

N. 09710/2011 REG.PROV.COLL.

N. 04179/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4179 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da: SKY ITALIA S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Luisa Torchia, dall'Avv. Ottavio Grandinetti e dall'Avv. Tommaso Di Nitto, con domicilio eletto presso lo Studio Legale "Prof. Avv. Luisa Torchia e altri s.t.p." sito in Roma, Via Sannio n. 65;

contro

- l' 'AUTORITA' PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

Maria Iaccarino;

per l'annullamento

- della Delibera n. 73/11/CONS dell' Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, recante "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell' articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n. 481";

- di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale;

E CON RICORSO PER MOTIVI AGGIUNTI

proposto contro

- il Consiglio Regionale della Puglia – Comitato Regionale per le Comunicazioni, in persona del legale rappresentante pro tempore;

- l' Autorita' per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, Via dei Portoghesi n. 12

e nei confronti di

- Giovanni Cantarone;

- Maria Iaccarino;

per l'annullamento

- della determinazione del Dirigente del Servizio n. 13 del registro delle determinazioni del Comitato Regionale per le Comunicazioni della Puglia, adottata in data 2 maggio 2011;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale;

- della Delibera n. 73/11/CONS dell' Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, recante "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n. 481";

E CON SECONDO ATTO DI MOTIVI AGGIUNTI

proposto contro

- l' Autorita' per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

e nei confronti di

- Elena Oliva;

- Maria Iaccarino;

per l'annullamento

- della Determina direttoriale n. 42/11/DIT/Gu14/253/11 adottata in data 19 maggio 2011 dalla Direzione Tutela dei Consumatori dell' Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale;

- della Delibera n. 73/11/CONS dell' Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, recante "Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n. 481";

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2011 il Consigliere Elena Stanizzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Nel premettere la società odierna ricorrente il contenuto della gravata Delibera e dell'allegato Regolamento ed illustrato lo svolgimento della consultazione pubblica e dei relativi esiti, deduce avverso tali provvedimenti i seguenti motivi di censura:

1 - Illegittimità per violazione dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990 n. 241 e degli artt. 23 e 41 della Costituzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma 12, lettera g) della legge 14 novembre 1995 n. 481. Violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche. Eccesso di potere per violazione dei principi di legalità e tipicità. Sull'insussistenza in capo all'AGCOM del potere di definire tassativamente ed in modo identico per tutti gli operatori la misura degli indennizzi (automatici e su richiesta) dovuti agli utenti per eventuali disservizi.

Denuncia, innanzitutto, parte ricorrente l'illegittimità della gravata delibera nella parte in cui definisce in misura autoritativa, in assenza di una norma attributiva della relativa competenza, la misura degli indennizzi, sia automatici che quelli su richiesta, dovuti agli utenti per i casi di disservizio in misura identica per tutti gli operatori, siano essi operatori di comunicazioni elettroniche o operatori di servizi radiotelevisivi a pagamento.

1.1 - Inidoneità dell'art. 2, comma 12, lett. g) della legge 14 novembre 1995 n. 481 a legittimare l'intervento regolamentare dell'AGCOM.

Contesta, in particolare, parte ricorrente, l'idoneità delle norme richiamate dalla stessa delibera impugnata a proprio fondamento, a legittimare il gravato intervento regolatore.

In particolare, avuto riguardo all'art. 2, comma 12, lett. g) della legge 14 novembre 1995 n. 481, afferma parte ricorrente come tale norma, oltre a contenere solo principi generali, si limiti a prevedere la possibilità per l'Autorità di determinare in astratto ed in generale i casi in cui debba corrisponderci l'indennizzo automatico, senza fare riferimento alla determinazione dell'importo degli indennizzi.

Tale norma, inoltre, in quanto riferita ad un assetto del settore delle telecomunicazioni successivamente profondamente modificato, non sarebbe più coerente, secondo parte ricorrente, con la nuova disciplina che, nel superare il precedente regime di concessione, ha introdotto, con il

Codice delle comunicazioni elettroniche, il regime di autorizzazione generale in quanto rispondente alla garanzia dell'iniziativa economica al fine di promuovere la liberalizzazione del mercato, attribuendo all'Autorità il solo potere di vigilanza sulle condizioni generali di contratto, precluso essendo il potere di conformazione in base al quale impone clausole contrattuali a contenuto autoritativamente determinato, richiamando in proposito l'art. 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

Ancora, la norma di cui all'art. 2, comma 12, lettera g), della legge n. 481 del 1995 attribuirebbe all'Autorità esclusivamente poteri ispettivi, come tali esercitabili ex post, e non il potere di predeterminare ex ante gli standards qualitativi del servizio stabilendo ex ante la misura degli indennizzi da corrispondersi in caso di disservizio.

1.2 - Inidoneità dell'art. 84 del Codice a legittimare l'intervento regolamentare dell'AGCOM.

Avuto riguardo alla determinazione delle misure di indennizzo minimo da applicare in sede di definizione delle controversie, contesta parte ricorrente la correttezza del richiamo, di cui alla gravata delibera, all'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche quale fondamento normativo del relativo potere regolatorio, potendo tale corpo normativo trovare applicazione unicamente ai servizi di comunicazione elettronica e non anche ai servizi radiotelevisivi a pagamento, e non autorizzando la richiamata norma, in quanto di valenza programmatica, la determinazione autoritativa ed in misura uniforme per tutti gli operatori degli indennizzi applicabili in sede di definizione delle controversie.

1.3 - Violazione dei principi di legalità e di tipicità del potere esercitato nel caso di specie dall'AGCOM.

Esorbitando il potere esercitato dall'Autorità dalle attribuzioni alla stessa conferite dall'art. 2, comma 12, lettera g), della legge n. 481 del 1995 e dall'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, lo stesso integrerebbe una violazione della riserva di legge prevista dagli artt. 23 e 41 della Costituzione, con conseguente violazione del principio di stretta legalità che deve presidiare gli interventi restrittivi della libertà di iniziativa economica.

2 – Illegittimità per violazione dell'obbligo di motivazione. Eccesso di potere per difetto ed inadeguatezza di istruttoria. Sulla insufficiente considerazione dei contributi resi dagli operatori, e in particolare da Sky, in sede di consultazione.

