

specie enucleate dalla pratica applicazione del quadro normativo e regolamentare, il che ha comportato la necessità, in sede di definizione delle controversie, di un costante ricorso all'applicazione analogica, con risultati non sempre soddisfacenti.

A ben vedere, infatti, gli operatori, nelle proprie condizioni contrattuali, hanno limitato l'individuazione di misure di indennizzo ad alcune fattispecie principali (ad es. sospensione ingiustificata del servizio o ritardo nella attivazione della linea o nella riparazione dei guasti), lasciando scoperte numerose ipotesi di violazione degli obblighi contrattuali, per le quali, sebbene meno gravi, in assenza di apposita previsione si è reso necessario applicare gli stessi importi stabiliti per quelle di cui sopra.

Gli articoli del Regolamento, pertanto, individuano sulla base delle disposizioni di cui al Capo IV del Codice ovvero della delibera 179/03/CSP alcune fattispecie di disservizio indennizzabili, quantificando i relativi importi minimi unitari, sintetizzabili nella seguente tabella:

Tabella 3.48. *Fattispecie di disservizio indennizzabili*

Articolo	Fattispecie	Indennizzo
3	omessa o ritardata attivazione del servizio	euro 7,50 per ogni giorno di ritardo; 2,00 per cambio operatore senza interruzione; per servizi accessori $\frac{1}{2}$ del canone specifico o 1 euro, massimo euro 300,00
4	sospensione o cessazione del servizio	euro 7,50 per ogni giorno di sospensione; per servizi accessori $\frac{1}{2}$ del canone specifico o 1 euro
5	malfunzionamento del servizio	euro 5,00 per ogni giorno di interruzione
6	omessa o ritardata portabilità del numero	euro 5,00 per ogni giorno di ritardo; 2,5 per utenze mobili
7	attivazione o disattivazione non richiesta della prestazione di <i>carrier selection</i> o <i>carrier pre-selection</i>	euro 2,50 per ogni giorno di attivazione o disattivazione
8	attivazione di servizi o profili tariffari non richiesti	euro 5,00 per ogni giorno di attivazione, euro 1,00 per servizi accessori o profili tariffari
9	perdita della numerazione per causa imputabile all'operatore	euro 100,00 per ogni anno di precedente utilizzo del numero, massimo euro 1.000
10	omessa o errata indicazione negli elenchi telefonici pubblici	euro 200,00 per ogni anno di disservizio
11	mancata o ritardata risposta ai reclami	euro 1,00 per ogni giorno di ritardo, massimo 300,00-

Fonte: Autorità

L'elemento innovativo della delibera n. 73/11/CONS, tuttavia, non si esaurisce nell'individuazione dei criteri di parametrizzazione delle misure di indennizzo minime applicabili in sede di risoluzione delle controversie, bensì incide anche sui singoli rapporti contrattuali tra le parti, antecedenti l'avvio della fase contenziosa, prevedendo ipotesi di automatismo per il riconoscimento da parte degli operatori degli indennizzi previsti dalle singole Carte dei servizi.

In applicazione del disposto dell'articolo 2, comma 12, lett. g) della legge 481/95, infatti, la delibera summenzionata individua alcune fattispecie per le quali l'indennizzo debba avvenire in maniera automatica, e quindi a prescindere da un'apposita richiesta da parte dell'interessato. Si tratta, in sostanza, dei casi di omessa o ritardata attivazione del servizio, sospensione o cessazione ingiustificata del servizio e omessa o ritardata portabilità del numero, per i quali, per l'appunto, l'indennizzo dovrà essere corrisposto tramite accredito entro un periodo prestabilito.

3.30. Le indagini conoscitive

Il Libro bianco sul rapporto tra media e minori

Il progetto concernente uno studio interdisciplinare finalizzato alla redazione del Libro bianco sul rapporto tra *media* e minori si pone l'obiettivo principale di studiare i rapporti di reciproca influenza esistenti tra i minori e i messaggi e i contenuti audiovisivi con i quali gli stessi entrano quotidianamente in relazione. Per la realizzazione dello studio, ormai giunto alle battute conclusive, l'Autorità si è organizzata in gruppi di lavoro, si è avvalsa di centri di ricerca di eccellenza e ha provveduto a svolgere audizioni con soggetti interessati ed esperti del settore.

Il progetto è articolato in quattro aree di ricerca volte a analizzare il fenomeno da una pluralità di punti di vista, in coerenza con un'impostazione rigorosamente interdisciplinare e, in particolare:

a) Review sistematica - Questa parte dello studio ha implicato l'analisi e la sintesi della letteratura scientifica nazionale e internazionale sul tema relativo al rapporto tra minori e *media*, con riferimento agli studi sugli effetti, al consumo quantitativo di *media*, agli aspetti contestuali e qualitativi della fruizione. La *Review* è orientata all'adozione di un approccio globalizzante volto a sfuggire a letture semplicistiche e riduzionistiche e a render conto della complessità dell'oggetto di studio;

b) Analisi dell'offerta televisiva - Lo studio dell'offerta televisiva si è posto l'obiettivo di delineare le linee evolutive attraversate negli ultimi anni dall'offerta televisiva nella fascia oraria cosiddetta "televisione per tutti" (7-22,30) e nella fascia oraria specificamente destinata ai minori (16,00-19,00). Particolare oggetto di analisi sono la struttura e i contenuti di campioni di palinsesti televisivi anche nell'intento di individuare programmi innovativi, quelli di maggior *appeal* per un pubblico minorile e quelli che presentano criticità in un'ottica di tutela dello sviluppo dei minori;

c) Fruizione dei contenuti audiovisivi da parte di minori - Questa sezione dello studio ha comportato la realizzazione di interviste a genitori di un campione rappresentativo della popolazione italiana di minori tra i 4 e i 17 anni e a un sotto gruppo di adolescenti tra i 15 e i 17 anni. Ha analizzato il fenomeno della fruizione dei contenuti audiovisivi ponendosi l'obiettivo di rilevare i comportamenti di fruizione dei programmi televisivi da parte dei minori e il ruolo svolto dai genitori rispetto alla visione degli stessi e le opinioni di adolescenti e dei genitori sulla programmazione televisiva e sui suoi eventuali effetti. Si è posta altresì l'obiettivo di valutare le misure attualmente poste a tutela dei minori anche ai fini dell'individuazione di possibili ulteriori linee di azione regolamentare dell'Autorità;

d) Uso dei nuovi media - L'evoluzione tecnologica ha ridefinito l'assetto del sistema mediale comportando sia un significativo ampliamento dell'offerta mediale sia l'introduzione di nuove modalità di fruizione che vedono i minori quali protagonisti di processi di cambiamento che stanno investendo l'intera società. Quest'area di indagine ha focalizzato l'attenzione sui nuovi *media* raccogliendo dati e informazioni sulle scelte di consumo dei minori in relazione a canali digitali terrestri, satellitari e via cavo, mezzi e tecnologie già ampiamente in uso, quali videogiochi e *Internet*, mezzi e tecnologie di "nuova generazione" quali la cosiddetta *enhanced tv*: IPTV, PVR, VOD, *mobile-tv*, *web-tv* ed editoria elettronica.

