

CONSIGLIO DI STATO

Notifica per pubblici proclami
ai sensi dell'art. 49 cpa dell'appello r.g. n. 921/2012

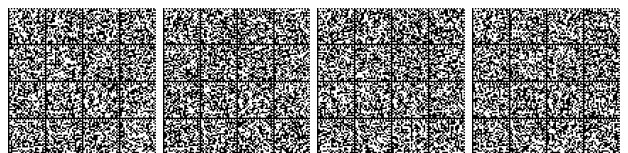
Con ordinanza collegiale n. 1927 del 31 marzo 2012, nel giudizio RG 921/2012, il Consiglio di Stato - sezione III - ha ordinato alle Amministrazioni appellanti l'integrazione del contraddittorio nei confronti di *“tutti i fornitori di servizi audiovisivi assegnatari per i propri palinsesti di una numerazione nell'ambito dell'ordinamento automatico dei canali della televisione digitale terrestre”* mediante notifica per pubblici proclami dell'estratto sintetico dell'atto di appello proposto dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, CF 95011660636, e dal Ministero dello Sviluppo Economico, CF 80230390587, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, CF 80224030585, presso i cui uffici in Roma alla via dei Portoghesi, 12, sono elettivamente domiciliati, contro Sky Italia s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Ottavio Grandinetti, elettivamente domiciliata presso di lui in Roma, Piazza delle Muse 8, e nei confronti di: R.T.I.-Reti Televisive Italiane S.p.A., Napoli Canale 21 s.r.l., Radio TV Parma S.p.A., MTV Italia S.r.l., Telecom Italia Media S.p.a., Canale 10 s.p.a., Associazione Italiana per lo Sviluppo del Digitale Televisivo Terrestre – DGTVi, Associazione Aeranti-Corallo, Radiotelevisione Italiana S.p.A., HSE24 s.p.a, e con l'intervento di F.R.T. Federazione Radio Televisioni, All Music s.p.a.. Con ricorso r.g. 7912/10 innanzi al Tar del Lazio, Sky ha chiesto la dichiarazione di nullità e/o l'annullamento: a) della delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 366/10/CONS e del suo Allegato A, recanti *“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” (di seguito la “*Delibera*”); b) del Bando con i relativi allegati, adottato dal Capo Dipartimento Comunicazioni – Direzione Generale per i Servizi di Comunicazione Elettronica e di Radiodiffusione del Ministero dello Sviluppo Economico per l’assegnazione della numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre relativamente alle aree tecniche già digitalizzate; c) del Bando con i relativi allegati, adottato dal Capo Dipartimento Comunicazioni – Direzione Generale per i Servizi di Comunicazione Elettronica e di Radiodiffusione del Ministero dello Sviluppo Economico per l’assegnazione della numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre relativamente alle aree tecniche da digitalizzare nel corso del 2010 – di seguito, entrambi, indicati come i “*Bandi impugnati*” -; d) di ogni altro atto comunque connesso, compresa, ove occorrer possa, la delibera n. 122/10/CONS con i relativi allegati, adottata dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni il 16 aprile 2010. Con successivo atto per motivi aggiunti, Sky ha impugnato: a) la Determina adottata il 22 novembre 2010 dal Dipartimento per le Comunicazioni del Ministero dello Sviluppo Economico; b) la Determina adottata in data 24 novembre 2010 dalla DGSCER, nonché l’atto integrativo adottato il 6 dicembre 2010. A fondamento del ricorso Sky rappresentava che, in occasione del procedimento di riordino delle emittenti a livello nazionale con la tecnologia del digitale terrestre, sia dallo schema di Regolamento LCN (Logical Channel Numbering od ordinamento automatico dei canali) sottoposto a consultazione pubblica con la delibera Agcom n. 122/10/Cons, sia dal Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, approvato