Lamenta parte ricorrente l'illegittimità della gravata delibera in quanto carente di idonea motivazione con particolare riferimento al fondamento normativo del potere esercitato, espressamente messo in dubbio in sede di consultazione pubblica, nonché per insufficiente considerazione degli elementi emersi durante tale fase, che si sarebbe risolta, conseguentemente, in un adempimento meramente formale in violazione del principio del contraddittorio procedimentale, laddove tale delibera avrebbe dovuto essere adeguatamente e specificamente motivata in relazione alle deduzioni presentate dalle parti.

3 – Violazione del Codice delle comunicazioni elettroniche; del D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177 e s.m.i. recante "Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici"; dell'art. 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249; dell'art. 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481; nonché dei principi di certezza del diritto, di affidamento e della sicurezza giuridica. Eccesso di potere per carenza dei presupposti, difetto di istruttoria, illogicità, disparità di trattamento, contraddittorietà, anche con altri provvedimenti della stessa Amministrazione.

Per l'ipotesi in cui dovesse ritenersi che l'Autorità possa esercitare poteri regolamentari nei confronti degli operatori di comunicazione elettronica nella materia degli indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori, sostiene parte ricorrente come tale potere non possa comunque estendersi agli operatori di servizi radiotelevisivi a pagamento, riferendosi l'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche alla materia inerente le reti e servizi di comunicazione elettronica, con conseguente illegittimità della gravata delibera che ha esteso il proprio ambito di applicazione oltre i propri limiti ed al di fuori della materia di competenza.

Contesta, altresì, parte ricorrente l'ampliamento dell'ambito di applicazione della delibera e del regolamento effettuato attraverso l'utilizzo inappropriato della nozione di operatore, estesa anche alle imprese autorizzate a fornire in servizio radiotelevisivo a pagamento, in quanto in contrasto con la nozione contenuta nel Codice e con la 'direttiva servizio universale'. Inoltre, l'espressione di 'impresa autorizzata a fornire un servizio radiotelevisivo a pagamento' sarebbe estranea al novero delle figure normativamente individuate nel Testo Unico dei servizi media audiovisivi e radiofonici.

Evidenzia in proposito parte ricorrente come nell'ambito dell'attività di fornitura di un servizio radiotelevisivo a pagamento agiscano numerose figure e tipologie di operatori, di cui solo alcune trovano una specifica definizione normativa, potendo tra di esse farsi rientrare nel novero degli operatori di comunicazione elettronica solo l'operatore di rete, cui solo potrebbe applicarsi la gravata delibera.

Afferma, quindi, parte ricorrente di non svolgere attività di operatore di rete ma solo attività di commercializzazione di pacchetti di programmi e singoli contenuti, ovvero attività di piattaforma a pagamento – che instaura rapporti contrattuali con gli utenti finali - ed altre attività connesse e strumentali a tale fornitura, con conseguente illegittima estensione della competenza dell'Autorità alle controversie che vedono coinvolta la ricorrente.

Avuto riguardo al richiamo, contenuto nella gravata delibera, al considerando 30 della 'direttiva servizio universale', ne contesta la ricorrente l'idoneità a costituire il fondamento normativo della stessa, riferendosi tale considerando ai soli servizi di comunicazione elettronica.

Quanto alla norma di cui all'art. 2, comma 12, della legge n. 481 del 1995, anch'essa richiamata dalla gravata delibera, afferma parte ricorrente come la legge n. 249 del 1997, istitutiva dell'Autorità, abbia introdotto una disciplina ad hoc che, nel prescindere dall'adozione di un regolamento ed affidando all'Autorità la risoluzione delle controversie con i soggetti titolari di titoli abilitativi delle sole comunicazioni elettroniche, si presenta sensibilmente derogatoria rispetto alle previsioni contenute in tale norma ed alla disciplina generale di cui alla citata legge.

Quanto alle argomentazioni con cui l'Autorità ha motivato l'applicabilità della disciplina sugli indennizzi nei confronti della società ricorrente, afferma la stessa come la decisione della Commissione Europea, trasfusa nella delibera dell'Autorità 334/03/CONS, abbia attribuito all'Autorità una competenza solo temporanea, destinata a venir meno una volta terminato il periodo di validità degli impegni.

Insuscettibile a supplire alla mancanza di base giuridica della contestata estensione dell'ambito applicativo della gravata delibera sarebbe, inoltre, il richiamo alla tematica delle Carte dei Servizi ed alla giurisprudenza formatasi in materia.

4 – Violazione della legge n. 249 del 1997; dell'art. 3 del D.Lgs. n. 373 del 2000. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, carenza dei presupposti, disparità di trattamento, difetto di motivazione. In subordine, violazione della direttiva 98/84/Ce (sulla tutela dei servizi ad accesso

condizionato e di accesso condizionato) e della direttiva 2002/20/Ce (relativa alle autorizzazioni per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica – cd. ‘direttiva autorizzazioni’): conseguente necessità di disapplicare gli artt. 2, lettera q) e 31 del TUSMAR; illegittimità derivata dei provvedimenti impugnati.

Nel ribadire come l’attività di fornitura di servizi radiotelevisivi a pagamento sia estranea alle figure normativamente individuate dal TUSMAR e che solo la piattaforma a pagamento instaura rapporti con gli utenti finali, contesta parte ricorrente l’estensione dell’applicazione della disciplina introdotta con la gravata delibera alle imprese autorizzate a fornire un servizio radiotelevisivo a pagamento, non essendo la piattaforma a pagamento soggetta al rilascio di alcun provvedimento abilitativo e tantomeno autorizzatorio in quanto non normativamente definita.

Né la soggezione della società ricorrente alla disciplina prevista dalla gravata delibera potrebbe farsi discendere dalla circostanza, meramente accidentale, che Sky svolge anche attività normativamente definite e soggette al regime autorizzatorio, che ben potrebbero essere svolte da altri soggetti.

Al fine di estendere l’applicabilità della gravata delibera ai servizi radiotelevisivi a pagamento non può valere la circostanza che il ‘fornitore di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato’ sia stato assoggettato al regime di autorizzazione generale ai sensi dell’art. 31 del TUSMAR, il quale andrebbe disapplicato in quanto in contrasto con la direttiva 2002/20/Ce in combinato disposto con la direttiva 98/84/Ce, ai sensi delle quali il regime dell’autorizzazione generale si applica ai servizi di comunicazione elettronica e non ai servizi correlati, in cui sono inquadrati i servizi di accesso condizionato.