Il Libro bianco sui contenuti

Partendo dall'assunto che la società dell'informazione si sta trasformando in società dell'immateriale e che si sta assistendo sia ad un ri-posizionamento dei *media* tradizionali all'interno di questo nuovo scenario, sia alla rinegoziazione del rapporto tra industrie e consumatori, l'Autorità ha da poco concluso un'indagine conoscitiva con l'approvazione del Libro bianco sui contenuti.

L'innovazione tecnologica portata dal digitale ha infatti messo in crisi l'assetto classico dei *media* e internet funge ora da fattore dinamico di accelerazione di quel processo di integrazione tra reti e contenuti che prende il nome di convergenza, che permette al contenuto di affrancarsi dal supporto fisico in modo da assumere una propria autonomia e centralità, diventando, così, il motore del cambiamento, accessibile in forme e dimensioni mai conosciute prima e su una molteplicità di *device* e di piattaforme.

Oggi quasi nessun *medium* aderisce ad una sola piattaforma tecnologica, ciascuna tecnologia ospita più *media* e il consumatore è parte attiva nella catena del valore, sino a diventare egli stesso un produttore di contenuti (*user generated content*). Il vero fattore critico diventa ora la disponibilità dei contenuti e assumono un ruolo sempre più centrale i produttori e i titolari dei diritti, ai quali si affianca la nuova figura dell'aggregatore (come ad esempio Google, Yahoo, Amazon), attore del tutto nuovo all'interno del mercato. Il risultato è una nuova articolazione dei processi di produzione, di circolazione e di nuove modalità di fruizione dei contenuti in ambiente digitale, tra cui il *video-on-demand* (VOD), la *catch-up tv*, l'*Internet Protocol Television* (IPTV) o la *web tv*, perfettamente riassunte dal paradigma "*anywhere, anytime and on any device*".

Indubbiamente, il nuovo contesto di riferimento costituisce una sfida anche per il servizio pubblico che non solo deve confrontarsi con l'accelerazione e la moltiplicazione dell'offerta di nuove tecnologie e di nuovi servizi, ma, in qualità di garante per sua natura del pluralismo, esso gioca un ruolo di primo piano nelle problematiche di *cultural divide* ed ha una forte responsabilità circa la qualità e la diversificazione della programmazione.

Il moltiplicarsi dei prodotti offerti, nonché delle modalità di fruizione e di distribuzione dei contenuti aumenta anche le possibilità dei consumatori di accedere all'informazione e alla conoscenza, amplia i mercati per l'industria e, contemporaneamente, solleva una serie di problematiche tra loro collegate, quali in primo luogo la tutela e della gestione dei diritti digitali, la disponibilità di infrastrutture di rete a banda larga, la tutela della *privacy* e la tutela dei minori.

Il Libro bianco ripercorre e offre un'analisi critica di questo processo di trasformazione in atto nel sistema della comunicazione, affrontando sistematicamente aspetti concernenti la struttura del mercato e la relativa catena del valore, i possibili sviluppi della domanda e dell'offerta, la competizione fra le differenti piattaforme, l'impatto in termini di concorrenza, la neutralità del mezzo di diffusione e la gestione dei diritti di esclusiva. Senza tralasciare i diritti fondamentali del cittadino, quali ad esempio la tutela del pluralismo e dei minori.

L'indagine è frutto di un lavoro di raccolta, analisi ed elaborazione iniziato nel novembre del 2008, che ha visto coinvolte tre Direzioni dell'Autorità: la Direzione contenuti audiovisivi e multimediali, che ha svolto anche un ruolo di raccordo di tutta l'attività, la Direzione studi, ricerca e formazione e la Direzione analisi dei mercati, concorrenza e assetti. Per realizzarlo sono stati ascoltati oltre 50 operatori in Italia, esperti e responsabili di importanti procedimenti della Commissione europea, della Compe-

tition Commission UK e di OFCOM, intervistati a Bruxelles e Londra, e alcuni dei maggiori *player* internazionali (MPA, BBC), nonché organizzati *workshop* tematici con esperti del settore. Sono stati altresì coinvolti Università e primari Centri di Ricerca.

La riflessione che nasce dall'indagine abbraccia gli elementi chiave di una possibile regolamentazione dei contenuti, dalla tutela e gestione dei diritti digitali, alla disponibilità di infrastrutture di rete a banda larga, alla tutela della *privacy* e dei minori, da svilupparsi nel rispetto di due principi fondamentali: la neutralità tecnologica e la neutralità della rete.

Indagine conoscitiva sul settore della raccolta pubblicitaria

L'Autorità, con la delibera n. 402/10/CONS, ha avviato un'indagine conoscitiva avente ad oggetto il settore della raccolta pubblicitaria sui mezzi di comunicazione sia tradizionali, quali la televisione, la radio, l'editoria quotidiana e periodica, sia innovativi (internet in particolare). Con la delibera n. 22/11/CONS, il termine di conclusione dell'indagine conoscitiva, originariamente stabilito a centottanta giorni dalla data di pubblicazione della delibera di avvio nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana, è stato prorogato di centoventi giorni.

In seguito all'avvio del procedimento, è iniziata una complessa attività di analisi del comparto pubblicitario che ha previsto, fra l'altro, l'invio di articolate richieste di informazioni ai principali operatori del mercato volte, con riferimento alle attività non oggetto di specifico monitoraggio da parte dell'Autorità, al reperimento di informazioni qualitative e quantitative sui servizi prestati, sull'articolazione societaria e sulle attività tipiche del comparto pubblicitario; mentre, con riferimento ai comparti oggetto di specifici poteri di regolazione e controllo da parte dell'Autorità, si è proceduto ad integrare, aggiornare e dettagliare i dati economici già a disposizione della stessa attraverso il *database* della Informativa economica di sistema (cfr. par. 3.7). Inoltre, nell'intento di operare un approfondimento di natura internazionale del comparto pubblicitario (*international benchmarking*), è stato inviato un apposito questionario alle autorità di regolazione e concorrenza dei principali paesi europei.

Nell'ottica di consentire l'ampia partecipazione alle attività di indagine da parte di tutti gli operatori interessati, nonché di acquisire i diversi punti di vista, opinioni e posizioni del mercato sono state sentite in audizione le principali associazioni di categoria rappresentative della domanda, dell'offerta e dell'intermediazione pubblicitaria, nonché i maggiori operatori attivi nell'offerta di pubblicità e nei servizi di intermediazione sulla raccolta pubblicitaria.

Le audizioni, le richieste di informazioni e l'acquisizione di ulteriori dati e studi di mercato sono funzionali ad una rigorosa analisi del settore pubblicitario che si propone di esaminare gli effetti sulle dinamiche di mercato derivanti dai processi di evoluzione tecnologica e normativa, e di analizzare, nel dettaglio, le relazioni tra i diversi agenti economici, nonché l'andamento, le modificazioni intervenute, e le eventuali criticità nei mercati della filiera pubblicitaria.

