



# RASSEGNE

## AGCOM E PROCEDURA DI NOTICE AND COMMENT

*Recentemente, la procedura di consultazione dell'Agcom, disciplinata dall'art 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259/2003) è stata oggetto di esame da parte del giudice amministrativo in relazione a diversi aspetti di seguito esaminati.*

**SOMMARIO:** 1. Estensione dei poteri regolatori dell'Agcom e obbligo di motivazione sulle osservazioni sollevate dagli operatori economici in sede di consultazione pubblica. – 2. Oneri procedurali e riedizione del potere. – 3. Oneri procedurali e motivazione rafforzata sulle osservazioni della Commissione Europea. – 4. Oneri procedurali e ottemperanza. – 5. Oneri procedurali e sindacato giurisdizionale. – 6. Oneri procedurali ed estensione dei poteri sanzionatori.

### 1. Estensione dei poteri regolatori dell'Agcom e obbligo di motivazione sulle osservazioni sollevate dagli operatori economici in sede di consultazione pubblica

Le questioni di maggiore interesse hanno riguardato, in particolare, il “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori”, adottato con Delibera n. 73/11/CONS. Tale regolamento individua le fattispecie di disservizio che impongono agli operatori del settore della comunicazione elettronica la corresponsione di un indennizzo automatico all'utente in sede di definizione stragiudiziale delle controversie deferite alla cognizione dell'Autorità, indicando i criteri per calcolarlo e definendolo altresì nel suo ammontare minimo.

L'Agcom assolve, tra l'altro, un'importante funzione di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche<sup>1</sup> ed è in attuazione di tale funzione che è stato adottato il suddetto regolamento, avente lo specifico obiettivo di prevedere una congrua e adeguata diversificazione degli indennizzi a seconda della gravità dell'inadempimento contrattuale rilevato e di garantire uniformità di trattamento agli utenti che avessero subito il medesimo disservizio, indipendentemente dall'operatore coinvolto. Prima dell'adozione del regolamento, invero, l'individuazione e la quantificazione degli indennizzi erano rimesse ai singoli operatori, con la conseguenza che un medesimo disservizio poteva essere indennizzato in misura anche notevolmente differente a seconda dell'operatore interessato<sup>2</sup>. Con la delibera, invece, si fissava l'indennizzo minimo per disservizi quali l'omessa o tardiva attivazione

<sup>1</sup> L'art. 84 del d.lgs. n. 259/2003 attribuisce all'Agcom il compito di adottare procedure “trasparenti, semplici e poco costose” finalizzate a consentire la soluzione extragiudiziale delle controversie in cui siano coinvolti utenti e gestori.

<sup>2</sup> In questi termini C. FARACCHIO, *Telefonia e controversie: regolamento Agcom*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 1, 2012, 108.

del servizio, il malfunzionamento del servizio, attivazione di servizi o di profili tariffari non richiesti, mancata o tardiva risposta ai reclami e così via. Per quanto riguardava, invece, le ipotesi di disservizio non espressamente individuate dal regolamento, si introduceva la possibilità di applicare le misure di indennizzo giornaliero previste per i casi simili dal regolamento medesimo, precisando che, qualora non fosse stato possibile ricorrere alla suddetta applicazione analogica, l'indennizzo avrebbe potuto essere computato in misura giornaliera pari alla metà del canone mensile stabilito per il servizio oggetto del disservizio oppure, per i servizi gratuiti, secondo equità<sup>3</sup>. In relazione a determinate categorie di disservizio<sup>4</sup>, in particolare, veniva prevista la corresponsione dell'indennizzo in via automatica, ovvero a prescindere dalla specifica richiesta dell'utente<sup>5</sup>.

La procedura di consultazione adottata dall'Agcom per l'adozione della suddetta delibera aveva condotto ad una serie di osservazioni presentate dagli operatori del settore, volte a far rimarcare perplessità in ordine alla sussistenza, in capo all'Autorità, del potere di determinare la misura degli indennizzi in relazione alle diverse tipologie di disservizio. La consultazione conduceva, in particolare, al dubbio inerente all'estensione del potere regolatorio dell'Agcom e portava ad interrogarsi circa l'idoneità delle norme attributive del potere (art. 2, comma 12, legge n. 481/1995 e art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche) a fondare la determinazione del quantum degli indennizzi. Si rilevava, in particolare che l'art. 2, comma 12, legge n. 481/1995, oltre a contenere solo principi generali, prevedeva la facoltà per l'Agcom di determinare i casi in cui doveva procedere all'indennizzo automatico senza fare alcun riferimento alla determinazione del *quantum*. In relazione all'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, si riteneva che, in quanto norma di valenza programmatica, non avrebbe consentito la determinazione autoritativa ed in misura uniforme per tutti gli operatori degli indennizzi applicabili in sede di definizione delle controversie. Di tal guisa, gli operatori suggerivano di ricorrere alla semplice previsione di raccomandazioni o criteri-guida lasciando invece la quantificazione degli importi da erogare esclusivamente ai soggetti esercenti il servizio.

Sulla questione si è di recente pronunciato il Consiglio di Stato<sup>6</sup>, confermando l'orientamento seguito dal giudice di primo grado<sup>7</sup>, il quale ha sostenuto l'idoneità della legge istitutiva dell'Agcom a fondare il potere di determinazione dei casi di indennizzo automatico in base alla sussistenza di un rapporto funzionale tra il potere attribuito e le finalità stabilite dal legislatore, senza che si renda necessaria una specifica predeterminazione normativa di tali poteri. La sentenza di primo grado ha sottolineato, in particolare, che le leggi che istituiscono le Autorità amministrative indipendenti sono leggi di indirizzo che permettono alle stesse di esprimersi con regolamenti che attuano i principi generali fissati dalla legge<sup>8</sup>. Il Consiglio di Stato ha ribadito tali principi, rilevando

---

3 Art. 13, comma 4, Delibera 73/11/CONS.

4 Si tratta dei casi di omessa o tardiva attivazione dei servizi richiesti, ovvero di ingiustificata sospensione o cessazione dei servizi.

5 Si noti, tuttavia, che a seguito delle osservazioni presentate dai vari operatori nella fase di consultazione si è optato per subordinare comunque questo indennizzo, se non ad una richiesta, quantomeno ad una segnalazione dell'utente interessato.

6 Cons. Stato, Sez. III, 12 aprile 2013, n. 2009, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

7 Tar Lazio, Roma, Sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9710, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

8 Nella sentenza di primo grado si legge, invero, che "il modello cui si ispira la regolazione

inoltre, che l'art. 2 della legge n. 481/1995 non contiene solo disposizioni di principio che orientino i successivi interventi normativi, come tali non idonee a rappresentare la base giuridica dell'intervento regolatorio in questione, bensì lo stesso art. 2, al comma 12, laddove indica, con disposizione di dettaglio, le funzioni svolte dall'AGCOM, inserisce, tra queste, alla lettera g), la determinazione dei casi di indennizzo automatico. Quanto all'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il giudice di appello, allineandosi ancora alla sentenza di primo grado, rileva che tale disposizione normativa attribuisce ad AGCOM il potere di adottare *“procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali (...) prevedendo nei casi giustificati un sistema di rimborso o di indennizzo”*. La fissazione della misura degli indennizzi rappresenta, così, la modalità concreta prescelta da AGCOM per esercitare il potere di adottare procedure semplici e trasparenti per la risoluzione delle controversie, in applicazione del citato art. 84. Tale norma è dunque da considerarsi la base giuridica del Regolamento.

