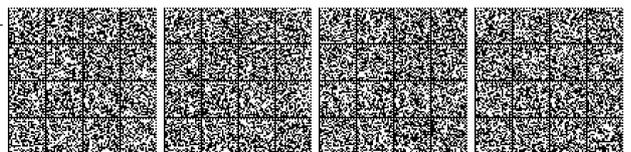


CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE
Sezione III[^]

Notifica per pubblici proclami del ricorso RG n. 2201/2012

Con ordinanza n. 1935/2012, depositata il 31 marzo 2012, il Consiglio di Stato, Sez. III[^], ha ordinato a Telecom Italia Media S.p.a. ed MTV Italia S.r.l., con sedi legali in Roma, Via della Pineta Sacchetti, n. 229, (P.IVA: 13289460159 e 05690981005) rappresentate e difese dagli Avv.ti Prof. Beniamino Caravita di Toritto, Luca Sabelli (C.F.: SBLLCU60E15H501H) e Francesca Pace (C.F.: PCAFNC61D41H501C), domiciliate presso lo studio del primo in Roma, via di Porta Pinciana, n. 6 (fax 06/42001646; pec abilitata: cdta@legalmail.it), l'integrazione del contraddittorio mediante notifica per pubblici proclami del ricorso RG 2201/2012 dalle stesse proposto per l'annullamento e/o riforma, *in parte qua*, della sentenza del Tar Lazio, Roma, Sez. III[^] Ter, n. 873/2012, depositata il 26 gennaio 2012. Tale pronuncia è stata appellata nella parte in cui ha accolto il ricorso RG 7912/2010 proposto da Sky Italia S.r.l. (integrato da un successivo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 27 dicembre 2010) avverso la delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito "AGCOM") n. 366/10/CONS, recante il "*Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi in tecnica digitale terrestre e relative condizioni di utilizzo*", la delibera AGCOM 122/10/CONS e i relativi provvedimenti ministeriali attuativi (Bandi per l'assegnazione delle numerazioni nelle aree digitalizzate e da digitalizzare, determine del 22 e 24 novembre 2010, atto del 6 dicembre 2010 integrativo dell'allegato 1 alla determina del 24 novembre 2010 e relativa nota di trasmissione, note recanti chiarimenti forniti dall'AGCOM citate nelle premesse della determina



del 24 novembre 2010, graduatorie/elenchi/piani eventualmente approvate/i per le singole aree tecniche anche se non conosciuti).

Con ricorso depositato dinanzi al Consiglio di Stato in data 27 marzo 2012, Telecom Italia Media S.p.a. ed MTV Italia S.r.l. hanno impugnato la sentenza n. 873/2012 in quanto erronea, illogica, contraddittoria e lesiva dei rispettivi diritti ed interessi per i motivi di diritto di seguito riassunti.

1. Illegittimità della sentenza nella parte relativa all'asserita violazione del termine di trenta giorni per la consultazione pubblica. La sentenza di primo grado ha erroneamente annullato il Piano di numerazione ritenendo illegittimo il termine di 15 giorni fissato dall'AGCOM per l'invio dei contributi partecipativi nell'ambito della procedura di consultazione di cui alla delibera 122/10/CONS per violazione dell'art. 11, comma 1, del D.Lgs. n. 259/03. Al contrario, tale termine appare pienamente legittimo in quanto: *i)* ai sensi degli artt. 1, lett. gg) e 2, commi 2 e 3 del D.Lgs. n. 259/03, la fornitura di servizi mediante l'utilizzo delle reti di comunicazione elettronica – quale è l'LCN – esula dall'ambito di applicazione del Codice; *ii)* l'art. 11, comma 1, del D.Lgs. n. 259/03 ha fissato un termine di trenta giorni per l'invio delle osservazioni senza qualificarlo come perentorio ed inderogabile. In mancanza di una previsione contraria, dunque, il predetto termine deve essere considerato derogabile; *iii)* l'art. 3, comma 1, della delibera 453/03/CONS, non qualificando il termine ivi fissato come perentorio, consente all'Autorità di valutare l'opportunità di fissare un termine inferiore. Considerato che l'AGCOM aveva precedentemente avviato la procedura di consultazione 647/09/CONS sulla proposta DGTVi, relativa all'ordinamento automatico dei canali, nell'ambito della quale gli operatori del settore e le relative associazioni avevano già espresso le proprie osservazioni, pienamente legittimo risulta il termine fissato



dall'Autorità per l'invio delle osservazioni; *iv*) il termine fissato dall'AGCOM è risultato effettivamente idoneo ad assicurare la partecipazione dei soggetti interessati; tant'è che dall'esame del procedimento istruttorio emerge come tutte le posizioni siano state acquisite ed esaminate dall'Amministrazione procedente. Si tratterebbe, dunque, di un mero vizio formale inidoneo ad incidere sulla partecipazione al procedimento dei soggetti interessati e a determinare l'annullamento del Piano di numerazione (art. 21 *octies* della legge n. 241/90).