Con ricorso per motivi aggiunti, parte ricorrente ha impugnato la determinazione con cui il Comitato Regionale per le Comunicazioni della Puglia ha applicato la delibera, gravata con il ricorso principale, nell’ambito di una controversia insorta tra la società ricorrente ed il Sig. Cantarone Giovanni, con particolare riguardo alla misura dell’indennizzo.

Avverso tale provvedimento deduce parte ricorrente i seguenti motivi di censura:

1 – Illegittimità della Determinazione per invalidità derivata dall’illegittimità della Delibera 73/11/CONS, già impugnata con il ricorso introduttivo del giudizio.

Intercorrendo tra la gravata determinazione e la delibera 73/11/CONS un rapporto di presupposizione-conseguenzialità, i vizi che inficiano la delibera si ripercuoterebbero sugli atti presupponenti.

2 – Illegittimità della Determinazione per violazione e falsa applicazione dell’art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche. Eccesso di potere per carenza dei presupposti.

La gravata Determinazione sarebbe stata assunta in mancanza di una idonea base normativa, rientrando nell’ambito di applicazione dell’art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche solo le controversie che attengono alle reti ed ai servizi di comunicazione elettronica, tra cui non rientra la società ricorrente che svolge attività di piattaforma a pagamento attraverso la commercializzazione di pacchetti di programmi e singoli contenuti.

Con un secondo atto per motivi aggiunti, parte ricorrente ha impugnato la Determina direttoriale con cui è stata data applicazione nei propri confronti alla gravata Delibera 73/11/CONS nell’ambito della controversia insorta con la Sig.ra Elena Oliva, deducendo avverso la stessa i seguenti motivi di censura:

- Illegittimità della Determina per invalidità derivata dall'illegittimità della Delibera 73/11/CONS, già impugnata con il ricorso introduttivo del giudizio.

La dedotta illegittimità della Delibera di cui la gravata Determina fa applicazione si ripercuoterebbe su quest'ultima in ragione del rapporto di consequenzialità tra le stesse.

Si è costituita in resistenza l'intimata Autorità sostenendo, con articolate argomentazioni, l'infondatezza del ricorso e dei motivi aggiunti, con richiesta di corrispondente pronuncia.

Con memoria successivamente depositata parte ricorrente ha controdedotto a quanto ex adverso sostenuto, insistendo nelle proprie deduzioni.

Alla Pubblica Udienza del 23 novembre 2011 la causa è stata chiamata e, sentiti i difensori delle parti, trattenuta per la decisione, come da verbale.

DIRITTO

Con il ricorso in esame è proposta azione impugnatoria avverso la Delibera 73/11/CONS con cui l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (hic hinde Autorità o AGCOM) ha adottato il "Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori", individuando le fattispecie di disservizio in cui deve farsi luogo alla corresponsione di indennizzi automatici e definendo i criteri di calcolo e gli importi minimi per la quantificazione degli indennizzi da liquidare all'utente in sede di definizione stragiudiziale delle controversie deferite alla cognizione dell'Autorità.

L'impianto ricorsuale si snoda attraverso, innanzitutto, la contestazione della sussistenza del fondamento normativo del potere regolatorio esercitato dall'Autorità, che esulerebbe dalle relative competenze ed attribuzioni.

Lamenta, altresì parte ricorrente, sotto un connesso profilo, l'illegittima estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della gravata delibera e del regolamento con essa approvato agli operatori di servizi radiotelevisivi a pagamento, che non rientrerebbero nel novero degli operatori di comunicazione elettronica, sostenendo la non applicabilità della disciplina di cui alla gravata delibera nei propri confronti per svolgere essa attività di piattaforma a pagamento, ovvero attività di commercializzazione di pacchetti di programmi e singoli contenuti, censurando puntualmente le argomentazioni contenute nella gravata delibera a sostegno della applicabilità della disciplina regolamentare con la stessa introdotta nei confronti di Sky Italia.

Così sinteticamente riferito il contenuto del ricorso introduttivo del presente giudizio – arricchito con la presentazione di motivi aggiunti proposti avverso le decisioni, meglio descritte in epigrafe nei loro estremi, con cui è stata data applicazione, nei confronti della società ricorrente, della gravata delibera in sede di definizione di due controversie insorte con utenti – il Collegio, nella gradata elaborazione logica delle questioni sottoposte al suo vaglio, e seguendo nella loro trattazione l'ordine suggerito dalla prospettazione delle relative censure, è chiamato innanzitutto a pronunciarsi in ordine al profilo inerente la contestata sussistenza, in capo all'Autorità, del potere di determinare la misura degli indennizzi automatici e di fissare la misura degli indennizzi da corrispondersi in sede di definizione delle controversie insorte tra operatori ed utenti deferite alla sua cognizione.

Al riguardo, giova precisare che dubbi in ordine all'esistenza del potere dell'Autorità di regolamentare il quantum degli importi da indennizzare per le varie tipologie di disservizio erano stati manifestati dagli operatori in sede di consultazione pubblica.

La gravata delibera, nel farsi carico di tali dubbi, reca, al punto II.i - intitolato alla base giuridica del provvedimento - specifiche indicazioni in ordine alle norme cui ricondurre l'esercizio del potere regolamentare in materia.

1.1 Con specifico riferimento al potere dell'Autorità di stabilire ipotesi di indennizzo automatico in caso di disservizio, la relativa base normativa viene dall'impugnata delibera individuata nell'art. 2, comma 12, della legge n. 481 del 1995, di cui parte ricorrente, con un primo ordine di censure, contesta l'idoneità a legittimare il gravato intervento regolatore dell'AGCOM nell'assunto che tale norma, oltre a contenere solo principi generali, si limiti a prevedere la possibilità per l'Autorità di determinare in astratto ed in generale i casi in cui debba corrisondersi l'indennizzo automatico, senza fare riferimento alla determinazione dell'importo degli indennizzi, attribuendo all'Autorità esclusivamente poteri ispettivi, come tali esercitabili ex post, e non il potere di predeterminare gli standards qualitativi del servizio stabilendo ex ante la misura degli indennizzi da corrisondersi in caso di disservizio.