La sentenza sembra di tal guisa confermare l'impostazione attuale della giurisprudenza sul punto e contribuisce significativamente a delineare i confini del potere regolatorio delle Autorità indipendenti.

Un altro aspetto significativo sul quale si sofferma il Consiglio di Stato, confermando quanto più diffusamente articolato dal Tar, riguarda l'ampiezza dell'obbligo di motivazione sussistente in capo all'Autorità in relazione alla procedura di *notice and comment*. In particolare, il Tar ha evidenziato che l'imposizione di un procedimento partecipativo sostituisce la dialettica propria delle strutture rappresentative, permettendo di arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione e di acquisire gli interessi coinvolti nell'esercizio del pubblico potere. Tale procedimento *“non comporta l'obbligo per l'Autorità di replicare puntualmente a ciascuna delle osservazioni sollevate, trattandosi pur sempre di atto generale ed essendo sufficiente che risulti che l'Autorità abbia preso in considerazione i contributi elaborati durante la consultazione pubblica e vi abbia dato riscontro attraverso l'indicazione delle ragioni sostanziali sottese alla decisione, costituenti idonea motivazione”*. Così, in relazione alla specifica ipotesi della determinazione degli indennizzi, in relazione alla quale si lamentava la mancata specifica motivazione da parte della Autorità sulle singole osservazioni sollevate dagli interessati in sede di consultazione circa l'estensione del potere regolatorio anche alla determinazione degli indennizzi, il Tar ha ritenuto che non fosse necessaria una puntuale replica ad ogni osservazione, essendo sufficiente l'indicazione delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione.

## 2. Oneri procedurali e riedizione del potere

La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire ulteriori aspetti relativi agli oneri procedurali che devono essere rispettati dall'Agcom, in occa-

---

*dei settori di competenza delle Autorità si basa, in sostanza, su norme di indirizzo che, stabiliti i poteri e le finalità delle Autorità, cui sono attribuiti poteri pubblicistici di regolazione, si completano con gli interventi regolatori dalle stesse adottati volti a riempire di contenuto le finalità stabilite dalle norme, dettando le relative regole generali che, in esito al previsto procedimento, che prescrive precise garanzie di partecipazione, appaiono le più idonee a regolare le fattispecie”*.

sione dell'impugnazione della delibera, relativa al "Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori" (366/10/CONS).

L'adozione di tale regolamento rappresenta l'assolvimento di un importante compito che nel 2010 il legislatore<sup>9</sup> ha attribuito all'Agcom: quello di regolare la posizione dei canali digitali terrestri sul telecomando. Si tratta dell'individuazione originaria di un numero corrispondente ad un canale all'interno dell'offerta complessiva dei programmi della televisione digitale terrestre e sul telecomando dell'utente, comunemente chiamata LCN (Logical Channel Numbering)<sup>10</sup>.

Il nuovo numero, che viene assegnato a ciascun canale della televisione digitale terrestre automaticamente dal decoder, rappresenta chiaramente un fattore molto importante per le imprese operanti nel settore televisivo e ciò impone che la scelta venga effettuata con criteri non discriminatori<sup>11</sup>. In tal senso appare evidente la rilevanza che può assumere la garanzia della partecipazione degli operatori stessi alla formazione del piano, attraverso la procedura di consultazione pubblica.

Ed è stato proprio un vizio inerente alla procedura di consultazione che ha condotto il Consiglio di Stato ad annullare la suddetta delibera nel 2012<sup>12</sup>, respingendo l'appello proposto dall'Agcom avverso le sfavorevoli sentenze del Tar, rilevando il mancato rispetto, nel procedimento svolto per l'adozione della stessa, del termine di trenta giorni per consentire ai soggetti interessati di muovere osservazioni: la procedura di consultazione, invero, ebbe una durata di 15 giorni<sup>13</sup>.

In particolare, è stato rilevato che, trovando la previsione del termine di 30 giorni per la consultazione fonte in una norma di rango primario, la stessa non poteva essere derogata dall'Agcom nell'esercizio del suo potere regolatorio.

Inoltre, veniva ritenuto infondato il motivo di appello in base al quale, ex art.

---

9 Il d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44 in recepimento della direttiva 2007/65/CE ha apportato una serie di correttivi al Testo Unico della Radiotelevisione (d.lgs. n. 177/2005), prevedendo, in particolare, all'art. 5 comma 2 che: "*Fermo il diritto di ciascun utente di riordinare i canali offerti sulla televisione digitale nonché la possibilità per gli operatori di offerta televisiva a pagamento di introdurre ulteriori e aggiuntivi servizi di guida ai programmi e di ordinamento canali, l'Autorità, al fine di assicurare condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie, adotta un apposito piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, e stabilisce con proprio regolamento le modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre*", in base ad una serie di principi e criteri direttivi indicati dalla norma stessa.

10 Fermo restando il diritto dell'utente di riordinare i canali secondo propri criteri, diritto espressamente garantito dall'art. 32 comma 2 del testo unico.

11 Per una attenta disamina critica dell'argomento si veda M. CUNIBERTI, *Il "nuovo" piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre (LCN): un'occasione mancata?*, in [www.medialaws.eu](http://www.medialaws.eu).

12 Il Cons. Stato, Sez. III, è intervenuto il 31 agosto 2012 con quattro sentenze: nn. 4658, 4659, 4660, 4661, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

13 Si noti che, oltre alla violazione procedimentale individuata, idonea a determinare comunque l'illegittimità della delibera, è stato ritenuto sussistente anche il difetto di istruttoria, in quanto il metodo prescelto dall'Agcom per l'assegnazione automatica dei canali alle emittenti locali, fondato sull'utilizzo delle graduatorie delle emittenti locali predisposte dai Co.re.com., non è stato ritenuto idoneo ad accertare le abitudini e le preferenze degli utenti. Tali graduatorie, secondo il Supremo Consesso, sarebbero ispirate a una finalità non omogenea o sovrapponibile a quella desumibile per il sistema LCN dall'art. 32 del Tusmar, specie con riferimento ai principi della semplicità d'uso e del rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti, con precipuo riguardo ai canali generalisti nazionali e alle emittenti locali.

21 *octies* della legge n. 241/1990, la violazione procedimentale non avrebbe dovuto determinare l'annullamento della delibera, in quanto l'esigenza di partecipazione al procedimento sarebbe stata comunque soddisfatta dai contributi forniti dagli interessati nell'ambito della consultazione disposta con una precedente delibera (647/2009/CONS), relativa ad una proposta di autoregolamentazione convenzionale, in materia di numerazione dei canali. Ciò, sia perché le due delibere avevano un ambito applicativo diverso, sia, soprattutto, in quanto il procedimento *de quo* "presupponendo l'esercizio di poteri discrezionali, esula dall'ambito di applicazione della disposizione di cui alla legge n. 241/1990, art. 21 *octies*, che (come è noto) consente di non annullare i provvedimenti vincolati adottati in violazione delle norme sul procedimento"<sup>14</sup>.

Anche la paventata urgenza del procedimento, che avrebbe giustificato una riduzione dei termini per l'espletamento della procedura di *notice and comment*, non venne ritenuta sussistente. Invero, laddove, come nel caso di specie, la situazione di fatto fosse prevedibile e la problematica conosciuta dalla stessa Autorità, non si potevano ritenere sussistenti gli estremi dell'urgenza, idonea a giustificare una riduzione dei termini procedurali.