Questa iniziale fase di studio ha permesso di constatare la recente evoluzione del comparto pubblicitario e, in particolare, l'affermazione su internet di nuove tecnologie di trasmissione e consultazione, nuovi mercati digitali e nuovi operatori (cd. *over-the-top*) che hanno comportato una modifica degli assetti di mercato e delle dinamiche concorrenziali dei mercati pubblicitari.

Allo stesso modo tenuto, si è potuta constatare l'opportunità di svolgere un'analisi approfondita sul comparto delle attività di *marketing* e di comunicazione di relazione (cd. settore del *below-the-line*), ancora non oggetto di una puntuale osservazione e di una corretta individuazione dei relativi servizi.

Con la delibera n. 186/11/CONS l'Autorità ha, pertanto, esteso il perimetro dell'indagine conoscitiva ai servizi di comunicazione commerciale del *below-the-line* e richiesto un approfondimento dei mutamenti di mercato e concorrenziali indotti dai processi di innovazione che stanno interessando il settore pubblicitario, disponendo una proroga del termine per la chiusura dell'indagine conoscitiva di ulteriori duecento-settanta giorni, ai fini dell'espletamento dei connessi adempimenti.

L'indagine conoscitiva sui servizi VoIP e peer-to-peer su rete mobile

Con la delibera n. 649/09/CONS, l'Autorità ha avviato l'indagine conoscitiva avente ad oggetto "Garanzie dei consumatori e tutela della concorrenza con riferimento ai servizi VoIP ed al traffico *peer-to-peer* da rete mobile" allo scopo di analizzare i profili tecnici, economici e giuridici che caratterizzano la fornitura dei servizi dati in mobilità, con specifico riguardo al VoIP e al *peer-to-peer*, e valutare se le strategie messe in atto da alcuni operatori mobili, di limitazione dei servizi in esame, siano compatibili con il quadro regolamentare vigente. Attraverso tale indagine, sviluppata congiuntamente dalla Direzione studi ricerca e formazione e la Direzione tutela dei consumatori, sono state in particolare esaminate le molteplici tematiche relative all'utilizzo di servizi VoIP e *peer-to-peer* (p2p) su rete mobile e alla diffusione dei servizi dati in mobilità. Nel gennaio 2011 è stata presentata la relazione conclusiva dell'indagine conoscitiva, approvata con delibera n. 39/11/CONS. Dalla relazione finale sono emerse diverse questioni relative al *traffic management* su rete mobile, alla tutela dei consumatori e della concorrenza nei mercati interessati dall'indagine.

In particolare, l'indagine prende le mosse da un'analisi di scenario che mostra come il settore dei servizi di comunicazione mobile e personali sia caratterizzato, in Italia come in Europa, da un certo grado di concorrenzialità e capacità di innovazione e rinnovamento da parte degli operatori. Nell'attuale contesto di mercato, la diffusione di servizi e applicazioni sulle reti mobili, quali mobile VoIP e p2p, presenta infatti diversi profili di interesse per l'attività dell'Autorità, anche in ragione delle specificità tecniche proprie dei servizi in questione. Per esempio, la specifica tecnologia utilizzata per il mobile VoIP e la circostanza che il servizio in questione possa essere erogato sia da imprese indipendenti specializzate nella fornitura di servizi dati sia direttamente dagli ISP evidenziano la questione della riconducibilità delle distinte modalità di fornitura c.d. *unmanaged* e *managed* alla distinzione tra il concetto di fornitura del servizio e fornitura di accesso alla rete. In relazione al mobile p2p si pongono questioni analoghe in rapporto alla distinzione tra servizi *managed* e *unmanaged* a seconda dell'esistenza o meno di accordi tra ISP e *content provider*, nonché problemi non secondari ai fini della gestione delle reti per l'elevato consumo di banda che questi comportano. In tale scenario, la diffusione dei servizi VoIP e p2p coinvolge questioni attinenti alla distribuzione del reddito, ossia la ripartizione delle risorse tra i player del settore, e la produzione del reddito, ossia l'efficienza del sistema. Strettamente connesse sono altresì le questioni inerenti alla promozione dell'innovazione e agli incentivi ad investire, in contenuti e in infrastrutture.

In effetti, anche da un punto di vista più generale, le questioni tecnologiche poste dallo sviluppo di nuovi servizi dati su rete mobile riguardano la necessità di attivare pratiche di gestione del traffico per finalità di maggiore razionalizzazione dell'uso delle risorse, garanzia dell'integrità delle reti e prevenzione dei rischi di congestione del traffico, conseguimento di adeguati livelli di Quality of Service (QoS) dei servizi e delle applicazioni erogate. Sul piano economico, le diverse forme di gestione del traffico permettono la fornitura di nuovi servizi o di servizi già commercializzati all'utente finale, ma con rinnovate funzionalità e qualità. Non possono d'altra parte trascurarsi le possibili ripercussioni sulle modalità di consumo da parte degli utenti finali e i potenziali effetti anticompetitivi della gestione del traffico, soprattutto ove queste si fondano su una discriminazione delle fonti di dati.

Sugli aspetti connessi ai possibili rischi derivanti dal *traffic management*, l'indagine conoscitiva opera una prima ricognizione del diritto vigente, soffermandosi su principi e strumenti a garanzia dell'accesso a una rete aperta e neutrale. In particolare, si evidenzia come un eventuale intervento regolamentare possa concretarsi in disposizioni *erga omnes* volte a garantire la tutela dei consumatori, nonché in misure specifiche e individuali adottate a tutela della concorrenza, in presenza di una o più imprese con significativo potere di mercato (c.d. regime SMP) o delle condizioni che giustifichino una regolamentazione *ex ante* dell'accesso e dell'interconnessione. A queste modalità di intervento deve aggiungersi l'adozione di rimedi prevista attraverso il ricorso a forme di risoluzione alternativa delle controversie tra operatori o tra operatori e utenti, o in applicazione della normativa antitrust.

Infine, si rileva che, in considerazione dell'ampiezza e della complessità delle tematiche analizzate con l'indagine conoscitiva sul VoIP, l'Autorità, con la delibera 39/2011/CONS, ha stabilito che il documento finale sia sottoposto a consultazione pubblica – in corso di svolgimento – al fine di acquisire ulteriori valutazioni e informazioni dagli *stakeholder*, il cui contributo si ritiene indispensabile al fine di una approfondita analisi delle nuove logiche, tecniche e pratiche commerciali, che governano il mercato delle comunicazioni mobili e personali e la diffusione di nuovi servizi e applicazioni.