definitivamente dall'Autorità con delibera n. 366/10/Cons del 10 agosto 2010, nonché dai Bandi pubblicati dal Ministero - l'LCN veniva disciplinato in modo da creare una illegittima disparità di trattamento tra i vari soggetti autorizzati alla diffusione in tecnica digitale terrestre di canali nazionali generalisti, avendo l'Autorità riservato le prime nove posizioni dell'ordinamento automatico dei canali ai soli canali generalisti nazionali già trasmessi in tecnica analogica, che pertanto venivano a godere, rispetto ai canali generalisti nazionali non ex-analogici (come essa ricorrente), dell'ulteriore esclusivo privilegio di essere gli unici a possedere sull'LCN una posizione corrispondente ad una sola cifra. La società Sky inoltre rilevava tutta una serie di ulteriori illegittimità, anche di carattere procedimentale che, a suo dire, viziavano radicalmente i provvedimenti in questione e in ogni caso riducevano illegittimamente le *chances* di attribuzione alla stessa di una posizione favorevole nell'LCN. Il ricorso ed il successivo atto di motivi aggiunti erano affidati a 20 motivi di doglianza. Il ricorso in appello al Consiglio di Stato è proposto avverso la sentenza del Tar Lazio, Roma, sezione Terza Ter, n. 873/2012, resa nel suindicato giudizio R.G. 7912/10, nella parte in cui ha parzialmente accolto le censure proposte da Sky e, per l'effetto, ha annullato *in parte qua*: a) la delibera Agcom n. 366/10 ed i relativi allegati; b) per illegittimità derivata, le corrispondenti disposizioni contenute nei successivi Bandi impugnati; c) per illegittimità propria, i Bandi impugnati; d) per illegittimità derivata, le successive determinazioni ministeriali; e) per illegittimità propria, le determinazioni ministeriali del 22.11.2010 e del 24.11.2010. Con 8 motivi di ricorso si censura la sentenza del Tar, nella parte in cui è stato affermato che: 1) l'Autorità non avrebbe potuto concedere, nell'ambito della consultazione pubblica sullo schema di



provvedimento disposta con delibera n. 122/10/Cons, un termine per la formulazione di osservazioni inferiore a trenta giorni, a ciò ostando il disposto dell'art. 11 del D.Lgs. n. 259/2003; in sentenza, l'applicabilità della previsione di cui all'art. 11 del D.Lgs. n. 259/2003 viene fatta discendere dal dettato delle lettere *cc)* e *dd)* dell'art. 1 del citato decreto legislativo che, nell'ambito delle definizioni, contempla le trasmissioni televisive quale oggetto della disciplina del codice delle comunicazioni elettroniche. La decisione è errata in quanto il Tar non si è avveduto che ai sensi della lettera *gg)* del medesimo articolo 1, sono espressamente esclusi dai servizi di comunicazione elettronica *“i servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica”*, vale a dire i servizi relativi alla fornitura di contenuti, ai quali, pertanto, non risulterà applicabile la disciplina contenuta nel più volte citato D.Lgs. n. 259/2003. Atteso che l'oggetto della delibera impugnata fosse rappresentato dall'adozione di un piano finalizzato all'attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi, ne consegue, che al procedimento non risultava applicabile il termine di trenta giorni previsto dal citato art. 11 del D.Lgs. n. 259/2003. Esclusa, pertanto, l'applicabilità della previsione da ultimo citata, appare evidente che l'altra norma che detto termine contemplava (art. 3, co. 1, della delibera n. 453/03/Cons), fosse pacificamente derogabile da altro atto avente la medesima natura (delibera 112/10/Cons); 2) il documento posto a consultazione non conteneva tutti gli elementi necessari per i soggetti consultanti. La decisione è errata in quanto detto documento conteneva tutti gli elementi necessari per la consultazione ed, in particolare, conteneva lo schema del *Piano di numerazione*, che era costituito dall'indicazione degli archi da utilizzare e delle categorie “astratte” destinarie di ciascun blocco e sottoblocco, e forniva ai soggetti