A seguito di tali pronunce che, al fine di evitare un vuoto regolatorio, autorizzavano la proroga del piano di numerazione annullato fino all'entrata in vigore del nuovo piano, l'Agcom iniziava la redazione di una nuova delibera e dava l'avvio ad una nuova procedura di consultazione pubblica, questa volta della durata di trenta giorni, che conduceva, nel marzo 2013, all'adozione della delibera con cui l'Agcom approvava il nuovo piano di numerazione dei canali (237/13/CONS).

Anche il nuovo piano è stato oggetto di numerosi ricorsi, taluni diretti ad ottenerne l'annullamento da parte del TAR e uno, in particolare, rivolto al Consiglio di Stato, diretto a dare esecuzione alla sentenza adottata nel 2012<sup>15</sup>. Più precisamente, in quest'ultima vicenda giudiziaria, con l'atto introduttivo del giudizio il ricorrente lamentava la mancata adozione da parte dell'Agcom del nuovo piano di numerazione dei canali, conformemente a quanto statuito dalla sentenza del 2012. L'Autorità, infatti, adottava la delibera successivamente alla proposizione del ricorso in ottemperanza, nelle more del giudizio. Tale circostanza rendeva il ricorso improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ma la nuova delibera si poneva, nell'ottica del ricorrente, comunque in contrasto con il giudicato e veniva, pertanto, impugnata con lo strumento dei motivi aggiunti, che consentiva al TAR di procedere nel valutarne l'ottemperanza alla sentenza passata in giudicato<sup>16</sup>. Secondo il Consiglio di Stato<sup>17</sup> l'Agcom non aveva dato esatta ottemperanza alle statuizioni della sentenza n. 4660/2012, in quanto avrebbe esercitato contestualmente il potere di rinnovazione del Piano LCN annullato e quello di revisione periodica del piano di numerazione dei canali<sup>18</sup>. Il potere di revisione periodica, secondo il giudice amministrativo, "attiene all'esercizio del potere rego-

---

14 Cons. Stato, Sez. III, 31 agosto 2012, n. 4659, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

15 L'inottemperanza lamentata in relazione alla sentenza Cons. Stato, Sez. III, 31 agosto 2012, n. 4660.

16 Al fine di evitare il vuoto regolatorio derivante dalla dichiarazione di nullità in parte qua del Piano LCN 2013, nelle more dell'adozione dei provvedimenti sostitutivi da parte del Commissario ad acta, veniva autorizzata l'Agcom a rinnovare in via transitoria le disposizioni del Piano stesso dichiarate nulle.

17 Cons. Stato, Sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6021, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

18 L'art. 32, comma 2, lett. f) del Tusmar prevede il potere di revisione del piano di numerazione in base allo sviluppo del mercato, sentiti i soggetti interessati.

*lamentare/dispositivo dell'Agcom e, quindi, ha natura ontologicamente differente dall'obbligo di riedizione del potere regolatorio mediante l'adozione di un nuovo Piano LCN (emendato dai vizi istruttori rilevati dalla sentenza) al fine di dare esecuzione alla specifica statuizione della sentenza n. 4660/2012". Il potere di revisione, che si fonda sulla situazione delle preferenze ed abitudini degli utenti nel momento in cui viene esercitato (nel 2013), non avrebbe dovuto confluire nell'ambito del procedimento di riedizione del potere di rilevazione della pregressa situazione delle preferenze degli utenti, riferibile al 2010.*

In sostanza, il Consiglio di Stato affermava che, affinché la riedizione del potere potesse dirsi conforme al giudicato amministrativo, la nuova istruttoria avrebbe dovuto basarsi sulla situazione delle preferenze ed abitudini degli utenti come era nel 2010, all'epoca del precedente sondaggio, poiché le disposizioni annullate del piano andavano sostituite *"ex tunc con diverse disposizioni, che regolino l'assegnazione automatica del numero dei canali nel rispetto delle preferenze e delle abitudini che avevano nel 2010 gli utenti"*. Solo dopo aver riesercitato in questi termini il potere regolatorio, ove ne avesse ritenuto presenti i presupposti, l'Agcom avrebbe potuto esercitare il potere di periodica revisione del Piano LCN in base allo sviluppo del mercato<sup>19</sup>. Conseguentemente, il giudice amministrativo, dopo aver dichiarato improcedibile l'atto introduttivo del giudizio di ottemperanza per sopravvenuta carenza di interesse, nei termini sopra descritti, entrando nel merito del ricorso per motivi aggiunti accertava l'inottemperanza di AGCOM al giudicato formatosi sulla più volte menzionata sentenza n. 4660/2012 e dichiarava la nullità in parte *qua* della delibera N. 237/13/CONS.

### **3. Oneri procedurali e motivazione rafforzata sulle osservazioni della Commissione Europea**

Gli obblighi procedurali dell'Agcom in relazione alle procedure di consultazione pubblica sono emersi nell'interpretazione giurisprudenziale anche in relazione ad un'altra delibera dell'Agcom<sup>20</sup>, relativa all'identificazione dei servizi di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili.

Le tariffe di terminazione sono importi fissi che vengono corrisposti dall'operatore telefonico che gestisce il servizio di telefonia da cui parte una chiamata all'operatore che gestisce la linea su cui la chiamata viene ricevuta. Di

---

<sup>19</sup> Il Consiglio di Stato nominava, inoltre, un Commissario ad acta incaricato di modificare il piano LCN in maniera da conformarlo a quanto statuito nella sentenza del 2012, valutando gli elementi conoscitivi di cui l'Agcom non aveva tenuto conto. Contro la suddetta sentenza veniva, tuttavia, presentato ricorso per revocazione per errore di fatto, sostenendo che la pronuncia si fosse basata su una errata valutazione degli atti e documenti prodotti nel giudizio di ottemperanza, senza la quale Agcom non sarebbe stata considerata inottemperante alla sentenza del 2012. In attesa della pronuncia nel merito della questione il Consiglio di Stato, accogliendo l'istanza cautelare, con ordinanza collegiale n. 1551/2014, ha sospeso gli effetti della propria sentenza e, conseguentemente, anche del nuovo piano adottato medio tempore dal Commissario ad Acta, compresa la procedura di consultazione pubblica da questi indetta sul nuovo piano di numerazione.

<sup>20</sup> Delibera n. 621/11/CONS: Mercato dei servizi di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (mercato n. 7 fra quelli identificati dalla Raccomandazione della Commissione europea n. 2007/879/CE): definizione del mercato rilevante, identificazione delle imprese aventi significativo potere di mercato ed eventuale imposizione di obblighi regolamentari.

tal guisa che il corrispettivo versato dall'utente al proprio operatore telefonico verrà in parte trattenuto dallo stesso per il transito sulla propria rete ed in parte versato ad altro operatore per il tratto di transito sulla rete di questi (per la c.d. terminazione della chiamata).

Tale sistema comporta che, laddove si configurino delle asimmetrie tariffarie, gli operatori gravati di tariffe di terminazione più basse risulteranno agevolati rispetto ad altri operatori che invece debbano sostenere tariffe di terminazione più elevate.

Emerge così il ruolo che tali tariffe possono assumere nella regolazione del mercato delle comunicazioni e, in particolare, il ruolo che le tariffe asimmetriche hanno assunto negli anni '90 nel finanziamento delle nuove reti mobili. L'asimmetria tariffaria ha, invero, favorito l'accesso al mercato di nuove imprese ed osteggiato la formazione di monopoli.