Consultazione pubblica sulla neutralità della rete

Le problematiche evidenziate nell'indagine sul VoIP risultano ampiamente discusse a livello internazionale, in quanto attinenti a un più ampio dibattito sulla *net neutrality* (di cui si è dato conto nel par. 1.6) e della *net freedom*, vale a dire, sinteticamente, la facoltà degli utenti di accedere a ogni indirizzo IP pubblico e il mantenimento di internet come rete aperta (fondata sul principio c.d. di *best effort*) dove l'utente, una volta acquisita la connessione dati, è libero di fruire dei contenuti disponibili *online*, ove l'accesso a tali contenuti non integri un comportamento illecito in virtù di norme imperative poste a tutela di altri valori (per esempio, *privacy*, minori, *copyright*). In considerazione dell'ampiezza e della portata generale dei temi afferenti il principio della neutralità della rete e delle sue diverse modalità di declinazione, l'Autorità ha quindi inteso avviare – anche sulla base delle evidenze emerse nel corso dei lavori inerenti all'indagine conoscitiva inerente alle "Garanzie dei consumatori e tutela della concorrenza con riferimento ai servizi VoIP ed al traffico *peer-to-peer* da rete mobile" – uno specifico approfondimento sulla *net neutrality*, con lo scopo di promuovere il dibattito in materia e di acquisire ulteriori valutazioni e informazioni dagli *stakeholder* in merito alle nuove logiche, tecniche e commerciali, che governano le comunicazioni elettroniche.

che, nonché in merito alle pratiche di gestione del traffico che impattano sul principio della neutralità della rete e, potenzialmente, sull'assetto concorrenziale del settore, sulle garanzie a tutela dei consumatori e, più in generale, sulle eventuali future azioni regolamentari.

In particolare, con la delibera n. 40/2011/CONS è stata avviata una consultazione pubblica concernente il principio della neutralità della rete e delle relative modalità di attuazione nel nuovo scenario di mercato, determinato dalle incessanti innovazioni tecnologiche e commerciali che contraddistinguono il settore delle comunicazioni elettroniche. A differenza della consultazione pubblica sull'indagine conoscitiva relativa ai servizi VoIP ed al traffico *peer-to-peer*, questa iniziativa è volta ad esplorare le tematiche relative alla fornitura dei servizi di comunicazione sia in mobilità sia da postazione fissa.

Più precisamente, tale iniziativa si muove nell'ambito del dibattito internazionale concernente il principio della neutralità della rete. Infatti, la Commissione ha in più occasioni riconosciuto che la neutralità della rete si avvia a diventare uno dei temi chiave della politica europea sull'economia digitale, in quanto le misure volte a garantire la possibilità di accedere liberamente ai contenuti veicolati in rete (in condizioni di sicurezza e legalità) assumono rilevanza non secondaria ai fini dei futuri sviluppi della società dell'informazione. Del resto, le problematiche connesse al tema della *net neutrality* sono state affrontate anche da numerose autorità di regolamentazione nazionali soprattutto l'indizione di conferenze e consultazioni pubbliche che hanno alimentato il dibattito internazionale ed europeo (per una ricognizione delle principali iniziative si rinvia al capitolo 1, box 7). Pertanto, l'Autorità ha deciso di avviare una consultazione del pubblico volta ad acquisire elementi informativi sulle principali questioni evidenziate dal dibattito sulla *net neutrality* in piena coerenza con le principali iniziative dei regolatori europei.

La consultazione pubblica indetta con la delibera n. 40/11/CONS – e attualmente in corso – pone in particolare una serie di quesiti relativi a tre ambiti di approfondimento.

In primo luogo, si richiedono elementi conoscitivi in relazione agli scenari tecnologici e di mercato. In questa prospettiva, i quesiti riguardano l'evoluzione del settore dei servizi dati, la trasformazione della struttura dei mercati, nonché l'impatto atteso sulle modalità di consumo dei servizi dati, con i relativi riflessi sui profili regolamentari.

Un ulteriore profilo di interesse riguarda il contenuto del principio di *net neutrality* e i possibili strumenti regolamentari da attivare a tutela dei diritti fondamentali riconosciuti agli utenti. In particolare, rilevano le garanzie dei consumatori e gli elementi rilevanti che contribuiscono alla piena conoscenza, da parte degli utenti, delle caratteristiche dei servizi dati. Specifico rilievo assumono peraltro le concrete modalità di informazione dei consumatori sulle condizioni tecniche ed economiche di fornitura dei servizi, al fine di garantire una piena trasparenza e comprensibilità delle stesse.

Tenendo conto dei diritti di operatori di reti e fornitori di servizi, la consultazione ha altresì previsto uno specifico ambito di indagine che riguarda l'analisi degli scenari competitivi, le problematiche emergenti sul piano dei rapporti tra gli attori della catena del valore in relazione agli elementi strutturali che contraddistinguono l'ecosistema della rete, le modalità di intervento considerate maggiormente rispondenti all'esigenza di una regolazione tecnologicamente neutrale e orientata al principio di proporzionalità.

Infine, la consultazione pubblica intende promuovere un'ampia riflessione su questione generali, lasciando emergere valori e interessi sottostanti al tema della *net neutrality*, con particolare riguardo alla dimensione sociale, politica e culturale nella società dell'informazione.

3.31. La tutela giurisdizionale in ambito nazionale

Dati statistici

Dal 1° maggio 2010 al 31 marzo 2011 sono stati depositati 154 ricorsi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio avverso provvedimenti dell’Autorità, dei quali 94 ricorsi in materia di audiovisivo, 43 in materia di telecomunicazioni, 7 in materia di parità di accesso ai mezzi di comunicazione di massa (c.d. *par condicio*), 5 in materia di organizzazione, 5 in materia di personale.

Dei 154 ricorsi depositati nel periodo di riferimento, 73 erano corredati da istanza cautelare. La discussione in sede cautelare ha avuto come esito il rigetto di 24 istanze cautelari, e l’accoglimento di sole 5 istanze; per 18 istanze si è in attesa di fissazione dell’udienza camerale; la trattazione delle rimanenti 26 istanze è stata rinviata alla disamina del merito.

Quanto ai ricorsi (sia depositati nel periodo di riferimento, che già pendenti) definiti nel merito dal TAR del Lazio nell’arco temporale suindicato, gli stessi ammontano complessivamente a 37, di cui 35 sono stati respinti e solo 2 sono stati accolti.

Con riferimento ai giudizi, invece, innanzi al Consiglio di Stato, sono stati proposti in appello 19 ricorsi, dei quali 8 in materia di audiovisivo, 8 in materia di telecomunicazioni, 2 in materia di organizzazione, e 1 in materia di diritti sportivi. Degli appelli in argomento 10 erano corredati da istanza cautelare, delle quali 7 sono state rigettate (con esito favorevole all’Autorità), mentre 1 è stata accolta; 1 è stata oggetto di rinuncia della parte privata ricorrente e 1 di rinuncia da parte dell’appellante Autorità.

Passando a dire dei ricorsi in appello comunque definiti nel merito nello specifico arco temporale 1° maggio 2010 – 31 marzo 2011, si segnala che essi ammontano complessivamente a 10, definiti come segue: 8 ricorsi respinti (con esito favorevole all’Autorità) e 2 accolti.

Merita attenzione anche il dato relativo ai ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica. Nel periodo di riferimento sono stati proposti nei confronti dell’Autorità 13 ricorsi straordinari: di essi, 11 sono stati oggetto di trasposizione innanzi al Tar Lazio e i rimanenti 2 risultano tuttora pendenti.