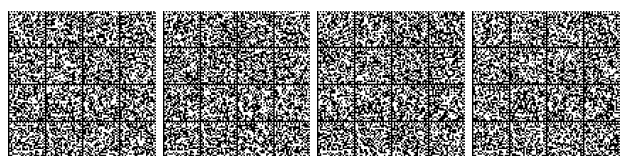
interessati *tutte le informazioni pertinenti per proporre le osservazioni di rilievo*, come in effetti è avvenuto. L'accoglimento di detto motivo di ricorso produce un *vulnus* ad uno dei principi cardine del procedimento amministrativo: il divieto di aggravio dello stesso, in modo palesemente contrastante con l'articolo 2 della legge n. 241 del 1990; 3) l'art. 32, comma 2 del Tusmar – nella parte in cui si riferisce al *“rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti, con particolare riferimento ai canali generalisti nazionali e alle emittenti locali”* – individua i canali generalisti nazionali *tout court*, contrapponendoli a quelli tematici, senza operare distinzioni di sorta tra *“ex analogici”* e *“non ex analogici”* e, secondo il Tar, è irragionevole aver interposto, tra i canali nazionali *simulcast* analogico-digitale e i nuovi canali nazionali solo digitali (c.d. canali *“nativi”* digitali), i blocchi delle emittenti locali (10-19). La decisione è errata in quanto per canale semigeneralista si intende la *“programmazione dedicata a generi differenziati, inclusa l'informazione, nessuno dei quali raggiunge il 70% della programmazione stessa”*. È proprio il tenore letterale della norma a rivelare la sua esatta portata: a ben vedere, infatti, le diverse tipologie sono ricondotte in generi di programmazione tematici, non in canali tematici. I generi di programmazione costituiscono una categoria più ampia del singolo canale, e in essa può senz'altro essere ricompresa la categoria di canali semigeneralisti. La definizione di canale semigeneralista è coerente con la prima parte della norma, che parla di generi di programmazione tematici. La distinzione tra canale generalista e semi-generalista, dunque, è diversa e ulteriore rispetto alla definizione di canale tematico. Il genere di programmazione è semigeneralista se al suo interno comprende più generi di programmazione tematici, per cui non può essere ricondotto nell'ambito



concettuale di un semplice canale tematico (caratterizzato dal monismo delle trasmissioni). Pertanto, è corretto, come ha fatto l'Autorità, sostenere che tale tipo di canale non è tematico: sono i generi di programmazione ad essere tematici; e, all'interno di tali generi, è compreso il canale semigeneralista. Detta definizione, peraltro, trova corrispondenza nell'art. 2, comma 1, lett. aa), n. 5), Tusmar. La scelta di destinare il *range* 1-9 alle emittenti nazionali analogiche, il *range* 10-19 alle emittenti locali analogiche e le numerazioni a partire dal numero 21 ai nuovi canali digitali suddivisi in generi, non è stata quindi una scelta meramente definitoria, ma è il frutto della ponderata applicazione di tutti gli elementi previsti dalla norma-delega e del temperamento di tutti gli interessi in gioco; 4) è illegittima l'introduzione di una preferenza per *“i canali irradiati dai soggetti che hanno avuto accesso al quaranta per cento della capacità trasmissiva delle reti digitali terrestri ai sensi della delibera n. 645/07/Cons”*, atteso che il trattamento preferenziale che la norma sembra contemplare per i soggetti in questione non è previsto dalla norma delega, laddove l'unico trattamento preferenziale è previsto in favore *“delle emittenti locali di qualità e quella legata al territorio”*. La decisione è errata in quanto, con lo strumento introdotto, l'Autorità ha inteso tutelare (ma non privilegiare) i fornitori di contenuti che per primi hanno investito sul digitale terrestre in un periodo di maggiore incertezza rispetto a quello attuale. La motivazione del Tar sul punto è davvero scarna (e già per questo censurabile) e, al di là di una asettica lettura dell'art. 32 del Tusmar, non cerca di comprendere la finalità e la modalità in cui si è realizzato l'intervento regolatorio, né i fini cui tende. Tale preferenza non ha minimamente inciso sulla posizione di Sky in quanto i due canali semigeneralisti selezionati ad esito della procedura del 40% della capacità