Ancora, secondo parte ricorrente, essendo tale norma riferita ad un assetto del settore delle telecomunicazioni successivamente profondamente modificato, la stessa non sarebbe più coerente con la nuova disciplina che, nel superare il precedente regime di concessione, ha introdotto, con il Codice delle comunicazioni elettroniche, il regime di autorizzazione generale in quanto rispondente alla garanzia dell'iniziativa economica al fine di promuovere la liberalizzazione del mercato, attribuendo all'Autorità il solo potere di vigilanza sulle condizioni generali di contratto, precluso essendo il potere di conformazione in base al quale imporre clausole contrattuali a contenuto autoritativamente determinato.

La censura non merita di essere condivisa.

L'art. 2, comma 12, lettera g), della legge n. 481 del 1995 – recante norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità ed istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità – indica, tra le funzioni assegnate a ciascuna Autorità, quella con cui “controlla lo svolgimento dei servizi con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili, determinando altresì i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente ove il medesimo soggetto non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio...”.

Tale norma - la cui persistente vigenza non può essere negata in quanto contenuta in un corpo normativo avente portata generale, riferito a tutte le Autorità di regolazione, come tale non necessitante di essere puntualmente riprodotto, nelle sue singole previsioni, nelle leggi istitutive delle diverse Autorità o nelle discipline di dettaglio dei vari settori e non essendo rinvenibile alcun fenomeno di sua abrogazione implicita per effetto delle norme successivamente intervenute – prevede, pertanto, espressamente, il potere dell'Autorità di procedere alla determinazione dei casi di indennizzo automatico e su tale previsione trova legittimo fondamento la determinazione, di cui alla gravata Delibera, inerente i casi di disservizio in cui debba corrisondersi l'indennizzo automatico.

Né tale previsione può ritenersi superata per effetto dell'abbandono del previgente regime di concessione e con l'introduzione, con il Codice delle comunicazioni elettroniche, del regime di autorizzazione generale - in relazione al quale spetterebbero all'Autorità, secondo parte ricorrente,

unicamente poteri ispettivi e di vigilanza sulle condizioni generali di contratto, con preclusione alla possibilità di imposizione di contenuti autoritativamente determinati – dovendo in proposito rilevarsi che la liberalizzazione del mercato e la riduzione dell'ambito di estensione del potere amministrativo in ordine all'accesso al mercato di cui alla disciplina comunitaria ed alla normativa nazionale di recepimento non si traducono in un ridimensionamento della portata della norma di cui al citato art. 2, comma 12, della legge n. 481 del 1995, né si pongono in conflitto con l'attribuzione all'Autorità del potere di disciplinare la materia degli indennizzi automatici.

Peraltro, va in proposito evidenziato come nessuna determinazione autoritativa della misura di tali indennizzi sia, nella specie, stata introdotta dall'Autorità, la quale si è limitata ad individuare le fattispecie di disservizio a fronte delle quali dovranno essere corrisposti gli indennizzi automatici nella misura stabilita dalle condizioni contrattuali dei singoli operatori, la cui libertà contrattuale è, quindi, salvaguardata avuto riguardo al quantum di tali indennizzi.

La persistente vigenza della norma di cui all'art. 2, comma 12, della legge n. 481 del 1995 coniugata con la corretta ricostruzione della portata dell'intervento regolatore impugnato, consente di disattendere l'affermazione di parte ricorrente secondo cui tale norma attribuirebbe all'Autorità unicamente poteri ispettivi e di vigilanza da esercitarsi ex post, con preclusione alla possibilità di determinazione degli standards qualitativi del servizio e di stabilire ex ante la misura degli indennizzi dovuti per i casi di disservizio.

Richiamato quanto sopra esposto circa la reale portata della gravata Delibera – che rinvia alle condizioni contrattuali degli operatori per la determinazione della misura degli indennizzi automatici, non stabilendo essa stessa, contrariamente a quanto affermato da parte ricorrente, tale misura – ritiene il Collegio che il potere di vigilanza attribuito alle Autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore di propria competenza debba necessariamente estrinsecarsi attraverso la regolazione del settore mediante adozione di uno spettro di regole da fissarsi ex ante ed in via generale, altrimenti risultando vanificato tale potere di vigilanza se lo stesso dovesse ritenersi limitato alla sola possibilità di intervento ex post, per come sostenuto da parte ricorrente.

Invero, i mercati cui sono preposte le Autorità sono dalla stesse regolati sulla base dell'esercizio di poteri funzionali alle finalità stabilite dal Legislatore, senza necessità di una loro preventiva precisa predeterminazione, confliggendo l'invocata necessità del carattere prescrittivo del dettato normativo - che deve invece limitarsi a stabilire i poteri e le finalità delle Autorità - con l'esigenza di consentire alle Autorità di perseguire i fini per i quali sono state istituite.

Il modello cui si ispira la regolazione 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.

La legge n. 481 del 1995, così come molte leggi istitutive delle Autorità indipendenti, costituiscono in sostanza leggi di indirizzo che costruiscono funzionalmente le attribuzioni di potere delle Autorità e che poggiano su rinvii al futuro esercizio del potere che dia concretezza alle finalità o a concetti indeterminati (Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2005 n. 5827), essendo le Autorità di vigilanza investite di ampi poteri definiti per obiettivi.

Ancora, il potere normativo delle autorità indipendenti si esprime sia attraverso regolamenti che attuano i principi generali fissati dalla legge (avvicinandosi molto ai regolamenti esecutivi, di

attuazione e completamento della disciplina legislativa) sia attraverso regolamenti (affini a quelli "indipendenti" del Governo) che si caratterizzano per un mero riferimento alla materia oggetto di regolamentazione o, al più, a concetti giuridici indeterminati o a finalità generali, con il solo limite, con riguardo all'ammissibilità di tali ultimi, che la materia regolata non sia sottoposta a riserva di legge e che nella stessa legge istitutiva dell'autorità o comunque in altra fonte primaria (anche di livello comunitario), siano rinvenibili i criteri di fondo per l'esercizio del potere normativo dell'Autorità di regolazione.

Deve, pertanto, ritenersi ammissibile l'esercizio del potere regolamentare da parte delle Autorità indipendenti sulla base di una lettura finalistica dei poteri alle stesse attribuiti, cui accede la funzione normativa generale ed astratta.