2. Illegittimità della sentenza nella parte inerente l'asserita irregolarità della procedura di consultazione per assenza di documenti. L'erroneità di tale capo di decisione è evidente ove si consideri che : *i*) lo schema di provvedimento sottoposto a consultazione pubblica contiene tutte le disposizioni poi confluite nella delibera 366/10/CONS; *ii*) è inconfigurabile un interesse di Sky dal momento che i motivi di illegittimità dalla stessa dedotti si fondano sulle previsioni contenute nella delibera 122/10/CONS.

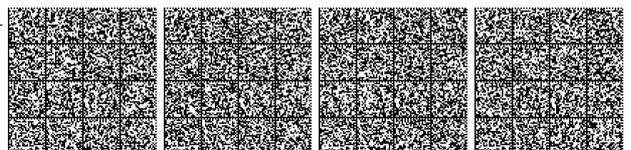
3. Illegittimità della sentenza nella parte in cui ha erroneamente annullato la suddivisione delle numerazioni in sottoblocchi prevista dal Piano nonché la definizione di canale generalista nazionale ivi contenuta. Erroneo e meritevole di riforma è tale capo di decisione in quanto: *i*) la titolarità in capo all'AGCOM del potere di adottare atti normativi secondari rende irrilevante la circostanza che l'art. 32 del D.Lgs. n. 177/05 non abbia espressamente previsto la distinzione tra emittenti nazionali ex analogiche e non; *ii*) la suddivisione in archi prevista dall'AGCOM è espressione di un corretto bilanciamento dei criteri e degli interessi individuati dall'art. 32 del D.Lgs. n. 177/05. Essa, infatti, introduce un sistema semplice, rispettoso delle abitudini degli utenti e



idoneo a valorizzare, all'interno del primo arco di numerazione, i nuovi canali digitali nazionali senza marginalizzare l'emittenza locale; *iii*) la definizione di canale generalista nazionale presuppone requisiti giuridici e tecnici che non possono essere ridotti alla mera programmazione trasmessa. Tale definizione tiene nella debita considerazione il contributo offerto dalle emittenti nazionali *ex* analogiche al processo di transizione al digitale; *iv*) la tesi del TAR si fonda su una lettura erronea e palesemente fuorviante delle categorie utilizzate dall'AGCOM; *v*) la decisione di primo grado denota il travalicamento dei limiti posti al sindacato del giudice amministrativo in relazione agli atti espressione di discrezionalità delle Autorità amministrative indipendenti.

4. Illegittimità della sentenza nella parte relativa alla pretesa discriminatorietà delle previsioni riguardanti i soggetti di cui alla procedura di cessione del 40% della capacità trasmissiva. Tale capo di decisione risulta erroneo in quanto: *i*) l'art. 6, comma 4, del Piano di numerazione, lungi dall'accordare un indebito privilegio, appresta una forma di tutela nei confronti dei soggetti di cui alla delibera 645/07/CONS che, favorendo l'aumento dell'offerta televisiva, hanno concorso alla diffusione del digitale; *ii*) il trattamento riconosciuto in favore dei soggetti selezionati ai sensi della delibera 645/07/CONS non ha in concreto avuto alcun impatto sugli interessi di Sky.