Con riferimento ai ricorsi straordinari già pendenti all’apertura del periodo in esame, sono intervenuti 3 decreti decisori: 1 di accoglimento e 2 di rigetto.

Gli indirizzi della giurisprudenza

Nel periodo di riferimento sono intervenute rilevanti decisioni, con le quali sono stati tracciati indirizzi giurisprudenziali di particolare rilievo nelle materie inerenti all’attività istituzionale dell’Autorità.

Radiotelevisione

Tutela dei minori

Con riferimento alla tutela dei minori nel settore radiotelevisivo il Giudice amministrativo, con la sentenza Tar Lazio del 25 maggio 2010, n. 13245, nel ribadire un

orientamento giurisprudenziale oramai consolidato, ha statuito che la *ratio* della disciplina di cui al Codice di Autoregolamentazione TV e Minori (paragrafi 3.1 e 4.4) è quella di garantire una protezione rafforzata in una fascia oraria, quale quella pomeridiana, in cui è elevata la presenza dei minori davanti al video, presumibilmente non supportata dalla presenza di un adulto. Ciò in ragione della minore capacità di giudizio e di discernimento dei minori, sia nei confronti dei messaggi pubblicitari, che nel riconoscere comunicazioni che potrebbero arrecare pregiudizio al loro equilibrio psichico e morale. A tal proposito, deve ritenersi che l'orario pomeridiano di messa in onda di immagini inadatte ad un pubblico di minori rende concreto il pericolo della lesione al loro sviluppo. Per questi motivi, il Giudicante ha rilevato che nella c.d. "fascia protetta" deve vigere in capo alle emittenti, le quali, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. q), del d.lgs. n. 177/2005, hanno la responsabilità editoriale nella composizione dei palinsesti dei programmi televisivi, un obbligo specifico di controllo sulla programmazione, consistente nell'adottare precise cautele volte ad evitare la messa in onda di programmi o pubblicità che per "impostazione o modelli proposti" possano nuocere allo sviluppo dei minori.

Pornografia

In tema di trasmissione radiotelevisiva di programmi pornografici il Giudice amministrativo, con le sentenze Tar Lazio n. 32811 del 14 ottobre 2010, n. 32735 del 9 ottobre 2010 e n. 11186 del 13 maggio 2010, ha statuito che il divieto sancito dall'art. 15, comma 10, della legge n. 223/1990, concernente (tra l'altro) i programmi che contengano scene pornografiche, anche se formalmente abrogato dal d.lgs. n. 177/2005, è stato contestualmente trasfuso nell'art. 4, comma 1, lettera b) di quest'ultimo, a sua volta sostanzialmente riproduttivo di quanto già previsto dall'art. 4, comma 1, lettera b), della legge n. 122/2004. Deve, pertanto, ritenersi che le abrogazioni disposte dal d.lgs. n. 177/2005 abbiano una valenza solo formale, essendo stati riprodotti nello stesso d.lgs. i precetti delle norme abrogate, nel rispetto dei principi vincolanti della delega di cui all'art. 16 della legge n. 112/2004, che ha affidato al Governo il compito di procedere ad una ricognizione compilativa delle norme vigenti, attraverso le integrazioni, modificazioni e abrogazioni necessarie al loro coordinamento o per assicurarne la migliore attuazione, nel rispetto della Costituzione, delle norme di diritto internazionale vigenti nell'ordinamento interno e degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea.

Nella stessa materia, sono intervenute altre sentenze (Tar Lazio, sez. III *ter*, n. 14896 del 2 giugno 2010, n. 13773 del 27 maggio 2010, nn. 13239 e 13248 del 25 maggio 2010, n. 11890 del 18 maggio 2010, nn. 11132 e 11134 del 13 maggio 2010), con le quali il Giudice ha confermato che l'art. 4, comma 1, lettera b), del decreto legislativo n. 177 del 2005 contiene un divieto di carattere assoluto rispetto alla trasmissione di programmi recanti scene pornografiche, e la messa in onda in orario notturno non fa venire meno né il carattere pornografico né l'operatività del divieto, avendo il legislatore scelto, mediante il divieto assoluto di trasmissione di programmi televisivi aventi contenuti vietati, di tutelare incondizionatamente valori e interessi ritenuti primari. Pertanto, le trasmissioni contenenti scene pornografiche non cessano di essere illecite per il solo fatto che esse avvengano al di fuori della fascia protetta o in tarda notte (in senso conforme a tale pronunciamento si vedano anche le sopra citate sentenze n. 32811 del 14 ottobre 2010, n. 32735 del 9 ottobre 2010 e n. 11186 del 13 maggio 2010). Il Giudicante ha, inoltre, rilevato che l'esibizione di corpi umani, recante l'ostentazione di nudità, priva del carattere della neutralità ma che si accompagna a

pose ed atteggiamenti richiamanti, in modo oltre che esplicito ed oggettivo, anche provocatorio, l'attività sessuale nonché la esplicita illustrazione di attività attinenti la sfera sessuale vale a configurare le trasmissioni come pornografiche e, pertanto, a far ritenere sussistente la violazione dell'art. 4, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 177/2005.

Con la sentenza Tar Lazio del 2 giugno 2010, n. 14896, il Giudice amministrativo ha, altresì, ritenuto non condivisibile la possibilità di trasmettere programmi recanti scene pornografiche nella fascia oraria compresa tra le ore 23.00 e le ore 07.00, in forza del disposto di cui all'art. 3, comma 4, della legge n. 203/1997, il quale fa salva la norma di cui all'art. 15, comma 10, della legge n. 223/1990 (trasfuso nell'art. 4 del d.lgs. n. 177/2005). Al riguardo, il Giudicante ha evidenziato che l'art. 3, comma 4, della legge n. 223/1995 ha una portata complementare rispetto a quella dell'attuale art. 4 del d.lgs. n. 177/2005, poiché le "immagini di sesso e di violenza" cui fa riferimento la prima disposizione si differenziano dai termini contenuti nell'art. 4 (relativo a "scene di violenza gratuita o pornografiche"), i quali invece risultano connotati da una valenza decisamente negativa. In altri termini, la complementarietà tra tali disposizioni va intesa nel senso che per i programmi che non infrangano il divieto assoluto di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 177/2005 e, tuttavia, rechino immagini di sesso o di violenza, la messa in onda deve avvenire nella fascia oraria compresa tra le ore 23,00 e le 07,00 e non può essere lasciata alla libera scelta dell'emittente. L'intento perseguito dalla legge n. 203/1995 è stato, cioè, quello di individuare un settore adiacente rispetto a quello disciplinato dall'art. 4 del d.lgs. n. 177/2005, al solo fine di sottoporlo ad una disciplina di tutela intermedia, ravvisando, quindi, una minore lesività che differenzia le immagini di sesso dalle immagini pornografiche. Alla luce di ciò, il Giudicante ha pertanto concluso nel senso che la riserva contenuta nell'art. 3, comma 4, della legge n. 203/1995 va intesa nel senso che le trasmissioni che contengano immagini di sesso è consentita tra le ore 23.00 e le ore 07.00, purché non siano tali da doverle considerare pornografiche, nel qual caso la loro trasmissione dovrà ritenersi vietata indipendentemente dall'orario.