Tuttavia, oggi, che le reti mobili sono state completate ormai da lungo tempo, non necessitano più di particolari sussidi economici e il mercato mobile appare maturo e genera flussi di cassa stabili e consolidati, la Commissione Europea spinge per la simmetria nella tariffe, "*delineandola come un naturale punto d'arrivo della liberalizzazione lanciata negli anni '90, un obiettivo da raggiungere di per sé a prescindere dalla realtà del mercato*"<sup>21</sup>. Con la raccomandazione n. 2009/396/CE la Commissione è, invero, molto chiara nell'individuare la necessità di una simmetria delle tariffe di terminazione, ammettendo delle situazioni asimmetriche solo per periodi transitori ovvero in casi eccezionali, purché adeguatamente giustificati. Al considerando n. 16, in particolare, si ammette che le Autorità nazionali di regolazione possano consentire ai nuovi operatori, che incontrano ostacoli all'ingresso e all'espansione nel mercato, di recuperare determinati costi nel corso di un periodo transitorio mediante tariffe di terminazione regolamentate. Periodo che, comunque, non deve essere superiore a quattro anni a decorrere dalla data di ingresso sul mercato.

L'impostazione dell'Unione sul punto è emersa proprio nel procedimento consultivo preordinato all'adozione della delibera sopra richiamata, nel quale la Commissione Europea ha espressamente<sup>22</sup> ritenuto sussistente una ingiustificata asimmetria delle tariffe.

Anche a livello europeo è, invero, prevista espressamente la procedura di consultazione<sup>23</sup>, delineata come un importante strumento di cooperazione tra le Autorità di regolazione e la Commissione Europea, idonea a consentire alla

---

21 In questi termini I. GENNA, *Tariffe di terminazione mobile nelle TLC*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 1, 2009, 129.

22 Con la nota SG-Grefe (2011) D/10210 relativa al progetto di delibera notificato.

23 La direttiva 21/2002, di cui il d.lgs. n. 259/2003 (codice comunicazioni elettroniche) rappresenta il recepimento, istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, e, in particolare, all'art. 6, prevede un meccanismo di consultazione e trasparenza: "Salvo nei casi che rientrano nel campo di applicazione degli artt. 7, paragrafo 6, o 20 o 21, gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione, quando intendono adottare misure in applicazione della presente direttiva o delle direttive particolari che abbiano un impatto rilevante sul relativo mercato, diano alle parti interessate la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misure entro un termine ragionevole. Le autorità nazionali di regolamentazione rendono pubbliche le procedure che applicano ai fini della consultazione. Gli Stati membri garantiscono la creazione di un unico punto d'informazione attraverso il quale si possa accedere a tutte le consultazioni in corso. Il risultato della procedura di consultazione deve essere reso pubblicamente disponibile attraverso l'autorità di regolamentazione nazionale, salvo nel caso di un'informazione riservata, nel rispetto della legislazione comunitaria e nazionale sulla riservatezza nel campo commerciale".

stessa di sollevare osservazioni su una bozza di regolamento<sup>24</sup>.

Il Giudice comunitario<sup>25</sup> si è pronunciato in più occasioni sulla rilevanza delle osservazioni rese dalla Commissione nel corso della procedura di consultazione e sebbene ne sottolinei l'importanza e affermi la necessità che esse siano prese nella massima considerazione dall'Autorità di regolazione, chiarisce che le stesse devono ritenersi un atto comunitario preparatorio nel contesto della procedura che conduce all'adozione di una misura dell'Autorità nazionale di regolazione e non possono considerarsi come atti direttamente incidenti sulla posizione giuridica della singola impresa interessata, di tal guisa da costituire materia di un'autonoma e diretta azione di annullamento.

Il Giudice comunitario rileva, invero, che costituiscono atti o decisioni che possono essere oggetto di un ricorso di annullamento, ai sensi dell'art. 230 del Trattato (oggi 263 del TFE), solo i provvedimenti destinati a produrre effetti giuridici vincolanti idonei a incidere sugli interessi del ricorrente, modificando in misura rilevante la sua situazione giuridica. Pertanto, non possono essere considerati tali le osservazioni trasmesse dalla Commissione all'Autorità nazionale di regolazione.

Il soggetto che si ritenga leso dalla delibera adottata dall'Autorità dovrà ricorrere a specifici organi di tutela che la stessa direttiva 2002/21 obbliga gli Stati membri ad istituire. Si tratta di un meccanismo di ricorso dinanzi ad un organo indipendente, con la precisazione che, nel caso in cui tale organo non sia di natura giurisdizionale, le sue "decisioni sono impugnabili dinanzi ad una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 del Trattato" (oggi art. 267 del TFE).

Diversamente dalle ipotesi in cui si configura l'esercizio di un diritto di veto, che permette alla Commissione di chiedere all'Autorità nazionale di ritirare il progetto di regolamento<sup>26</sup> e che fa sorgere effetti giuridici vincolanti, in quanto l'Autorità nazionale interessata non sarebbe più autorizzata ad adottare la misura prevista, nel caso della comunicazione di osservazioni, l'intervento della Commissione sarà privo di effetti giuridici vincolanti. Laddove l'Autorità nazionale di regolazione decida di adottare la misura, gli effetti giuridici vincolanti che scaturiscono da tale misura saranno riconducibili all'Autorità stessa e non già alle osservazioni della Commissione.

Nonostante le osservazioni espresse dalla Commissione sul progetto di delibera sopra menzionato (621/11/CONS), l'asimmetria venne mantenuta nel testo finale dall'Agcom, senza giustificare adeguatamente la mancata conformazione alle indicazioni dell'organo europeo e, come prevedibile, fu oggetto di diverse impugnazioni, volte a rilevare, soprattutto, l'illegittimità dell'asimmetria

---

24 L'art. 7 della citata direttiva predispose un quadro di interazione tra Autorità nazionale di regolazione e la Commissione Europea che comporta la possibilità per quest'ultima di trasmettere le proprie osservazioni all'Autorità, che, dal canto suo dovrà tenere nel massimo conto.

25 Tribunale di I Grado, 12 dicembre 2007, T-109/06, Vodafone España, SA and Vodafone Group plc, in cui si legge: "The procedure under Article 7(3) of Directive 2002/21 constitutes a consultation and cooperation procedure between NRAs and the Commission in the context of which not only the Commission, but also other NRAs may, in accordance with Article 7(3) of Directive 2002/21, make comments on a notified draft measure. Even though, in accordance with Article 7(5), the CMT must take 'the utmost account of comments of other [NRAs] and the Commission', it has some leeway to determine the content of the final measure, so that a Community act based on Article 7(3) of Directive 2002/21 cannot be regarded as directly affecting the legal situation of the undertakings concerned". Nello stesso senso anche il Tribunale di primo grado, 22 February 2008, T-295/06, Base.

26 In presenza dei requisiti indicati dall'art. 7, n. 4, direttiva 2002/21, la Commissione può avviare la seconda fase del procedimento da cui può scaturire una decisione di veto.



tariffaria prevista in favore di altri operatori del settore, in chiaro contrasto con gli indirizzi resi sul punto dalla Commissione Europea.