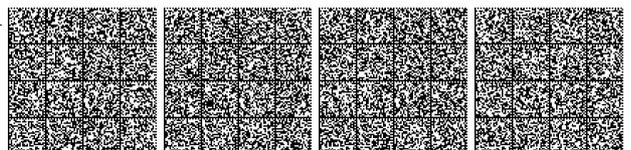
5. Illegittimità della sentenza nella parte concernente l'asserita incompetenza del Capo del Dipartimento Comunicazioni ad adottare i Bandi per l'assegnazione delle numerazioni nonché la determina del 22 novembre 2010. Il Capo Dipartimento, quale organo di vertice sovraordinato rispetto al Direttore Generale della DGSCER, è titolare di poteri di coordinamento, direzione e controllo, ma anche di poteri e compiti propri di un dirigente generale. Egli è anche il responsabile della



gestione e dei risultati derivanti dall'impiego delle risorse finanziarie ed umane assegnate dal Ministro con la direttiva annuale. Considerato che al momento dell'adozione dei provvedimenti contestati il posto di Direttore Generale della Direzione generale per i servizi di comunicazione elettronica e di radiodiffusione era vacante, il Capo Dipartimento era tenuto a compiere gli atti necessari ad assicurare l'esercizio delle competenze spettanti a tale direzione.

6. Illegittimità della sentenza nella parte in cui ha annullato gli artt. 1, comma 2, e 3 dei Bandi ministeriali. Erroneo e meritevole di riforma appare tale capo di decisione ove si consideri che: *i)* essendo le disposizioni in esame prive di lesività per Sky, il TAR avrebbe dovuto adottare una declaratoria di inammissibilità; *ii)* la previsione dell'acquisizione di dati antecedenti la pubblicazione dei Bandi è espressione della discrezionalità del Ministero, sindacabile dal giudice solo se viziata da eccesso di potere e risulta comunque del tutto conforme alle norme che disciplinano, in generale, le procedure di selezione nonché al criterio del rispetto delle abitudini e delle preferenze degli utenti di cui alla normativa primaria; *v)* la produzione dei dati di ascolto non costituisce un obbligo per le emittenti né la mancata produzione di tali dati determina l'esclusione delle stesse dalla procedura di assegnazione delle numerazioni.

7. Illegittimità della sentenza nella parte in cui ha asserito il mancato assolvimento, da parte del Ministero, dell'obbligo di motivazione sullo stesso gravante in relazione alle richieste di assegnazione delle numerazioni formulate da Sky. La qualificazione di "Cielo" e "Cielo 2" quali canali semigeneralisti e l'attribuzione, agli stessi, delle relative numerazioni, è stata effettuata dal Ministero sulla base delle disposizioni del Piano e, dunque, nell'esercizio di un'attività vincolata. Considerato



l'espresso richiamo, nella determina del 24 novembre 2010, di tutte le disposizioni del Piano sulla base delle quali la stessa ha attribuito le numerazioni, non è configurabile alcun difetto di motivazione.

8. Illegittimità della sentenza nella parte in cui ha rigettato l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado per difetto del contraddittorio formulata da Telecom Italia Media S.p.a. ed MTV Italia S.r.l. Tale capo della decisione risulta erroneo ove si consideri che Telecom Italia Media S.p.a. ed MTV Italia S.r.l., in quanto emittenti nazionali ex analogiche posizionate ai numeri 7 e 8 del telecomando, rivestivano, sin dalla proposizione del ricorso introduttivo da parte di Sky, una posizione giuridicamente qualificata alla conservazione del Piano di numerazione e dei criteri di assegnazione delle numerazioni ivi fissati. Esse, dunque, avrebbero dovuto essere coinvolte in giudizio *ab origine*. Alla luce delle esposte considerazioni, MTV Italia S.r.l. e Telecom Italia Media S.p.a., hanno chiesto: - la riunione del gravame proposto con il giudizio RG 921/2012 promosso dall'AGCOM e dal Ministero ai sensi degli artt. 70 e 96, comma 1, c.p.a., in quanto aventi entrambi ad oggetto l'impugnazione della sentenza del TAR Lazio, Roma, Sez. III[^] Ter, n. 873/2012; - l'accoglimento dell'appello proposto e, per l'effetto, in annullamento e/o riforma parziale della sentenza gravata, l'integrale rigetto del ricorso proposto in primo grado.

Come disposto dalla citata ordinanza collegiale n. 1935/2012, la presente notifica "*è diretta a tutti i fornitori di servizi audiovisivi assegnatari per i propri palinsesti di una numerazione nell'ambito dell'ordinamento automatico dei canali della televisione digitale terrestre*".

Si avvisa che la pubblica udienza di trattazione del merito del ricorso è fissata al 22 giugno 2012.

avv.ti prof. Beniamino Caravita di Toritto
Luca Sabelli - Francesca Pace

TS12ABA5758 (A pagamento).