Pubblicità

Con la sentenza 23 settembre 2010 n. 32428 il Tar del Lazio ha, anzitutto, evidenziato l'infondatezza della tesi secondo la quale la delibera n. 211/08/CSP (recante "Comunicazione interpretativa relativa a taluni aspetti della disciplina della pubblicità televisiva") avrebbe introdotto un nuovo vincolo rispetto a quanto disposto dall'art. 37 del d.lgs. n. 177/2005, limitando la possibilità di inserire pubblicità nei film articolati in due tempi, se programmati in modo indipendente, la cui durata complessiva sia compresa tra i novanta e i centodieci minuti. Con tale delibera, invero, è stato semplicemente chiarito che, in presenza di una determinata prassi (programmazione di opere audiovisive e lungometraggi cinematografici per parti separate e indipendenti con inserimento tra esse di inserti pubblicitari esclusi dal computo del numero delle interruzioni ammesse), debbano essere applicati i criteri di computo delle interruzioni pubblicitarie nel numero consentito in coerenza con la originaria scelta di programmazione, ossia in relazione ad ogni singola parte, in modo da evitare che, attraverso l'escamotage del frazionamento di una stessa trasmissione in due distinte parti, venga meno il rispetto del numero massimo di interruzioni consentite all'interno di una programmazione, pacificamente vigente nell'ordinamento.

Dipoi, il Giudice amministrativo ha rilevato che l'Autorità, nell'enucleare quale condizione di utilizzabilità della sovrapposizione animata (cd. *Inlogo*) il rispetto delle

cautele indicate nella Comunicazione della Commissione europea 102/02/2004, ha legittimamente colmato una lacuna legislativa, rinvenendo una disciplina applicabile in via analogica, quella del cd. "schermo diviso o ripartito", dal cui rispetto dipende la concreta utilizzabilità di tale nuova forma di pubblicità. Deve, pertanto, ritenersi legittima l'analogia tra *Inlogo* e "schermo diviso", in quanto in entrambi i casi si ha un'interruzione parziale e di diversa intensità della trasmissione televisiva, tenuto anche conto che la disciplina sulla pubblicità induce a ricondurre il messaggio di contenuto pubblicitario, in qualunque forma realizzato, alla disciplina sugli spot televisivi, anche quando non si sostituisca, ma si sovrapponga al programma televisivo.

Con la medesima pronuncia il Giudice amministrativo ha, inoltre, statuito che la normativa comunitaria e nazionale è orientata, pure nel rispetto della libertà di impresa, alla prioritaria tutela del consumatore rispetto alla diffusione indiscriminata di forme pubblicitarie: l'espressione di tali principi, rinvenibili nell'art. 11 della direttiva 89/552/CEE e negli artt. 37 ss. del d.lgs. n. 177/2005, va necessariamente calibrata con le competenze proprie dell'Autorità, in modo che la velocità di diffusione di innovazioni tecnologiche anche in tale campo non precluda quella pienezza di effettività delle garanzie indicate in via di principio dal legislatore comunitario. Deve, pertanto, ritenersi legittima l'adozione della delibera n. 211/08/CSP, atteso che la normativa relativa all'Autorità non disciplina tanto l'esercizio di poteri, ma assegna alla stessa particolari compiti, nello svolgimento dei quali le concrete esplicazioni delle competenze possono presentare fungibilità di forme e diversa accentuazione dei vari profili funzionali, in ragione del carattere complesso di un'attività solo in parte riconducibile alle categorie di consolidata classificazione.

Sanzioni

Numerose pronunce hanno definito gli aspetti procedurali correlati alla potestà sanzionatoria del regolatore.

Da un lato, è stato più volte affermato che i termini previsti per i procedimenti sanzionatori sono collegati alla conclusione della fase di accertamento e non alla data di commissione della violazione. Si tratta di un orientamento pacifico, che trova la sua ragione nel fatto che l'Autorità è chiamata ad una complessa valutazione in ordine agli elementi soggettivi ed oggettivi del fatto, "onde riscontrare la sussistenza della infrazione e acquisire piena conoscenza della condotta illecita, si da valutarne l'esatta consistenza agli effetti della formulazione della contestazione" (Tar Lazio, sez. III-ter: 23 settembre 2010, n. 32405, 32406 e 32408; 7 ottobre 2010, n. 32735; 14 ottobre 2010, n. 32811). In questo modo, viene costituito un doppio filtro, che consente all'Agcom di svolgere accertamenti istruttori propedeutici all'avvio del vero e proprio procedimento sanzionatorio. Ciò risponde all'esigenza di evitare che qualsiasi segnalazione – anche quando non appaia fondata e, pertanto, destinata a concludersi con una archiviazione – dia avvio al procedimento (pur con riferimento al quadro regolamentare precedente, Tar Lazio, sez. III-ter, 18 maggio 2010, n. 11890).

I Giudici hanno avuto modo di evidenziare, poi, che la valutazione circa l'eventuale eccessiva durata del procedimento deve essere compiuta in relazione al caso concreto: il momento in cui l'Amministrazione procedente viene a conoscenza del fatto illecito, infatti, può non coincidere con quello in cui la trasgressione amministrativa è stata commessa; ciò avviene non solo quando la scoperta dell'illecito è successiva al momento della commissione della violazione, ma anche nell'ipotesi di violazioni ripetute, continuative o permanenti (Tar Lazio, sent. 32811/2010, cit.; sez. III-ter, 27

maggio 2010, n. 13773). In questo senso, è stato sottolineato che l'art. 14, della legge n. 689/1981, non comporta l'automatica predeterminazione di un limite temporale. Spetta, per converso, al Giudice, in base alla maggiore o minore difficoltà del caso concreto, la valutazione sulla ragionevolezza del tempo impiegato dall'Amministrazione per giungere alla completa acquisizione e alla valutazione dei fatti (Tar Lazio, sez. III-ter, 25 maggio 2010, n. 13239, 13245 e 13248). Si deve segnalare che, secondo il Tar, i principi ora esposti trovano piena conferma nel regolamento sui procedimenti sanzionatori allegato alla delibera n. 136/06/Cons e, in particolare, nell'art. 5, comma 2 (Tar Lazio, sent. n. 13239, n. 13245 e n. 13248, cit.).

Infine, sotto un diverso profilo, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che la "gravità della violazione" può ben essere correlata alla "tutela degli interessi morali ed etici dei telespettatori", la cui inosservanza contribuisce a graduare l'entità della sanzione. Inoltre, in relazione alla "opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione", le pronunce del Giudice amministrativo confermano la legittimità della scelta del regolatore di tenere in considerazione sia la capacità del soggetto sanzionato di svolgere un controllo preventivo sui programmi mandati in onda, sia la realizzazione di una qualche attività di ravvedimento o riparatoria delle conseguenze (Tar Lazio, sent. n. 32375/2010, cit.).