Deve, inoltre, rilevarsi che il potere di determinare i casi di indennizzo automatico, annoverato dall'art. 2, comma 12, lettera g), della legge n. 481 del 1995 tra le funzioni affidate all'Autorità al fine di tutelare gli interessi degli utenti, si completa con il potere dell'Autorità, previsto dalla lettera h) del medesimo comma, di emanare "le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione..".

Il combinato disposto delle due previsioni consente, quindi, di ritenere che alle Autorità di regolazione sia attribuita la competenza alla definizione dei livelli generali di qualità dei servizi da fornire agli utenti, cui fa da corollario il potere complementare di stabilire le ipotesi in cui debba corrisondersi un indennizzo automatico laddove tali livelli non siano garantiti.

In corretta applicazione di tali norme, l'Autorità ha quindi stabilito – all'art. 2 della gravata delibera - in quali casi gli operatori sono tenuti a corrispondere agli utenti, in maniera automatica, a seguito di segnalazione del disservizio, gli indennizzi contrattualmente previsti. Segnatamente, tali indennizzi automatici sono stati previsti per i casi di ritardata attivazione del servizio, di sospensione e di cessazione del servizio.

Discende, dalle considerazioni sopra illustrate, che la determinazione dei casi in cui debba corrisondersi l'indennizzo automatico, di cui alla gravata delibera, conosce una precisa copertura legislativa, da individuarsi nella citata norma di cui all'art. 2, comma 12, della legge n. 481 del 1995, tuttora vigente e compatibile con il nuovo assetto impresso alla materia dalla normativa successivamente intervenuta, con refluenta infondatezza della esaminata censura.

1.3 – Contesta parte ricorrente, sotto altro profilo, l'idoneità dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche a legittimare l'intervento regolamentare dell'AGCOM con riferimento alla determinazione delle misure di indennizzo minimo da applicare in sede di definizione delle controversie.

Sostiene, in particolare, parte ricorrente che tale norma possa trovare applicazione unicamente ai servizi di comunicazione elettronica e non anche ai servizi radiotelevisivi a pagamento e che la stessa, in quanto di valenza programmatica, non consentirebbe la determinazione autoritativa ed in misura uniforme per tutti gli operatori degli indennizzi applicabili in sede di definizione delle controversie.

Giova in proposito preliminarmente precisare che la gravata delibera, al già citato punto II.i, dedicato alla base giuridica del provvedimento, indica nell'art. 84 del Codice delle comunicazioni

elettroniche il fondamento normativo dell'intervento di individuazione dei casi per i quali, in sede di definizione delle controversie, applicare le misure di indennizzo minimo.

Stabilisce tale norma che "l'Autorità, ai sensi dell'articolo 1, commi 11, 12 e 13 della legge 31 luglio 1997, n. 249, adotta procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali, relative alle disposizioni di cui al presente Capo, tali da consentire un'equa e tempestiva risoluzione delle stesse, prevedendo nei casi giustificati un sistema di rimborso o di indennizzo".

Il Regolamento, di cui all'Allegato A della Delibera 73/11/CONS, stabilisce i criteri per la definizione, in sede di decisione delle controversie tra operatori ed utenti, degli indennizzi applicabili alle varie ipotesi di disservizio al fine di assicurare uniformità di trattamento delle varie fattispecie di disservizio indipendentemente dall'operatore interessato, individuando un adeguato criterio minimo di calcolo per gli indennizzi dovuti, che la stessa Autorità, o i Corecom delegati saranno chiamati ad applicare nell'attività di definizione delle controversie tra utenti ed operatori, mirando altresì a prevedere un'adeguata differenziazione a seconda della gravità della violazione sanzionata, creando un sistema di indennizzi che garantisca, nella fase di definizione delle controversie, certezza del diritto.

Richiamato, per quanto qui interessa, il contenuto della gravata Delibera e dell'allegato Regolamento, non possono condividersi le argomentazioni con cui parte ricorrente contesta l'idoneità dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche a fondare l'intervento regolatore contestato sull'assunto della valenza meramente programmatica della norma.

Assegnato all'Autorità il compito di adottare procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose, prevedendo nei casi giustificati un sistema di rimborso o di indennizzo, risulta rientrare nel medesimo ambito di attribuzione anche il potere per l'Autorità di elaborare un sistema di quantificazione degli indennizzi da riconoscere agli utenti in sede di definizione extragiudiziale delle controversie per i casi di accertata violazione contrattuale, da effettuarsi in contraddittorio con l'operatore, in tal modo assicurando uniformità di trattamento tra gli operatori e gli utenti e garantendo la certezza del diritto.

Né può ritenersi, contrariamente a quanto affermato da parte ricorrente, la natura meramente programmatica della norma dettata dall'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche che, se intesa nel senso di precludere all'Autorità il potere di determinare i criteri di calcolo degli indennizzi da liquidare in sede di definizione delle controversie, si risolverebbe in uno svuotamento della portata della norma stessa che espressamente prevede l'adozione di un 'sistema di rimborso o di indennizzo' al fine di consentire un'equa e tempestiva risoluzione delle controversie.

Risulta, inoltre, connaturale al potere dell'Autorità di definire le controversie insorte tra operatori ed utenti la competenza a determinare anche i criteri di quantificazione degli indennizzi, da applicare proprio nell'esercizio del potere di decisione sulle controversie, così superando il precedente sistema di calcolo basato sulle previsioni degli operatori che aveva dato luogo a fenomeni di disparità di trattamento consentendo che la stessa fattispecie potesse essere indennizzata in misura anche notevolmente differente a seconda dell'operatore coinvolto, e con possibile inadeguatezza della somma stabilita.

La censura in esame deve, pertanto, essere rigettata.

1.3 – Deduce parte ricorrente l'intervenuta violazione dei principi di legalità e di tipicità del potere esercitato nel caso di specie dall'AGCOM, in quanto esorbitante dalle attribuzioni alla stessa

conferite dall'art. 2, comma 12, lettera g) della legge n. 481 del 1995 e dall'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, con conseguente violazione della riserva di legge prevista dagli artt. 23 e 41 della Costituzione e del principio di stretta legalità che deve presidiare gli interventi restrittivi della libertà di iniziativa economica.