trasmissiva – Class News e Tv 2000 – sono stati collocati in posizioni successive al canale Cielo (Cielo n. 26, Class News n. 27, Tv 2000 n. 28), come risulta dal quadro delle assegnazioni dei numeri LCN pubblicata nel sito del Ministero dello Sviluppo Economico; 5) il Ministero dello Sviluppo Economico non si è costituito. La decisione è illegittima in quanto il Ministero dello Sviluppo Economico ha depositato – unitamente all'Agcom – memorie difensive volte a confutare i motivi di ricorso *ex adverso* sollevati avverso gli atti ministeriali. E' stato, dunque, arrecato un grave *vulnus* al principio di effettività del contraddittorio, di rilevanza costituzionale, in quanto il mancato esame delle difese svolte dall'Amministrazione ha inciso negativamente sulla decisione; 6) il Direttore del Dipartimento delle Comunicazioni DGSCER, ai sensi dell'art 5, comma 3, del d.lgs. 300/99 e degli artt. 18 e 20 del d.p.r. 197/2008 (recante il Regolamento di riorganizzazione del Ministero dello Sviluppo Economico), era incompetente a sottoscrivere i Bandi, in quanto gli stessi, quali atti di gestione attiva, avrebbero dovuto essere adottati soltanto dal Direttore Generale della Direzione suddetta. Il Collegio, per le medesime considerazioni, ha accolto anche i motivi aggiunti nella parte in cui contestavano la competenza del Direttore del Dipartimento delle Comunicazioni DGSCER ad adottare la Determina del 22.11.2010. La statuizione è illegittima in quanto la normativa attribuisce, in via generale, al Capo Dipartimento compiti di coordinamento, direzione e controllo, ma anche l'esercizio di poteri e compiti propri di un dirigente generale (art. 16, c. 4, d. lgs. n. 165/2001). Il Capo Dipartimento è, in quanto titolare del centro di responsabilità amministrativa, il responsabile della gestione e dei risultati derivanti dall'impiego delle risorse umane, finanziarie e strumentali assegnate dal



Ministro con la direttiva annuale (art. 3 d. lgs. n. 279/97). Nel caso specifico gli atti di gestione del Capo Dipartimento non sono stati assunti, in contrasto né con la normativa primaria né con quella secondaria (DPR n. 197/08), sottraendo gli atti alla gestione della DGSCER, ma a seguito della *vacatio* del posto di funzione di Direttore generale della suddetta direzione, ricoperto solo in data 16 febbraio 2011; 7) in assenza di un obbligo di legge o regolamentare per i canali digitali nazionali a far rilevare la loro *audience*, la previsione di dati cronologicamente anteriori oltre che illogica, secondo il Tar, può risultare iniqua e discriminatoria. Il Collegio ha, inoltre, accolto la censura di illegittimità degli artt. 1, comma 2, dei due Bandi, nella parte in cui sembrerebbero voler sanzionare con l'esclusione l'ipotesi in cui il partecipante non avesse prodotto il dato relativo all'*audience*. La motivazione è illegittima in quanto il Collegio ha ommesso di considerare le osservazioni svolte in primo grado dalle Amministrazioni resistenti secondo cui i dati di ascolto da fornire non costituivano un obbligo in capo agli istanti: la mancata presentazione dei dati relativi all'*audience* non ha, dunque, costituito causa di esclusione; 8) è illegittima la Determina adottata dalla DGSE il 24.11.2010 e l'atto integrativo dell'allegato 1 della predetta Determina, adottato il 6.12.2010, per difetto di motivazione. Il Ministero, nel disattendere le richieste formulate da Sky in merito all'assegnazione della numerazione automatica canali Cielo" e "Cielo 2" quali "canali generalisti nazionali", non avrebbe fornito una congrua motivazione. La decisione è illegittima in quanto la qualificazione dei canali Cielo" e "Cielo 2" come canali semigeneralisti, e l'assegnazione rispettivamente della posizione LCN n. 26 e 131, è stata operata dal Ministero in stretta aderenza alle previsioni di cui alla richiamata delibera 366/10/CONS. La



numerazione LCN attribuita ai suddetti canali “Cielo” e Cielo 2” è derivata dalla posizione occupata sulla base dei punteggi attribuiti ai parametri di cui all’art. 3 del bando, dando comunque la precedenza ai canali già effettivamente diffusi. Come disposto dalla citata ordinanza collegiale n. 1927 del 31 marzo 2012, in considerazione della ivi riconosciuta difficoltà di identificazione dei soggetti controinteressati, la presente notifica è effettuata nei confronti di *“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 avverte che la pubblica udienza di trattazione per il merito è fissata al 22 giugno 2012.

Roma, 2.4.2012

Il richiedente
avvocato dello Stato: Federica Varrone

TC12ABA6200 (A pagamento).