Concessioni

In materia di determinazione dei canoni concessori per lo svolgimento di attività di radiodiffusione sonora e televisiva, con la sentenza del 24 settembre 2010 n. 7130 il Consiglio di Stato ha statuito che la formula lessicale di cui all'art. 2 del d.m. 23 ottobre 2000 (riproduttivo in parte qua dell'art. 27, co. 10, della legge n. 488/1999), secondo la quale il fatturato rilevante è quello (e, evidentemente, solo quello) riferibile all'esercizio dell'attività radiotelevisiva, non può che essere intesa come una chiara volontà del legislatore di circoscrivere la base imponibile per il calcolo del canone ai ricavi ottenuti dai concessionari in virtù dell'esercizio del titolo concessorio pubblico. L'intento legislativo, come già desumibile dal dato letterale, è stato infatti quello di ancorare la determinazione del canone al fatturato che il titolare della concessione realizza in virtù dell'esercizio del titolo abilitativo pubblicistico, di guisa che il canone per le concessioni radiotelevisive private si configura come strumentalmente e funzionalmente collegato con l'esercizio dell'attività radiotelevisiva.

Il Supremo Consesso ha, inoltre, rilevato che per attività radiotelevisiva rilevante ai fini della determinazione del fatturato (cui applicare l'aliquota percentuale di determinazione del canone) deve intendersi l'attività oggetto di concessione, cioè la radiodiffusione su frequenze analogiche terrestri. Per l'effetto, per il privato concessionario sono senz'altro riferibili a tale attività radiotelevisiva i ricavi derivanti dalla vendita di eventuali abbonamenti al servizio di radiodiffusione, i ricavi per messaggi pubblicitari e simili (comprese le televendite e le sponsorizzazioni, nonché le convenzioni con soggetti pubblici finalizzate, ad esempio, a veicolare messaggi istituzionali radiodiffusi sulle frequenze terrestri).

Il Consiglio di Stato ha infine statuito che, una volta individuato lo stretto vincolo funzionale della nozione di fatturato rilevante ai fini impositivi con quella di esercizio in concreto della concessione, per le emittenti attive su più piattaforme deve giocoforza individuarsi la quota parte dei ricavi riferibili alla trasmissione terrestre (nel cui solo ambito oggettuale opera il titolo concessorio). Ne consegue che non possono aggregarsi alle prestazioni capaci di generare il fatturato utile alla determinazione del canone con-

cessorio i ricavi conseguenti ad attività diverse, esercitabili anche da soggetti privi di concessione, come i ricavi originati da servizi resi su frequenze satellitari o la vendita di diritti relativi a programmi o pacchetti di immagini che il concessionario detiene non in ragione della concessione e che cede a soggetti per la loro diffusione sulla piattaforma satellitare. Del pari estranei alla categoria del fatturato devono ritenersi i ricavi relativi ad attività di doppiaggio o quelli che riguardano la vendita di cassette VHS, in cui è evidente la mancanza di collegamento strumentale con la concessione televisiva.

Opere europee

Premettendo che la disciplina delle opere europee è stata radicalmente innovata a seguito dell'adozione della direttiva n. 2007/65/CE e della susseguente attuazione in via legislativa e del nuovo regolamento dell'Agcom (allegato alla delibera n. 66/09/CONS, che ha abrogato il precedente, n. 9/99), si segnalano due pronunce del Tar Lazio (sez. III-ter, 29 settembre 2010, n. 32406 e 32408) che confermano la bontà dei criteri seguiti dall'Autorità in applicazione del quadro regolamentare previgente.

Il Giudice, ricordando che la *ratio* della disciplina comunitaria (direttiva n. 89/552/CE, come modificata) è quella di migliorare la competitività dell'industria europea dei programmi – a fronte delle concorrenti produzioni di provenienza extracomunitaria – ha sottolineato due elementi essenziali.

Da un lato, il rispetto della percentuale minima di tempo da dedicare alla trasmissione di opere europee deve essere assicurato indipendentemente dal fatto che a trasmettere siano più canali appartenenti a un medesimo soggetto. In tal caso, è vero che, in base alla normativa all'epoca vigente, per ciascun canale poteva trovare applicazione una quota di riserva più bassa (nella specie, del 20%); ciò, però, a condizione che la soglia complessiva fosse rispettata, soprattutto con riferimento alla fascia di maggiore ascolto.

La rilevazione dell'Autorità, quindi, dalla quale è emerso che il complesso dei canali riferibili al gruppo Tele+, nell'anno 2002, ha trasmesso nella fascia oraria di maggior ascolto una percentuale di opere inferiore alla quota minima prevista, legittima l'irrogazione di una sanzione. Il limite minimo da rispettare con riferimento al singolo canale, infatti, non rileva in sé, dovendo essere necessariamente correlato al rispetto complessivo della percentuale stabilita. Se così non fosse, la parziale deroga concessa per il singolo canale avrebbe l'effetto di vanificare del tutto le prescrizioni dettate in materia.

Dall'altro, è stato smentito l'assunto di parte in base al quale i criteri di calcolo, nel caso delle *pay-per-view*, sarebbero differenti. Il sistema televisivo *pay-per-view*, infatti, è assoggettabile alla disciplina per la salvaguardia delle produzioni europee, non rinvenendosi alcuna esclusione in tal senso.

Telecomunicazioni

Tariffe di terminazione

La sentenza del Tar Lazio, sez. III-bis, 11 febbraio 2011, n. 1336, segna una tappa importante nella materia dei costi di terminazione delle chiamate su rete mobile. Il Giudice ha dichiarato la legittimità dell'intervento regolamentare dell'Agcom che, con delibera n. 667/08/CONS, ha stabilito una riduzione graduale (*glide path*) delle tariffe di terminazione ai quattro operatori di telefonia mobile. Nella specie, è stato imposto ad H3G il rispetto di valori massimi prestabiliti (11 euro/cent dal 1° luglio 2009, 9 dal 1°

luglio 2010; 6,3 dal 1° luglio 2011) destinati a culminare in un prezzo simmetrico, eguale per tutti gli operatori mobili (4,5 euro/cent, a partire dal 1° luglio 2012).

