particolari aspetti della vicenda, appositamente indicati nell’avviso di convocazione; essa può inoltre **assegnare alle parti un termine per l’invio di memorie conclusive**; in tal caso, il termine di conclusione del procedimento è prorogato di trenta giorni.*

~~4. Salvo diverso avviso della Commissione, la definizione delle controversie aventi ad oggetto prestazioni di natura esclusivamente pecuniaria e commerciale, non correlate a questioni di rilevanza regolamentare, è di norma delegata al Direttore.~~

5. *Il provvedimento con il quale è definita la controversia deve essere*

motivato e persegue gli obiettivi di cui all'art. 13 del Codice; sulle somme eventualmente riconosciute in sede di definizione della controversia debbono calcolarsi gli interessi legali.

*7. I provvedimenti decisori che definiscono in tutto o in parte la controversia sono vincolanti ed hanno efficacia dalla data di notifica del dispositivo alle parti interessate, che dovrà avvenire entro il termine di dieci giorni dalla decisione; i provvedimenti, completi di motivazione, devono essere notificati alle medesime parti e pubblicati, ~~nel Bollettino ufficiale e~~ sul sito web dell'Autorità, nei trenta giorni successivi alla notifica del dispositivo. **La notifica viene effettuata mediante consegna a mano, per posta ordinaria o per posta elettronica certificata.***

8. Nel provvedimento decisorio l'Autorità può imporre a carico della parte non vittoriosa il rimborso, in tutto in parte, delle spese anticipate dalla controparte per il compimento di atti istruttori disposti dal responsabile del procedimento nel corso della procedura contenziosa. ~~Qualora il provvedimento decisorio corrisponda interamente al contenuto della proposta conciliativa formulata da responsabile del procedimento l'Autorità può imporre in tutto o in parte alla parte che ha rifiutato la proposta senza giustificato motivo il pagamento delle spese documentate per l'esperimento della procedura.~~ Il provvedimento decisorio che impone ad una o entrambe le parti un obbligo, costituisce un ordine ai sensi dell'articolo 98, comma 11 del Codice.

5) Un operatore non ha particolari osservazioni, salvo evidenziare un probabile errore nel comma 6, in cui si indica come mezzo di notifica la posta ordinaria.

C10) Le conclusioni dell'Autorità

1) L'Autorità ritiene, in relazione a quanto argomentato al punto B10.1, di rappresentare quanto segue. In primo luogo, non ritiene opportuno fornire, nella versione pubblica della decisione, una motivazione succinta; ciò sia nell'ottica della

massima trasparenza, sia al fine di fornire al mercato tutti gli elementi necessari per seguire in altri casi analoghi gli orientamenti dell'Autorità. D'altra parte, è già consentito alle parti di indicare, prima della pubblicazione, tutto ciò che si ritiene di sottrarre alla pubblicazione (dati economici, contabili, ecc.). L'Autorità ritiene opportuno, per ragioni di trasparenza, che il dispositivo sia subito pubblicato sul sito dell'Autorità. Il comma 6 è conseguentemente integrato come riportato in Allegato A alla delibera n. 226/15/CONS.

2) Con riferimento a quanto osservato al punto B10.2, si fa rilevare che nella prassi la Commissione ha sentito le parti quando ritenuto necessario. Si ritiene, pertanto, di lasciare in capo alla Commissione la facoltà di sentire le parti, se considerato necessario ai fini della definizione della controversia.