Richiamato quanto già sopra illustrato circa l'idoneità dell'art. 2, comma 12, della legge n. 481 del 1995 e dall'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche a costituire il fondamento normativo del potere regolativo esercitato nella fattispecie in esame, l'infondatezza della censura in esame risiede, oltre che su tali rilievi, anche nella corretta ricognizione della portata di tale intervento, attraverso il quale non viene imposta agli operatori, avuto riguardo agli indennizzi automatici, la misura dell'indennizzo da corrispondere agli utenti, che risulta essere invece determinato dalle condizioni contrattualmente previste, cosicché nessuna illegittima incisione dell'autonomia negoziale e della libertà di iniziativa economica risulta essersi verificata, dovendo comunque rilevarsi come, in linea generale, la libertà contrattuale può ricevere legittima compressione in ragione della tutela degli interessi connessi all'ambito di regolazione cui è preposta l'Autorità.

2 – Sotto un diverso profilo, denuncia parte ricorrente il difetto di motivazione della gravata Delibera in quanto ometterebbe di dare conto delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione e del fondamento normativo del potere esercitato - messo in dubbio in sede di consultazione pubblica - attraverso la puntuale considerazione degli elementi istruttori emersi durante la consultazione, che si sarebbe conseguentemente risolta in un adempimento meramente formale in violazione del principio del contraddittorio procedimentale.

La censura non merita favorevole esame.

La gravata Delibera, come peraltro già sopra illustrato, dedica uno specifico capo (II.i) all'indicazione della base giuridica del provvedimento, richiamando le disposizioni poste a fondamento dell'intervento regolatore, indicando le finalità dell'intervento e dando precedentemente atto di tutti gli elementi emersi nel corso della consultazione pubblica, che risultano essere stati presi in espressa considerazione e puntualmente esaminati, nel pieno rispetto, quindi, del principio del contraddittorio procedimentale – che, contrariamente a quanto affermato da parte ricorrente, non si è risolto in un adempimento meramente formale – ed adeguatamente assolvendo all'onere di congrua motivazione, la quale deve essere intesa in senso sostanziale, ovvero come indicazione delle ragioni del provvedimento, non essendo necessario, in ragione della natura dell'atto, procedere ad una replica puntuale a ciascuna osservazione ed alla confutazione analitica di ciascuna argomentazione emersa nel corso della consultazione pubblica.

Se, invero, all'atto di regolazione non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi ed amministrativi generali (art. 3 e 13, della legge n. 241 del 1990), posto che in assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e la neutralità delle Autorità indipendenti può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale (Consiglio Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; 2 marzo 2010 n. 1215) tuttavia ciò impone di considerare che l'obbligo di motivazione deve essere adempiuto con riferimento ed aderenza specifica alla natura degli atti di competenza dell'Autorità, che sono pur sempre atti di regolazione.

Con la conseguenza che l'atto di regolazione deve essere motivato nel senso che devono essere indicati i presupposti di fatto e di diritto della decisione e deve essere dotato di giustificazione sostanziale, ma ciò non impone all'Autorità la considerazione puntuale e specifica degli argomenti

dedotti da ogni operatore del mercato, trattandosi pur sempre di atto generale, (Consiglio Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; 2 marzo 2010 n. 1215; T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. III, 11 maggio 2010, n. 1455) che è, in parte, svincolato, nello spirito dell'art. 13 della legge n. 241 del 1990 dal rispetto dei canoni precisi della legge sul procedimento, che va, invece, rispettata in via di principio.

La procedura del notice and comment, imposta nella fattispecie dall'art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche, nel legittimare l'esercizio del potere regolatorio da parte di soggetti istituzionali posti al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, attraverso l'imposizione di un procedimento partecipativo sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative per il cui tramite arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione acquisendo gli interessi coinvolti nell'esercizio del pubblico potere ed il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati, non si traduce nell'obbligo per l'Autorità di replicare puntualmente a ciascuna delle osservazioni sollevate, trattandosi pur sempre di atto generale, 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.

Nella fattispecie in esame, avuto riguardo alle specifiche doglianze di parte ricorrente, la quale lamenta l'intervenuta elusione dell'obbligo di motivazione in relazione alle osservazioni formulate in sede di consultazione pubblica in ordine all'inesistenza del potere esercitato in materia di indennizzi, tale onere di motivazione risulta pienamente assolto attraverso l'indicazione delle norme che l'Autorità ha ritenuto costituire la base normativa dell'intervento, non essendo necessaria una puntuale replica ad ogni osservazione ed essendo sufficiente l'indicazione delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione, avuto particolare riguardo ai casi in cui vengono contestati i presupposti dell'azione regolatoria.

3 – Sotto altro profilo, per l'ipotesi in cui dovesse ritenersi che l'Autorità possa esercitare poteri regolamentari nei confronti degli operatori di comunicazione elettronica nella materia degli indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori, sostiene innanzitutto parte ricorrente come tale potere non possa comunque estendersi agli operatori di servizi radiotelevisivi a pagamento, riferendosi l'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche alla materia inerente le reti e servizi di comunicazione elettronica, cui non sarebbe riconducibile l'attività della società ricorrente, con conseguente illegittimità della gravata delibera che avrebbe indebitamente esteso il proprio ambito di applicazione oltre i propri limiti ed al di fuori della materia di competenza.

La questione sollevata con la censura in esame va affrontata e risolta coniugando la portata dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche con la norma di cui all'art. 1, comma 6, lettera b), n. 2 della legge n. 249 del 1997, istitutiva dell'AGCOM, ai sensi del quale l'Autorità "emana direttive concernenti i livelli generali di qualità del servizio e per l'adozione, da parte di ciascun gestore, di una carta del servizio recante l'indicazione di standard minimi per ogni comparto di attività".

Di tale norma è stato valorizzato il generico riferimento al gestore del servizio, da intendersi come riferibile a tutti i gestori dei servizi di telecomunicazioni e radiotelevisivi (Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 aprile 2006, n. 1769), comprensivi dei servizi di rilevanza imprenditoriale e di carattere eminentemente commerciale, sull'assunto che il Legislatore abbia inteso sottoporre alla regolazione dell'Autorità tutti i soggetti e gli operatori comunque coinvolti nella realizzazione del servizio televisivo.