In fase cautelare, il Tar aveva respinto l'istanza della ricorrente, poi invece accolta dal Consiglio di Stato, il quale ha ritenuto sussistente un "disallineamento tra disposta riduzione del prezzo di terminazione, costi sostenuti e disponibilità delle frequenze" (Cons. St., ord. 30 luglio 2010, n. 3754). È, questo, un argomento centrale della controversia. Il Tar, al riguardo, svolge alcune considerazioni degne di nota. Innanzi tutto, da un punto di vista strettamente processuale, rileva l'inammissibilità della questione sollevata dalla ricorrente solo a ridosso della camera di consiglio, e non con l'atto introduttivo del giudizio. Si tratta, in particolare, dell'assegnazione dei blocchi di 5Mhz, effettuata successivamente dal Ministero, e in ordine alla quale l'Autorità ha stabilito l'assegnazione dei diritti d'uso al 31 dicembre 2012. Tale evenienza, prodottasi successivamente all'adozione della delibera impugnata, avrebbe dovuto essere presentata con motivi aggiunti. In ogni caso, il profilo attinente alla progressiva parità dello spettro frequenziale, nel quadro complessivo della parte motiva del provvedimento appare solo un considerando "orientativo", privo di carattere vincolante e inidoneo, pertanto, a determinare l'illegittimità (sopravvenuta) del provvedimento. Come si desume chiaramente dal par. 4.3.2.2. del provvedimento impugnato, inoltre, tale aspetto costituisce un singolo capo di una motivazione plurima, che, anche se dichiarato illegittimo, non avrebbe inficiato gli altri capi della motivazione.

Nel merito, il Tribunale amministrativo ha rilevato che il modello di costo utilizzato per definire i costi unitari del triennio 2009-2011 è pienamente coerente. Il metodo del *delayed approach* è stato abbandonato dall'Autorità a favore di un modello di tipo *top down*, basato su costi incrementali prospettici di lungo periodo. Tale modello, che si pone in linea con la delibera n. 3/06/CONS, è definito in base a dati di contabilità regolatoria (obbligo imposto agli operatori sulla base delle analisi di mercato) sottoposti alla certificazione di un soggetto terzo, che applica al costo un tasso di remunerazione del capitale impiegato. A giudizio del Tar, l'Agcom ha correttamente rilevato che i costi unitari sostenuti dall'operatore si rivelano decrescenti rispetto all'aumento dei volumi prodotti: e tale riduzione opera più rapidamente per H3G rispetto ad altri operatori, per cui la scelta del regolatore appare pienamente giustificata. Per converso, H3G ha mancato di provare, ai sensi dell'art. 50 del Codice, che i costi fossero orientati ai prezzi. L'Autorità, inoltre, ha compiutamente considerato le diverse dotazioni frequenziali degli operatori, nonché le date di ingresso nel mercato, che possono aver generato una differenza di impatto sulle rispettive economie di scala. H3G, infatti, ha potuto beneficiare di una tariffa asimmetrica per un periodo temporale esteso (essendo stato riconosciuto un livello di prezzo di terminazione analogo a quello riconosciuto in passato agli operatori precedenti); pertanto, la sua entrata in ritardo nel mercato è già stata ampiamente compensata.

Anche la verifica della congruità e proporzionalità dell'obbligo del controllo dei prezzi e di contabilità appare superata: il medesimo controllo, del resto, era stato effettuato in ordine alla delibera n. 628/07/CONS, prodromica a quella impugnata e giudicata legittima in relazione a tale profilo (Tar Lazio, sent. n. 1491/2009).

Infine, si può segnalare come, a giudizio del Tar, ai fini della valutazione del ricorso sia di rilievo anche quanto espresso dalla Commissione europea, la quale, con lettera SG-Greffe (2008) D/206734, del 7 novembre 2008, ha invitato l'Autorità a rivedere il metodo di contabilità dei costi e a ridurre, in lasso di tempo breve, l'asimmetria delle tariffe.

Sotto diverso e connesso profilo, la Sesta Sezione Consiglio di Stato, con sentenza 24 gennaio 2011, n. 476, ha confermato la sentenza del Tar Lazio n. 895/2009, con la quale era stato accolto il ricorso di Telecom Italia avverso la delibera n. 628/07/Cons, affermando l'illegittimità della stessa nella parte in cui aveva concesso una proroga ad H3G per la riduzione del prezzo di terminazione (nella specie, dal 1° gennaio 2008 al 1° marzo 2008 per realizzare il passaggio da 18,76 a 16,26 euro/cent al minuto).

Nel respingere l'appello proposto da H3G avverso l'arresto del Giudice di prime cure (si trattava di valutare gli effetti della correzione materiale della sentenza), il Consiglio di Stato conferma, da un punto di vista complessivo, la legittimità del percorso di riduzione delle tariffe seguito dall'Autorità.

Come afferma il supremo organo di giustizia amministrativa, infatti, dalla lettura della delibera 628/07/CONS emerge che la riduzione del prezzo di terminazione, a partire dal 1° gennaio 2008, trova fondamento sia nei risultati dell'istruttoria tecnica, sia nella posizione della Commissione europea, che aveva valutato la possibilità di imporre un'ulteriore riduzione. Il Consiglio di Stato, inoltre, conferma la ricostruzione del Tar laddove riconosce che H3G non poteva beneficiare di "*un periodo di libertà di H3G da ogni limite tariffario (grace period)*", in quanto le iniziali difficoltà legate all'ingresso dell'operatore nel mercato di telefonia mobile sono state ampiamente tenute in considerazione – come si desume dalla durata complessiva del *grace period*.

Portabilità del numero mobile

In materia di portabilità del numero mobile è intervenuta la sentenza del Tar Lazio n. 2828 del 2011. Più in particolare, il contenzioso in questione ha riguardato la delibera n. 735/08/CONS con cui l'Autorità ha inflitto una sanzione alla società Vodafone Omnitel n.v. per avere violato la delibera 19/01/CIR, recante "*Modalità operative per la portabilità del numero tra operatori di reti per i servizi di comunicazioni mobili e personali - Mobile Number Portability*".

L'operato dell'Autorità – che ha sanzionato l'operatore per avere bloccato numerose richieste di portabilità utilizzando la clausola di interruzione del processo in maniera non conforme alla delibera 10/01/CIR – è stato ritenuto legittimo dal giudice amministrativo sulla base delle seguenti principali argomentazioni.

In primo luogo, la realizzazione di un comportamento vietato da un provvedimento dell'Agcom equivale alla violazione di un ordine amministrativo della stessa Autorità. Del resto, atteso che la normativa individua tra i diritti dell'utente la portabilità del numero, la MNP va considerata quale prestazione accessoria fissata a carico degli operatori in modo autoritativo, di talché le modalità operative si atteggiano quali esplicazioni di un vero e proprio diritto e di cui costituiscono un corollario. Di conseguenza, l'art. 9, 10° comma, della delibera 19/01/CIR si sostanzia in un ordine amministrativo ai sensi dell'art. 98, co. 11, d.lgs. 259/2003 e la relativa violazione legittima l'irrogazione di una sanzione da parte dell'Autorità.

In secondo luogo, sono esclusi obblighi di forma per la trasmissione della richiesta di *porting* e per la formazione del contratto tra utente e operatore *recipient*. La richiesta di MNP, infatti, non ha la funzione di integrare la fase di cessazione del rapporto contrattuale con il vecchio operatore, che è da considerarsi già estinto, ma costituisce una delle conseguenze dell'intervenuto recesso. Da ciò ne consegue che la stessa richiesta non è destinata ad incidere nemmeno sul rapporto già instaurato con il nuovo operatore, in quanto il trasferimento del numero di telefono ad un nuovo operatore pre-