Una prima pronuncia significativa sulla delibera in questione è stata adottata dal Tar Lazio<sup>27</sup>, che ha rilevato come, a fronte delle puntuali osservazioni presentate dall'organo europeo, l'Agcom avrebbe dovuto motivare nello specifico le ragioni per le quali si discostava dalle stesse. Tale sentenza parla, precisamente, di un onere di motivazione rafforzato e specifico<sup>28</sup> in ordine alla mantenuta asimmetria nelle tariffe di terminazione mobili, che, non essendo stato rispettato, determinava l'illegittimità della impugnata delibera *in parte qua*.

La medesima delibera veniva impugnata anche dallo stesso operatore in favore del quale veniva prevista dall'Autorità l'asimmetria tariffaria, per contestare, questa volta, la cessazione anticipata della durata di tale asimmetria, atteso che, alla data prevista per la cessazione, non sarebbe venuta meno "la diseguale e discriminante dotazione frequenziale".

Tale contestazione veniva però rigettata dal Tar<sup>29</sup> che, nel rilevare che l'Agcom si fosse sostanzialmente conformata alle osservazioni della Commissione in merito alla riduzione del periodo di asimmetria, preliminarmente osservava che lo schema di delibera messo in consultazione è un atto con la finalità di consentire alle imprese del mercato di esporre la propria posizione, all'Agcom di emanare un parere non vincolante e alla Commissione di fornire le proprie osservazioni. Tale schema di delibera doveva essere considerato quale atto endoprocedimentale, idoneo ad acquisire dei riscontri sulla base dei quali l'Autorità fosse in grado di disporre di tutti gli elementi necessari a decidere. In relazione a tale atto endoprocedimentale non poteva considerarsi maturato un legittimo affidamento né poteva essere lamentata l'illegittimità della delibera, qualora essa non confermasse o modificasse le misure previste nello schema di delibera. Ulteriori specificazioni sulla valenza delle osservazioni presentate nel corso della procedura di consultazione sono contenute in un'altra pronuncia del Tar Lazio<sup>30</sup>, ove, richiamando i precedenti giurisprudenziali conformi<sup>31</sup> si chiarisce che i rilievi della istituzione comunitaria, se "non vincolano l'Autorità di regolamentazione la quale ... non è obbligata a conformarsi sempre e comunque alle osservazioni svolte dalla Commissione, anche se ex art. 12 del Codice deve tenerle in massima considerazione, trattandosi

---

27 Tar Lazio, Roma, Sez. I, 10 ottobre 2012, n. 8381, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Per un commento alle sentenze del Tar Lazio, Sez. I, nn. 8381, 8382 e 10265 del 2012, si veda M. CAPPELLETTI, *La giurisprudenza amministrativa e le procedure di consultazione*, in [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it).

28 Si legge, invero, nella citata sentenza, che "l'Autorità non ha soddisfatto l'onere motivazionale rafforzato e specifico che discendeva dal carattere puntuale e circoscritto delle questioni sollevate dall'organo europeo con le richiamate osservazioni, non avendo essa, di fatto, contrapposto argomenti adeguati e conferenti, al fine di giustificare l'adozione di misure asimmetriche disallineate rispetto a quanto stabilito nella Raccomandazione del 2009 e ribadito nelle pertinenti osservazioni. E il deficit motivazionale della delibera rispecchia la mancata ponderazione da parte dell'Agcom delle ragioni evidenziate dall'organo comunitario, ciò che determina l'illegittimità in parte qua del provvedimento impugnato per l'avvenuta violazione della disciplina – nazionale e comunitaria – che imponeva alla medesima Autorità di tenere in massimo conto, nell'assolvimento dei propri compiti, gli atti giuridici della Commissione".

29 Tar Lazio, Roma, Sez. I, 10 ottobre 2012, n. 8382, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

30 Tar Lazio, Roma, Sez. I, 7 dicembre 2012, n. 10265, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

31 Nello stesso senso si vedano le citate sentenze del Tar Lazio, Sez. I, 10 ottobre 2012, nn. 8381 e 8382, Tar Lazio, Sez. III ter, 11 febbraio 2011, n. 1336, Tar Lazio, Sez. III ter, 16 febbraio 2009, n. 1491 e Tar Lazio, Sez. III ter, 29 gennaio 2009, n. 895.

*non di prescrizioni, ma sostanzialmente di un atto di collaborazione dell'organo comunitario al programma di razionalizzazione del sistema del quale l'Autorità è investita"; ... "cionondimeno, poiché essi comunque determinano un obbligo rafforzato di motivazione, occorre valutare se l'Autorità abbia ponderato le ragioni esposte dall'organo consultivo".*

Il Consiglio di Stato<sup>32</sup> si è di recente pronunciato sull'impugnazione della sentenza del Tar Lazio n. 8382/2012 riformandola e conseguentemente annullando la delibera n. 621/11/CONS nella parte in cui prevedeva il raggiungimento della simmetria tariffaria tra tutti gli operatori entro il 1° luglio 2013. Il giudice di secondo grado, in particolare, non ha condiviso la sentenza del Tar laddove affermava che, di fronte alle severe osservazioni rese dalla Commissione Europea, l'Agcom non avesse altra strada da percorrere che ridurre il periodo di *decalage* e anticipare il raggiungimento della simmetria tariffaria. Il Consiglio di Stato, invero, ha ritenuto che sussistesse l'alternativa di *"esplicitare il percorso logico seguito e le risultanze dell'istruttoria compiuta, onde esternare i fattori causali che determinano la scelta derogatoria in favore del prolungamento del periodo di asimmetria (...). La motivazione della delibera impugnata, invece, non consente di comprendere le ragioni per cui, a fronte del perdurare immutate delle condizioni oggettive che influiscono sulla differenza di costi sostenuti dagli operatori, anzi testé maggiormente esplicitate, dispone la cessazione della misura dell'asimmetria in favore di H3G con sei mesi di anticipo (...)"*. Il giudice di appello si è spinto anche oltre e, nel ribadire che l'annullamento per difetto di motivazione comporta per l'Amministrazione la possibilità di riesercitare il potere conformandosi al formato giudicato, ha fornito specifiche indicazioni sulle modalità con cui tale potere avrebbe dovuto essere esercitato, chiarendo che il raggiungimento della simmetria tariffaria deve rispettare un rigoroso criterio di proporzionalità<sup>33</sup>.

#### 4. Oneri procedurali e ottemperanza

Il difetto di adeguata istruttoria e motivazione viene, altresì, rilevato dal Consiglio di Stato<sup>34</sup> in una recente pronuncia, in cui si giunge all'annullamento di un'altra delibera, la 446/08/CONS, integrazione della delibera n. 628/07/CONS<sup>35</sup>, concernente l'applicazione all'operatore H3G degli obblighi di cui all'art. 50 del Codice delle comunicazioni elettroniche. La contestazione mossa all'Agcom riguardava la circostanza di non aver atteso gli esiti di una nuova analisi di mercato prima di procedere ad una ulteriore riduzione della tariffa di terminazione.

32 Cons. Stato, 14 febbraio 2014, n. 725, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

33 In ottemperanza alla sentenza del Cons. Stato 14 febbraio 2014, n. 725 è stata adottata la delibera 259/14/CONS.

34 Cons. Stato, Sez. III, 7 gennaio 2013, n. 21, in riforma della sentenza Tar Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 22 gennaio 2009, n. 1491, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

35 Con la delibera n. 628/07/CONS Agcom fissava in €/cent/min 16,26 il prezzo del servizio di terminazione delle chiamate vocali sulla rete di H3G e rinviava qualsiasi ulteriore provvedimento di riduzione del prezzo all'esito della seconda analisi di mercato, che tuttavia era stata successivamente prorogata dall'Autorità. A causa di questo allungamento dei tempi l'Autorità, con la delibera n. 446/08/CONS, ritenendo comunque troppo elevata la tariffa di H3G, l'aveva ridotta a €/cent/min 13,00, prima che terminasse la seconda analisi di mercato, diversamente da quanto stabilito nella delibera n. 628/07/CONS.

