



AVV. DOMENICO SICILIANO  
Via Antonio Gramsci, 14 – 00197 Roma  
T 06 32 33 813 – F 06 32 14 800

## **ECC.MO CONSIGLIO DI STATO**

### **Atto di appello**

di **TVP Italy S.r.l.**, con sede legale a San Benedetto del Tronto (AP), Via Turati 67, c.f. e P.IVA 02078550445, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, sottoposta a direzione e coordinamento di Mail Express Group S.r.l., rappresentata e difesa in virtù di procura in calce al presente atto dall'avv. Domenico Siciliano (c.f. SCLDNC72M15C352J) del Foro di Roma ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo a Roma, Via Antonio Gramsci 14, il quale difensore dichiara recapito fax al n. 06 32 14 800 e indirizzo PEC [domenicomiciliano@ordineavvocatiroma.org](mailto:domenicomiciliano@ordineavvocatiroma.org);

– *appellante* –

### **contro**

- la **Presidenza del Consiglio dei Ministri**, con sede a Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
  - il **Ministero dello Sviluppo Economico** (nel prosieguo, il “MISE”), con sede a Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
  - il **Ministero dell’Economia e delle Finanze** (nel prosieguo, il “MEF”), con sede a Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
- tutti rappresentati e difesi *ex lege* dall’Avvocatura Generale dello Stato;

– *Amministrazioni appellate* –

### **nei confronti di**

**Auditel S.r.l.**, con sede legale a Milano, Largo A. Toscanini n. 1, c.f. 07483650151, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

– *contro-interessata* –

### **e con l’intervento di *ad opponendum* di**

- **Associazione TV Locali, Espansione S.r.l., Rete7 S.p.a., Videomedia S.p.a.** e **Teleradio Diffusione Bassano S.r.l.**, tutte rappresentate e difese dagli avv. Antonio Catricalà, Carlo Edoardo Cazzato e Tommaso Di Nitto;

- **A.L.P.I. (Associazione per la Libertà e il Pluralismo dell'Informazione)**  
**RADIO TV**, rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Catricalà, Aldo Loiodice, Isabella Loiodice, Carlo Edoardo Cazzato, Pasquale Procacci e Francesca Sbrana;

– *intervenienti ad opponendum* –

**per l'annullamento e/o la riforma**

della sentenza del TAR Lazio – Roma n. 194 del 9 gennaio 2020 (**doc. 1**), non notificata, resa nel giudizio n. R.G. 12504/2017, con la quale sono stati respinti il ricorso introduttivo ed i successivi motivi aggiunti di ricorso con cui TVP Italy ha impugnato:

□ *quanto al ricorso introduttivo,*

- del D.P.R. n. 146 23 agosto 2017 recante “*Regolamento concernente i criteri di riparto tra i soggetti beneficiari e le procedure di erogazione delle risorse del Fondo per il pluralismo e l’innovazione dell’informazione in favore delle emittenti televisive e radiofoniche locali*” nelle parti in cui: a. indica nella società Auditel s.r.l. l’unico soggetto attestatore degli ascolti dei palinsesti dei fornitori di servizi di media audiovisivi; b. stabilisce nel 30% a regime e nel 17% per gli anni 2016 e 2017 le aliquote per l’attribuzione del punteggio per gli ascolti dei palinsesti dei fornitori di servizi di media audiovisivi; c. stabilisce che i dati di ascolto “*saranno acquisiti direttamente dal Ministero presso la società Auditel*” e che “*nel caso in cui non si disponga della rilevazione dell’ascolto per tutti i suddetti 24 mesi, sono presi in considerazione i mesi disponibili. Ai fini del calcolo della media annua, per i mesi non disponibili, l’ascolto è valutato pari a zero*”;

- di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale, anche di esecuzione, ivi incluso il D.M. 20 ottobre 2017, nelle parti che contengono disposizioni connesse, consequenziali e/o attuative delle disposizioni impugate;

□ *quanto al primo ricorso per motivi aggiunti,*

- del decreto direttoriale del 1 ottobre 2018, inclusi gli allegati, con cui sono stati

approvati la graduatoria provvisoria e gli elenchi degli importi dei contributi da assegnare alle tv commerciali per l'annualità 2016;