L'ampia latitudine da attribuire alla nozione di gestore utilizzata nella citata norma, non suscettibile di interpretazione restrittiva, nel ricomprendere qualsiasi soggetto svolgente attività nel settore delle telecomunicazioni, risulta conforme alle esigenze di tutela dell'utenza proprie del settore delle comunicazioni, in ragione della invasività del mezzo radiotelevisivo che giustifica lo stesso conferimento di poteri regolatori all'AGCOM anche nei confronti di operatori imprenditoriali, conferendo poteri limitativi dell'autonomia privata e della libertà di impresa in un settore, quale quello dei servizi di telecomunicazione, connotato da forti poteri privati, al fine di garantire che sia assicurata la tutela degli interessi generali di protezione del consumatore-utente.

L'ampia nozione di gestore, come sopra illustrata, va coniugata con il rilievo che l'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche, nell'attribuire all'Autorità la competenza in ordine all'adozione di procedure extragiudiziali per la definizione delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali, non reca alcuna specificazione in ordine alla tipologia di gestore, e ciò coerentemente con l'imprescindibile necessità di apprestare una tutela a tutti gli utenti dei servizi di comunicazione, ivi compresi quelli televisivi a pagamento che, altrimenti, resterebbero privi di protezione e ciò in contrasto con le stesse finalità sottese all'istituzione dell'Autorità di regolazione ed all'attribuzione dei relativi poteri.

Inoltre, il Capo in cui è collocato il citato art. 84 si riferisce alla materia del servizio universale e di diritti degli utenti, senza ulteriori specificazioni che possano ridurre la portata applicativa legittimando l'esclusione dal relativo ambito degli operatori di servizi televisivi a pagamento.

Alla luce delle considerazioni sopra illustrate, la definizione di 'operatore' contenuta nella gravata Delibera, riferita ad 'ogni impresa autorizzata a fornire una rete pubblica di comunicazioni, o una risorsa correlata o un servizio di comunicazione elettronica o un servizio radiotelevisivo a pagamento', non appare affetta dai denunciati vizi di illegittimità, essendo essa conforme e coerente con la disciplina di riferimento e con le finalità sottese all'attribuzione dei poteri regolatori all'Autorità, nonché con l'esigenza di apprestare una compiuta tutela a tutti gli utenti dei servizi di comunicazione siano essi telefonici che radiotelevisivi, anche a pagamento.

Risulta, pertanto, irrilevante che la nozione di operatore, di cui alla gravata Delibera, nella parte in cui ricomprende i servizi radiotelevisivi a pagamento non trovi espressa corrispondenza nel Codice delle comunicazioni elettroniche o nella 'direttiva servizio universale', essendo essa finalizzata ad individuare con certezza i destinatari della disciplina regolamentare e risultando comunque coerente con le disposizioni normative attributive della competenza dell'Autorità a risolvere le controversie tra operatori ed utenti.

Tra tali norme, viene altresì in rilievo l'art. 1, comma 11, della legge n. 249 del 1997, ai sensi del quale "L'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze...", riconducendo a tale nozione di soggetto autorizzato tutti i fornitori di servizi di comunicazione, anche radiotelevisiva a pagamento .

In proposito, devono essere disattese le argomentazioni con cui parte ricorrente tende a sottrarsi dall'ambito di applicazione della gravata Delibera e dell'allegato Regolamento sull'assunto che, in quanto fornitrice di attività di piattaforma a pagamento, attraverso la commercializzazione di pacchetti di programmi e di singoli contenuti, non sarebbe soggetta al regime abilitativo, che sarebbe riferibile alle sole comunicazioni elettroniche e non ai servizi radiotelevisivi a pagamento.

In proposito va rilevato che la società ricorrente svolge, indubitabilmente, attività di trasmissione di programmi televisivi sia satellite e di distribuzione di film e programmi televisivi, fornendo servizi

di accesso condizionato, dovendo escludersi la sua configurabilità quale mero fornitore di contenuti, ricadendo conseguentemente a pieno titolo nella nozione di ‘servizi di comunicazione elettronica’ di cui all’art. 1, lettera gg) del Codice delle comunicazioni elettroniche, il quale ricomprende nel servizio di comunicazione elettronica “i servizi, forniti di norma a pagamento, consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica, compresi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva, ad esclusione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti...”.

Ad escludere la possibilità di qualificare la società ricorrente quale mero fornitore di contenuti, come tale espressamente sottratto alla nozione di servizio di comunicazione elettronica ai sensi della citata norma, interviene il rapporto diretto intercorrente tra la stessa e l’utente finale - mancante in presenza di un mero fornitore di contenuti che si avvale della mediazione di un soggetto terzo - trasmettendo la società, in forma codificata, i pacchetti aggregati direttamente presso l’abitazione dell’utente al quale viene consegnato il kit necessario alla ricezione delle trasmissioni.

In tale veste, la società ricorrente risulta pertanto soggetta al regime di autorizzazione generale di cui all’art. 1, comma 11, della legge n. 249 del 1997, in cui ricadono tutti i fornitori di servizi di comunicazione elettronica, ivi compresi i fornitori di servizi di radiodiffusione televisiva a pagamento.

Non conduce a diverse conclusioni la circostanza, evidenziata da parte ricorrente, che l’espressione ‘impresa autorizzata a fornire un servizio radiotelevisivo a pagamento’ sarebbe estranea al novero delle figure normativamente individuate nel Testo Unico dei servizi media audiovisivi e radiofonici e che nell’ambito dell’attività di fornitura di un servizio radiotelevisivo a pagamento agiscono numerose figure e tipologie di operatori, di cui solo alcune trovano una specifica definizione normativa, potendo tra di esse asseritamente farsi rientrare nel novero degli operatori di comunicazione elettronica solo l’operatore di rete, cui solo potrebbe applicarsi la gravata delibera.

Al riguardo, è sufficiente rilevare che seppur deve concordarsi con parte ricorrente circa la riconducibilità alla nozione di fornitura di servizio radiotelevisivo a pagamento di diverse figure, di cui alcune non normativamente individuate, non può revocarsi in dubbio che la società ricorrente svolge una serie di attività che non sono tutte riconducibili alla aggregazione di pacchetti, che come tale sfuggirebbe all’ambito soggettivo di applicazione delle citate norme.

In altri termini, non può ricondursi l’attività svolta dalla ricorrente alla mera fornitura di pacchetti, dovendo essa più correttamente qualificarsi come fornitura di servizi, aventi accesso condizionato, attraverso la fornitura di sistemi di abilitazione alla visione dei programmi, propedeutico alla fruizione dei contenuti offerti.