Tale sentenza rileva, inoltre, in quanto indica specificamente all'Autorità le modalità dell'ottemperanza. In particolare, il Consiglio di Stato ha, in primo luogo, autorizzato l'Autorità, in via interinale e "straordinaria", al mantenimento degli effetti della delibera annullata<sup>36</sup> e, in secondo luogo, ha richiesto all'Agcom di dare esecuzione alla sentenza tramite due soluzioni alternative: "il ripristino della situazione anteriore"<sup>37</sup>; oppure "la rinnovazione del procedimento, ora per allora, emendato dei vizi riscontrati".

In sede di ottemperanza sorsero, tuttavia, dubbi interpretativi circa i limiti dell'esercizio della discrezionalità riconosciuta all'Agcom, e, pertanto, sfruttando la possibilità concessa dall'art. 112 comma 5, d.lgs. n. 104/2010, l'Autorità ha richiesto chiarimenti in ordine alle concrete modalità di ottemperanza. Il Consiglio di Stato accogliendo il ricorso dell'Autorità ed adottando una sentenza di chiarimenti<sup>38</sup>, ha specificato che il ripristino della situazione anteriore non poteva certo prescindere dall'esercizio del potere regolatorio da parte dell'Autorità, realizzandosi altrimenti, l'effetto ripristinatorio che invece la sentenza aveva voluto escludere. Così, l'eventuale ripristino della tariffa originariamente stabilita con la delibera n. 628/07/CONS, doveva essere subordinato all'eventuale reintroduzione della medesima all'esito di un nuovo procedimento istruttorio opportunamente depurato dei vizi, di motivazione e di istruttoria, che avevano determinato l'annullamento della delibera n. 446/08/CONS.

Per ottemperare alle sentenze del Consiglio di Stato, l'Autorità ha, quindi, avviato, con la delibera 5 novembre 2013, n. 615/13/CONS, una nuova procedura di consultazione pubblica<sup>39</sup>.

## 5. Oneri procedurali e sindacato giurisdizionale

La giurisprudenza nazionale si è trovata di recente ad analizzare i poteri regolatori dell'Agcom ed il rispetto delle procedure di consultazione pubblica anche con riferimento alla delibera n. 731/09/CONS "Individuazione degli obblighi regolamentari cui sono soggette le imprese che detengono un significativo potere di mercato nei mercati dell'accesso alla rete fissa (mercati 1, 4 e 5 fra quelli individuati dalla raccomandazione n. 2007/789/CE)" nonché alla delibera n. 578/10/CONS, relativa al modello di costo per l'accesso.

---

36 La sentenza in commento, come chiarisce, si allinea così ad un indirizzo pretorio, ispirato al principio del buon andamento, inaugurato dalla IV sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza 10 maggio 2011, n. 2755, secondo cui il giudice amministrativo può differire gli effetti di annullamento degli atti impugnati, risultati illegittimi, ovvero non disporli affatto, derogando così alla regola dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento e all'immediato effetto ripristinatorio, statuendo solo gli effetti conformativi, volti a far sostituire il provvedimento risultato illegittimo.

37 Ovvero quella fissata dalla delibera 12 dicembre 2007, n. 628/07/CONS.

38 Cons. Stato, Sez. III, 9 luglio 2013, 3636, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

39 La consultazione riguardava la rideterminazione della tariffa di terminazione di H3G per il periodo 1° novembre 2008-30 giugno 2009. Come si legge nella relazione annuale Agcom 2014, 184, in [www.agcom.it](http://www.agcom.it), "nello schema di provvedimento, l'Autorità ha spiegato, al fine di colmare il difetto di motivazione, le ragioni per cui è stato necessario ridurre la tariffa di terminazione di H3G prima che si concludesse l'analisi di mercato. L'Autorità ha altresì proposto, al fine di colmare il difetto d'istruttoria, tre metodologie per la rideterminazione della tariffa di terminazione di H3G. La prima metodologia si basa sul confronto internazionale, la seconda sul tasso di riduzione del glide path previsto dalla delibera n. 667/08/CONS, del 26 novembre 2008, e la terza sulle contabilità regolatorie di H3G, opportunamente revisionate con attento vaglio critico come richiesto dallo stesso Consiglio di Stato".

Con la delibera n. 731/09/CONS l'Autorità era chiamata ad imporre alle imprese che disponessero di significativo potere di mercato nel settore della telefonia una serie di obblighi, in particolare, di trasparenza, non discriminazione, separazione contabile, accesso e controllo dei prezzi e contabilità dei costi<sup>40</sup>.

La regolamentazione imposta era principalmente destinata ad evitare che si perpetrassero comportamenti anticompetitivi, nei mercati dell'accesso per servizi di fonia e nel mercato dell'accesso a banda larga al dettaglio per servizi di trasmissione dati. In particolare, in virtù del controllo di infrastrutture di rete di accesso essenziali e difficili da duplicare da parte di determinati operatori<sup>41</sup>, l'Autorità era chiamata ad introdurre regole che garantissero l'accesso a tali infrastrutture ad operatori concorrenti nei mercati a valle. In assenza di un obbligo di accesso alle infrastrutture essenziali (ed alle risorse correlate), infatti, gli operatori alternativi avrebbero dovuto sostenere livelli di investimento tali da scoraggiare il loro ingresso o la loro espansione sia nei mercati dell'accesso per servizi di fonia sia nel mercato dell'accesso per servizi di trasmissione dati. Venivano inoltre determinati i prezzi da corrispondere all'impresa dominante per la vendita dei servizi di accesso, sviluppando un modello economico dei costi degli stessi servizi. La delibera n. 578/10/CONS, in particolare, introduceva la definizione di un modello di costo dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa.

Il modello economico in concreto applicato dall'Agcom sul piano regolatorio, caratterizzato da un elevato grado di tecnicismo, è stato oggetto di contestazioni da parte di vari operatori del settore, che si sono tradotte nell'impugnazione delle suddette delibere.

Il giudice amministrativo<sup>42</sup> non ha mancato di rilevare che tali delibere rappresentano tipica espressione di discrezionalità tecnica dell'Agcom sulle quali il sindacato giurisdizionale può limitarsi alla attendibilità delle valutazioni compiute rispetto alla correttezza dei criteri utilizzati. Il Consiglio di Stato<sup>43</sup>, in particolare, ha effettuato un'importante analisi dello stato dell'elaborazione giurisprudenziale sui limiti del sindacato del giudice sull'esercizio del potere discrezionale tecnico delle Autorità indipendenti. Si mette in luce, invero, che *“l'esigenza che questo pubblico potere, da taluni definito anche ‘atipico’ o ‘acefalo’, sia ricondotto e sottostia, come ogni altro, ad un principio di legalità sostanziale, non trovando esso un'espressa copertura costituzionale e suscitando, quindi, non poche riserve in ordine al fondamento della sua legalità formale, impone al giudice amministrativo di assicurare che la legittimazione di tale potere rinverga la sua fonte, al di là delle garanzie partecipative che agli operatori del settore sono attribuite, a livello procedimentale, nella fase della consultazione, proprio o almeno nella corretta e coerente applicazione*

---

40 Si veda punto 26 in Considerando della delibera Agcom 731/09/CONS.

41 Il riferimento è chiaramente a Telecom Italia s.p.a., che detiene ancor oggi una posizione dominante determinata dalla circostanza che essa è l'unica proprietaria della rete storica in rame. Infatti, Agcom, dopo aver accertato, con la delibera n. 314/09/CONS la sussistenza in capo a Telecom Italia di una posizione dominante nei mercati di accesso, ha definito con le successive delibere nn. 731/09/CONS e 578/10/CONS il regime applicabile ai servizi di accesso fisico e virtuale, tale da evitare che il controllo dell'operatore dominante sulla infrastruttura storica sia un fattore preclusivo o pregiudizievole per la concorrenza nei servizi di comunicazione nei mercati a valle.