3) In relazione a quanto osservato al punto B10.3, si fa rilevare che la misura del rimborso nei confronti dell'Autorità graverebbe sulla parte che ha rifiutato la risposta senza giustificato motivo, e non necessariamente sulla parte istante vittoriosa. Nel merito, la misura ha lo scopo di disincentivare condotte opportunistiche che hanno caratterizzato alcune controversie svolte negli ultimi anni. Difatti, il tentativo di conciliazione implica un percorso di valutazioni e concessioni della controparte la quale, in vista di una probabile conclusione bonaria, tende a cedere su molte delle iniziali posizioni. Allo stesso tempo, gli Uffici forniscono, in molti casi, una ricostruzione regolamentare della vicenda di fatto lasciando intendere quale sarà la loro posizione nella trasmissione degli atti alla Commissione. Appare evidente che, laddove al termine di un percorso in cui, di fatto, sono state superate le ragioni del contendere una delle parti cambia radicalmente strategia senza validi motivi, questo probabilmente deriva da una condotta strategica. A titolo di esempio, la parte che rifiuta la negoziazione ritiene che gli uffici presenteranno alla Commissione la loro ricostruzione regolamentare e l'ultima proposta transattiva. In tal modo con una certa probabilità la Commissione potrà confermare il percorso transattivo con il risultato che la parte che lo ha rifiutato potrà comunque ottenere lo stesso risultato. A questo punto la stessa parte potrà impugnare la delibera al Tar con la possibilità di ottenerne un esito addirittura migliore partendo da una base di partenza già acquisita. L'Autorità ritiene che tale condotta non sia in linea con i principi di buona fede contrattuale nei confronti della controparte né di correttezza istituzionale. Il risultato di simili condotte è quello

di allungare i tempi dei procedimenti in modo inutile e di indurre ad un notevole dispendio di risorse pubbliche che avrebbero potuto essere impiegate per altri procedimenti. L'Autorità ritiene che le risorse pubbliche utilizzate per fini puramente strumentali debbano essere rimborsate al soggetto che le ha impiegate in modo inutile. Si ritiene, pertanto, di confermare la misura prevista.

4) In relazione a quanto osservato sullo stesso tema al punto B10.4, l'Autorità non ritiene che la misura sanzionatoria introdotta diminuisca in alcun modo le garanzie degli operatori, bensì abbia lo scopo di evitare inutile dispendio di risorse pubbliche le quali possono essere utilizzare a favore di quei soggetti che in modo serio intendono utilizzare gli strumenti conciliativi dell'Autorità. Il richiamo all'articolo 9 laddove prevede che le proposte transattive dell'Autorità, se non accolte, restano “*prive di effetto*” è inconferente in quanto la precisazione fa riferimento all’“effetto” sulla decisione finale della Commissione la quale non può in alcun modo essere influenzata in tal senso. Le parti, ovviamente, non sono in alcun modo forzate ad accettare una proposta transattiva, potendo le stesse rinunciarvi in qualunque momento del procedimento, purché in modo motivato. Lo strumento sanzionatorio è applicato solo laddove risulti evidente che, anche sulla base degli atti del procedimento, una proposta che va incontro alle richieste di una delle parti, anche grazie alle progressive concessioni della controparte, viene immotivatamente rifiutata per condotte di carattere puramente strategico.

5) In relazione a quanto osservato al punto B10.4, si richiama che l'uso della posta elettronica certificata è un obbligo di legge previsto all' *art. 47 comma 3 del Codice dell'Amministrazione Digitale* (d.lgs. n. 235/2010, come modificato dal d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e d.l. 21 giugno 2013, n. 69). Il *Codice* prevede che le amministrazioni utilizzino la posta elettronica per comunicare con i soggetti interessati che ne facciano richiesta (Art. 6) e si dotino di una casella PEC per ciascun registro di protocollo (Art. 47, c. 3). Inoltre stabilisce che le comunicazioni di documenti tra le pubbliche amministrazioni siano valide, ai fini della verifica della provenienza, se trasmesse attraverso sistemi di PEC (Art. 47, c. 2). In base all'Art. 48 dello stesso codice, la trasmissione telematica di comunicazioni che necessitano di una ricevuta di invio e di una ricevuta di consegna avviene mediante PEC. Tale trasmissione equivale alla notificazione per mezzo della posta. Pertanto l'Autorità utilizzerà la PEC quando

possibile. Laddove la società fosse sprovvista di PEC potrà effettuare una notifica a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento o tramite consegna a mano. Si rimanda all'Allegato A alla delibera n. 226/15/CONS per le modifiche.