Attraverso la qualificazione della società ricorrente quale fornitore di servizio televisivo ad accesso condizionato transita, quindi, l’applicazione, nei suoi confronti, delle norme del Codice delle comunicazioni elettroniche e delle disposizioni di cui al gravato Regolamento, a nulla rilevando la circostanza che la stessa svolga al tempo stesso anche attività di fornitura di contenuti televisivi o attività correlate e strumentali, soggiacendo essa all’applicazione del Regolamento nella qualità di fornitore di servizio televisivo a pagamento che intrattiene rapporti con l’utente.

Ad avallare tale interpretazione soccorre, peraltro, il considerando 30 della ‘direttiva servizio universale’ - richiamato dalla gravata delibera - il quale, contrariamente a quanto affermato da parte

ricorrente, non si riferisce esclusivamente ai servizi di comunicazione telefonica, ma riguarda le reti ed i servizi di comunicazione elettronica complessivamente intesi, e contrastando la prospettata lettura riduttiva della portata della direttiva con la ratio alla stessa sottesa, volta ad assicurare, attraverso l'art. 34, un sistema di risoluzione extra giudiziale delle controversie tra operatori ed utenti senza distinguere tra servizi telefonici e servizi televisivi.

Quanto alle argomentazioni con cui l'Autorità ha motivato l'applicabilità della disciplina sugli indennizzi nei confronti della società ricorrente sulla base della decisione della Commissione Europea, trasfusa nella delibera dell'Autorità 334/03/CONS, è di tutta evidenza come tale richiamo non valga a fondare ex se la competenza dell'Autorità o a farla derivare dalla Decisione comunitaria, trovando tale competenza il proprio fondamento nelle norme dianzi illustrate, con conseguente irrilevanza della circostanza della prossima scadenza degli Impegni, consistendo tale richiamo in una notazione storica in ordine alla competenza dell'Autorità come attribuita dalla citata Decisione comunitaria che conferma la sussistenza del potere esercitato.

Ferme le considerazioni sopra illustrate in ordine alle fonti normative attributive della competenza dell'Autorità circa l'adozione della gravata Delibera e dell'allegato Regolamento, il riferimento, contenuto in detta Delibera, alla tematica delle Carte dei Servizi ed alla giurisprudenza formatasi in materia al fine di affermare la riconducibilità delle controversie tra utenti e fornitori di servizi televisivi a pagamento, ivi compresa Sky Italia, tra quelli di competenza dell'Autorità, non assolve, contrariamente a quanto affermato da parte ricorrente, la funzione di supplire alla mancanza di una base giuridica del potere esercitato, che trova invece puntuali referenti normativi nelle disposizioni sopra richiamate, dovendo ulteriormente precisarsi in proposito come tale richiamo non inerisca – per come affermato da parte ricorrente - a materia diversa ed estranea, posto che il diritto all'indennizzo sorge per l'utente a fronte di una erogazione del servizio non conforme agli standard minimi di qualità indicati nelle carte dei servizi degli operatori.

4 – Con un ultimo ordine di censure parte ricorrente, nel rivendicare la propria natura di piattaforma a pagamento che come tale entra in rapporto con gli utenti e che come tale non sarebbe soggetta al regime di autorizzazione generale in quanto non normativamente definita, contesta l'estensione dell'applicazione della disciplina introdotta con la gravata delibera alle imprese autorizzate a fornire un servizio radiotelevisivo a pagamento, rappresentando altresì come la propria soggezione alla disciplina prevista dalla gravata delibera non potrebbe farsi discendere dalla circostanza, meramente accidentale, che Sky svolge anche attività normativamente definite e soggette al regime autorizzatorio, che ben potrebbero essere svolte da altri soggetti.

Al riguardo, osserva il Collegio che, come già dianzi illustrato, la ricorrente deve essere qualificata, in relazione alle attività dalla stessa svolte, quale fornitore di servizio televisivo a pagamento ad accesso condizionato, rientrando pertanto tra i fornitori di servizi di comunicazione elettronica, in quanto entra in rapporto con gli utenti proprio in tale qualità – non fornendo i propri servizi a terzi operatori - irrilevante essendo che attività strumentali accidentalmente svolte dalla stessa potrebbero essere svolte da soggetti terzi.

Ne discende che la società ricorrente soggiace all'applicazione del Regolamento nella qualità di fornitore di servizio televisivo a pagamento che intrattiene rapporti con l'utente.

Quanto all'ultima delle censure proposte, articolata in via ipotetica per l'ipotesi in cui "l'Autorità intendesse far leva (al fine di estendere l'applicabilità della Delibera e del Regolamento ai 'servizi radiotelevisivi a pagamento')" sull'art. 31 del TUSMAR, ai sensi del quale il 'fornitore di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato' è stato assoggettato al regime di autorizzazione generale, lamentando in proposito il contrasto della citata norma con la direttiva

2002/20/Ce in combinato disposto con la direttiva 98/84/Ce, con conseguente affermata necessità della sua disapplicazione, osserva il Collegio come tale norma non venga richiamata dalla gravata Delibera a proprio sostegno, mentre la soggezione della società ricorrente alla disciplina regolamentare dettata in materia di indennizzi, adottata nell'esercizio dei poteri attribuiti normativamente all'Autorità, è stata legittimamente operata in virtù dei parametri sopra illustrati.

Pertanto, affermata la competenza dell'Autorità in ordine all'adozione del contestato atto di regolazione, e rilevata, sulla base di quanto sin qui illustrato, l'applicabilità di tale regolazione anche alla società ricorrente, perde rilievo la censura in esame, la cui valenza resta assorbita dalle argomentazioni sopra illustrate, che danno contezza della legittimità dei gravati provvedimenti.

Dalla rilevata infondatezza del ricorso principale discende l'infondatezza dei ricorsi per motivi aggiunti proposti avverso le determinazioni con cui è stata data applicazione all'atto di regolazione impugnato con il ricorso principale, contestati da parte ricorrente sotto il profilo dell'illegittimità derivata.

In conclusione, alla luce di quanto sin qui illustrato, il ricorso in esame ed i motivi aggiunti devono essere rigettati stante la rilevata infondatezza delle censure proposte.

La particolarità delle questioni sollevate nella presente controversia suggerisce di compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

- Roma - Sezione Seconda

definitivamente pronunciando sul ricorso N. 4179/2011 R.G., come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Elena Stanizzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/12/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)