42 Dapprima il Tar Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 11 luglio 2012, con le sentenze nn. 6321, 6323 e 6324 e poi il Cons. Stato, Sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856; Cons. Stato, Sez. III, 28 marzo 2013, n. 1837; Cons. Stato, Sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

43 Cons. Stato, Sez. III, 28 marzo 2013, n. 1837, cit.

*delle regole che informano la materia sulla quale incide”.*

In particolare, tra gli altri aspetti trattati nella suddetta sentenza, si insiste nel sottolineare la carenza di istruttoria procedimentale da parte dell'Agcom poiché, a fronte di specifiche osservazioni sollevate dalla Commissione Europea nel procedimento di consultazione, l'Autorità di regolazione avrebbe dovuto osservare un onere di motivazione rafforzata, verificando, *“almeno con un'analisi di tipo comparato e mediante un adeguato approfondimento istruttorio”*<sup>44</sup>, se la strada indicata dalla Commissione, sarebbe stata preferibile rispetto a quella prescelta dall'Agcom, *“non soltanto per consentire una miglior concorrenza tra gli operatori, ma proprio per favorire una maggior infrastrutturazione”*. In questi termini la scelta operata dall'Agcom, pur essendo basata su valutazioni strettamente tecnico-discrezionali, appare sindacabile dal giudice, attraverso un controllo che assicura la legalità sostanziale dell'agere della Pubblica Autorità, senza ingerirsi nelle sue scelte discrezionali<sup>45</sup>. La delibera n. 731/09/CONS e la delibera n. 578/10/CONS sono considerate così viziate da eccesso di potere per l'insufficienza, l'illogicità, la contraddittorietà della motivazione, nonché per il difetto di relativa adeguata istruttoria.

Tali principi sono stati ribaditi ancor più di recente dal giudice amministrativo<sup>46</sup> con riferimento all'impugnazione della delibera n. 643/12/CONS recante modifiche alla delibera n. 578/10/CONS<sup>47</sup>, relativa alle condizioni economiche del servizio Wholesale Line Rental. Tale servizio, introdotto dall'Autorità, consente agli operatori interconnessi alla rete di Telecom Italia di fornire ai propri clienti sia l'accesso alla rete telefonica sia il servizio di traffico telefonico<sup>48</sup>. Si tratta, in altre parole, di un servizio che fornisce all'operatore alternativo la possibilità di acquistare all'ingrosso il servizio di rivendita del canone, presentandosi al cliente finale anche come operatore di accesso<sup>49</sup>. Nell'apportare modifiche al precedente sistema di determinazione dei prezzi dei servizi di accesso, la delibera n. 643/12/CONS veniva contestata in relazione al modello economico in concreto applicato dall'Agcom. In tale occasione, il Tar Lazio ha affermato che il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, nei termini sopra delineati, non può spingersi sino a superare il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, potendo quindi il giudice amministrativo censurare la sola valutazione che si pone al di fuori dell'ambito di opinabilità. Tuttavia, *“laddove residuino margini di opinabilità in relazione a concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può sostituirsi alla valutazione che spetta all'Autorità, se questa sia attendibile, secondo la scienza economica, immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, o da violazioni di legge”*.

---

44 Cons. Stato, Sez. III, 28 marzo 2013, n. 1837, cit.

45 I medesimi principi vengono affermati dal Consiglio di Stato, Sez. III, 25 marzo 2013, n.1645 e dal Consiglio di Stato, Sez. III, 2 aprile 2013, n.1856, che hanno parzialmente annullato le delibere nn. 731/09/CONS e 578/10/CONS con riferimento ad alcune previsioni concernenti i prezzi dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa di Telecom Italia. Si noti che è stato poi avviato un procedimento istruttorio volto ad ottemperare a tali sentenze.

46 Tar Lazio, Roma, Sez. I, 22 gennaio 2014, n. 767, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

47 Con la delibera 578/10/CONS l'Agcom ha definito i prezzi dei servizi di accesso alla rete in rame di Telecom Italia per il triennio 2010-2012.

48 Come chiarisce la stessa Agcom in <http://www.agcom.it/servizi-wholesale-line-rental>.

49 Il WLR permette all'operatore alternativo di superare quel sistema che, precedentemente, gli consentiva di poter fornire solo il traffico telefonico al proprio cliente, con conseguente doppia fatturazione, per il canone di accesso (da parte di Telecom Italia) e per il traffico telefonico (da parte dell'operatore interconnesso).

Nello stesso senso si è espresso ancor più di recente il Tar Lazio<sup>50</sup>, relativamente all'impugnazione della delibera n. 71/09/CIR, con la quale veniva approvata dalla Commissione per le Infrastrutture e le Reti dell'Agcom l'Offerta di Riferimento di Telecom Italia per l'anno 2009 relativa ai servizi bitstream. In quanto operatore avente significativo potere di mercato, Telecom Italia è, invero, destinataria di una serie di obblighi regolamentari, tra cui quello, ex art. 47 d.lgs. n. 259/2003, di pubblicare, con validità annuale, l'Offerta di riferimento per l'anno successivo in relazione ai servizi di interconnessione e di accesso, alla quale Agcom può apportare modifiche con provvedimento motivato. Tra le varie censure mosse alla suddetta delibera veniva contestata la quantificazione dei costi sottostanti proponendo una diversa ricostruzione degli stessi. Al riguardo il giudice amministrativo ha rilevato l'inammissibilità di tale motivo di impugnazione in quanto diretto a sollecitare lo scrutinio da parte del giudice dell'operazione di calcolo effettuata dall'Agcom al fine di sostituirla con una diversa ricostruzione proposta dal ricorrente, operazione non consentita in quanto invasiva dell'ambito di discrezionalità tecnica riservato all'amministrazione, come pacificamente affermato dalla giurisprudenza.

## 6. Oneri procedurali ed estensione dei poteri sanzionatori

L'importanza delle consultazioni pubbliche emerge, da ultimo, in tutta la sua forza nella procedura di *notice and comment* indetta in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 (delibera n. 452/13/CONS).