10. L'ARCHIVIAZIONE (ARTICOLO 12)

A11) Le valutazioni dell'Autorità di cui alla delibera n. 256/14/CONS

Il *Regolamento*, infine, all'articolo 12 di seguito richiamato, disciplina le ipotesi di archiviazione, rimettendone la competenza al Direttore nei casi in cui gli atti non siano stati ancora trasmessi alla CIR. Le ipotesi di archiviazione (con determina direttoriale o delibera della CIR) riguardano il caso in cui la parte che aveva richiesto l'intervento dell'Autorità abbia rinunciato alla propria istanza o i casi di inammissibilità/improcedibilità dell'istanza.

L'Autorità ha trattato, nel corso di questi ultimi tre anni, alcuni casi di particolare complessità inerenti ipotesi di improcedibilità (es. nel caso in cui una delle parti ha proposto azione dinanzi all'Autorità giudiziaria rimettendone solo in parte la cognizione della medesima controversia o in caso di arbitrati pendenti sulla medesima materia).

Il provvedimento direttoriale di archiviazione è comunicato alle parti che hanno dieci giorni di tempo per proporre opposizione alla CIR.

1. La competenza ad adottare provvedimenti di archiviazione nei casi previsti dal presente articolo, e finché gli atti non siano trasmessi alla Commissione, è delegata al Direttore.

2. Il procedimento va archiviato nell'ipotesi in cui la parte che aveva richiesto l'intervento dell'Autorità rinunci alla propria istanza, nei casi di inammissibilità ovvero di improcedibilità dell'istanza previsti all'art. 3 del presente Regolamento.

3. Il provvedimento di archiviazione è comunicato alle parti e reca l'espressa previsione della facoltà di proporre opposizione a norma e nei termini di cui al

seguito comma 4. Nel caso di archiviazione, le spese di procedura restano a carico delle parti che le hanno sostenute.

4. Nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento direttoriale di archiviazione ciascuna delle parti può proporre opposizione alla Commissione, con atto consegnato a mano contro rilascio di ricevuta ovvero inviata a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, a mezzo fax o tramite posta elettronica certificata.

5. Il responsabile del procedimento ne dà immediata comunicazione alle altre parti, che nei successivi dieci giorni possono proporre, con atto consegnato nelle medesime forme, eventuali controdeduzioni.

6. Sull'opposizione si decide secondo la procedura di cui all'art. 11 del presente regolamento.

Si ritiene opportuno inserire due sole modifiche. La prima è minore e riguarda la trasmissione del provvedimento direttoriale alla Commissione. In questo senso, si propone di inserire al comma 2, dopo il primo periodo, le seguenti parole: **“Il provvedimento direttoriale è trasmesso senza indugio alla Commissione”**.

La seconda si basa sulla mancata disciplina esplicita degli effetti di un accordo tra le parti intervenute dopo la trasmissione degli atti alla CIR o, addirittura, come talvolta accaduto, in sede di audizione conclusiva innanzi l'Organo collegiale.

In tali casi, in base della lettura del comma 1 (che assegna la competenza dell'archiviazione al Direttore finché gli atti non sono trasmessi alla CIR) da prassi il procedimento è stato definito mediante una delibera di archiviazione per raggiunto accordo o rinuncia all'istanza.

Si ritiene opportuno, pertanto, prevedere tale ipotesi, aggiungendo all'articolo 12 il seguente comma:

“7. Laddove le parti rinuncino all'istanza, o raggiungano un accordo dopo la trasmissione degli atti alla CIR, la controversia è archiviata con delibera della stessa”.

Si richiede ai rispondenti di fornire la propria opinione nel merito
--

B11) Osservazioni degli operatori

- 1) Gli operatori non hanno riportato obiezioni su quanto prospettato.

C11) Le conclusioni dell'Autorità

1) Si conferma quanto sottoposto a consultazione pubblica specificando, al comma 5, che il provvedimento di archiviazione è comunicato solo alla parte interessata (e quindi non anche alla controparte) nel caso lo stesso afferisca ad un caso di inammissibilità (si vedano le valutazioni svolte nelle conclusioni del Capitolo 3). Si rimanda all'Allegato A alla delibera n. 226/15/CONS alla presente per le modifiche apportate.