Tale delibera è finalizzata a fornire strumenti di rapido intervento nei confronti dei fenomeni massivi di violazioni del diritto d'autore online, prevedendo un potere di intervento dell'Autorità nei confronti di tali violazioni che si propone come alternativo, e non sostitutivo, rispetto a quello dell'autorità giudiziaria, essendo prevista l'archiviazione del procedimento amministrativo laddove una delle parti adisca l'autorità giudiziaria<sup>51</sup>. Molto incisivo è, in particolare, il potere sanzionatorio previsto, definito "*Notice and take down*", di derivazione statunitense, che prevede la possibilità per l'Autorità di adottare un ordine di rimozione a seguito della segnalazione di una violazione del copyright, indirizzata dal titolare del diritto al gestore del sito o al fornitore del servizio media audiovisivo che, dopo aver contattato il soggetto che ha caricato il contenuto in oggetto, non lo abbia ancora rimosso in un termine breve dalla ricezione della richiesta<sup>52</sup>.

La delibera è entrata in vigore il 31 marzo 2014 a seguito di tre diverse procedure di consultazione pubblica. Nella prima<sup>53</sup> è stato sottoposto alle osser-

---

<sup>50</sup> Tar Lazio, Roma, Sez. I, 14 aprile 2014, n. 4032, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Si noti che l'impostazione riportata è condivisa anche dalle Sezioni Unite che l'hanno ribadita in una recente sentenza, relativa, tuttavia al sindacato giurisdizionale su un provvedimento di un'altra Autorità indipendente (l'Agcm): si veda Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

<sup>51</sup> Si veda la parte in considerando della delibera n. 452/13/CONS.

<sup>52</sup> A. PIROZZOLI, *L'iniziativa dell'Agcom sul diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica*, in *Rivista AIC*, 2/2011, 6.

<sup>53</sup> Indetta con delibera 17 dicembre 2010, n. 668/10/CONS, sui "Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica".

vazioni un documento nel quale si individuavano gli elementi essenziali dello schema di provvedimento relativo all'esercizio delle competenze dell'Agcom in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica<sup>54</sup>. La seconda consultazione<sup>55</sup> sottoponeva ad esame un vero e proprio schema di provvedimento in materia ed, infine, si ebbe una terza consultazione<sup>56</sup> relativa all'ultimo schema di provvedimento, integrato in base all'ultima consultazione effettuata<sup>57</sup>. Nel corso delle consultazioni emergeva come problematico il fondamento giuridico dei poteri sanzionatori dell'Agcom, come accennato, particolarmente incisivi.

Il testo definitivo della delibera, nonostante le lunghe consultazioni che hanno condotto alla sua adozione, lascia ancora perplessità, soprattutto dal punto di vista dell'ammissibilità di un potere sanzionatorio in mancanza di una adeguata previsione normativa che lo attribuisca all'Autorità. Per l'annullamento della delibera è stato, invero, proposto da varie associazioni dei consumatori un ricorso al Tar nonché un ricorso straordinario al Capo dello Stato, tutt'ora in attesa di essere definiti. Il Tar Lazio, in particolare, ha sospeso il giudizio con un'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale<sup>58</sup> in quanto ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, e degli artt. 14, comma 3; 15, comma 2 e 16, comma 3, del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, nonché del comma 3 dell'art. 32 *bis* del testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici approvato con d.lgs. n. 117 del 2005, come introdotto dall'art. 6 del d.lgs. n. 44/2010, sulla cui base è stata adottata la impugnata "Delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013". È stata sostenuta *"la violazione dei principi di riserva di legge e di tutela giurisdizionale in relazione all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e di iniziativa economica, sanciti dagli articoli 2, 21, 1 comma, 24 e 41 della Costituzione, nonché la violazione dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità nell'esercizio della discrezionalità legislativa e la violazione del principio del giudice naturale, in relazione alla mancata previsione di garanzie e di tutele giurisdizionali per l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero sulla*

---

54 Come è stato osservato da M. CAPPELLO, *Gli interventi dell'AGCOM in materia di diritto d'autore e contenuti digitali*, relazione tenuta nel corso del Convegno "Strumenti per il diritto d'autore su Internet", promosso dall'Istituto per lo Studio dell'Innovazione, Roma, 23 maggio 2011, disponibile in versione audio su [www.isimm.it](http://www.isimm.it), si tratta di una consultazione atipica perché non riguarda un testo di articolato, bensì i lineamenti di un provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità.

55 Relativa alla delibera n. 398/11/CONS recante "Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica".

56 Con delibera n. 452/13/CONS.

57 Oltre ai contributi pervenuti in sede di consultazione, l'Autorità ha tenuto conto di quanto emerso dalle audizioni parlamentari, dalle interlocuzioni intercorse con la Commissione europea e dai lavori del workshop *"Il diritto d'autore online: modelli a confronto"*, organizzato dall'Autorità in data 24 maggio 2013. Dal canto suo, la Commissione europea ha indetto due consultazioni pubbliche nel corso del 2012, la prima avente ad oggetto *"A clean and open Internet: Public consultation on procedures for notifying and acting on illegal content hosted by online intermediaries"*, conclusasi nel settembre del 2012, e la seconda (per cui il termine per la presentazione dei contributi è scaduto il 30 marzo 2013), relativa a *"Civil enforcement of intellectual property rights: public consultation on the efficiency of proceedings and accessibility of measures"*. Si veda G. COZZOLINO, *La tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: brevi note sullo schema di regolamento di cui alla delibera n. 398/11/CONS dell'Agcom*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it).

58 Tar Lazio, Roma, ordinanza 26 settembre 2014 n. 10020, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

*rete almeno equivalenti a quelle sancite per la stampa, con la conseguente violazione degli articoli 21, commi 2 e seguenti, 24 e 25, comma 1, della Costituzione”.*

Secondo le ricorrenti, invero, l'Agcom non ha il potere di disciplinare interventi repressivi amministrativi in una materia che la legge, e prima ancora la Costituzione ed il diritto europeo, riservano alla cognizione del giudice a tutela delle libertà di espressione del pensiero e di concorrenza economica.

Il Tar, in particolare, ha ritenuto discutibile la competenza dell'Autorità a reprimere le violazioni del diritto d'autore perpetrate sulle reti di comunicazione elettronica, in quanto la base normativa di tale potere amministrativo repressivo non prevede una ponderazione ed un bilanciamento fra interessi costituzionalmente protetti, risultando la norma, al contrario, imperniata solo sulla necessità di adeguatezza e tempestività dell'intervento. Il giudice amministrativo ha inquadrato, invero, il diritto d'autore, come possibile specifica espressione del diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost., che deve essere dunque bilanciato con i diritti fondamentali previsti in Costituzione quali il diritto alla libera informazione del gestore del sito web, dell'internet provider e del fornitore di servizi media audiovisivi; il diritto di accesso di ogni persona alla libera informazione in rete; il diritto degli operatori economici a svolgere la propria attività sulla rete; il diritto alla segretezza della comunicazione intersoggettiva e così via.

In particolare, trattandosi di un diritto di natura economica, comunque suscettibile di ristoro patrimoniale in sede risarcitoria, il diritto d'autore sarebbe destinato ad essere sacrificato in caso di conflitto con i diritti fondamentali di diffusione e di comunicazione sopraindicati, mentre nelle norme in discussione la rimozione dei contenuti illeciti sembra poter ledere tali libertà fondamentali.

Il Tar rimette dunque alla Corte Costituzionale la valutazione delle norme in discussione, chiedendole di chiarire se la Costituzione non ponga un limite "intrinseco" alla discrezionalità del legislatore, imponendogli di adottare discipline "ragionevolmente efficaci e bilanciate", di tutela del diritto inviolabile di manifestazione del pensiero (ovvero di informare e di essere informati) rispetto agli altri diritti fondamentali potenzialmente configgenti (privacy, proprietà intellettuale ...).