- di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale, anche di esecuzione, ivi inclusa, ove occorra, la graduatoria provvisoria;

□ *quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti,*

- del decreto direttoriale del 9 aprile 2019, inclusi gli allegati, con cui sono stati approvati la graduatoria definitiva e gli elenchi degli importi dei contributi da assegnare alle tv commerciali per l'annualità 2017;

- del decreto direttoriale del 25 febbraio 2019, con cui è stato disposto il pagamento di un ulteriore acconto pari al 40% degli importi dei contributi assegnati alle tv commerciali per l'annualità 2016;

- di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale, anche di esecuzione, ivi inclusa, ove occorra, la graduatoria provvisoria.

### **FATTO**

(A) TVP svolge attività di fornitura di servizi di *media* audiovisivi lineari in chiaro a carattere commerciale in ambito locale nelle regioni Marche e Abruzzo, con i seguenti palinsesti:

- palinsesto “*Vera Tv*”, posizionato al numero 79 del digitale terrestre nelle Marche e al numero 79 del digitale terrestre in Abruzzo;
- palinsesto “*TVP Italia*”, posizionato al numero 187 del digitale terrestre nelle Marche e al numero 213 del digitale terrestre in Abruzzo;
- palinsesto “*E.20 TV*”, posizionato al numero 286 del digitale terrestre nelle Marche e al numero 613 del digitale terrestre in Abruzzo;
- palinsesto “*Vera News*”, posizionato al numero 638 del digitale terrestre nelle Marche e al numero 692 del digitale terrestre in Abruzzo;
- palinsesto “*Vera Sport*”, posizionato al numero 639 del digitale terrestre nelle Marche e al numero 693 del digitale terrestre in Abruzzo;
- palinsesto “*Vera Ancona*”, posizionato al numero 640 del digitale terrestre nelle Marche e al numero 694 del digitale terrestre in Abruzzo.

L'appellante ha iniziato l'attività televisiva con un proprio palinsesto nel 2011, per forte volontà di espansione della propria capogruppo Mail Express Group S.r.l., società *leader* e che opera nel settore postale e dei pagamenti. Grazie alla vicinanza al territorio, alla solidità del Gruppo e alla qualità dei propri prodotti editoriali, TVP è cresciuta velocemente ed ha investito molto per acquistare da un soggetto terzo ulteriori autorizzazioni per nuovi palinsesti, “ereditando” altresì i numeri su indicati dell'ordinamento automatico dei canali della tv digitale terrestre, cosiddetti “LCN” (cfr. doc. 3 in primo grado). Oggi TVP è una grande realtà locale che impiega decine di dipendenti, tra cui numerosi giornalisti.

**(B)** Il palinsesto principale dell'appellante è quello a marchio “*Vera Tv*” trasmesso su LCN 79, ormai accreditato tra i più autorevoli e presenti organi di informazione nell'area delle Marche e dell'Abruzzo.

Gli ascolti di tale palinsesto sono stati rilevati da Auditel che, a fine 2015-inizio 2016 ha apparentemente riferito risultati pari a zero in termini di ripetizione dei contatti (doc. 4 in primo grado).

È fatto notorio che i rilevamenti di Auditel sono usati dalle agenzie di pubblicità e dagli inserzionisti per pianificare gli investimenti pubblicitari. L'indicatore di ripetizione è tra i più rilevanti poiché indica il grado di fedeltà degli spettatori al palinsesto. Per questa ragione i risultati di ascolto apparentemente negativi di “*Vera Tv*” in termini di ripetizione dei contatti pubblicati da Auditel hanno avuto un impatto negativo non trascurabile sulla raccolta pubblicitaria dell'appellante.

Tuttavia, i fatti riscontrati in concreto da TVP non erano coerenti con i dati presentati da Auditel. Infatti, nonostante quest'ultima indicasse per “*Vera Tv*” un indice di ripetizione pari a zero, TVP riceveva nel medesimo periodo centinaia di messaggi degli stessi telespettatori sui programmi trasmessi.

È evidente che i riscontri materiali di TVP contraddicevano i dati Auditel. Alla luce di ciò l'appellante ha chiesto chiarimenti per le vie brevi alla società,

non ottenendo esaustivo riscontro. Non solo: nel rimanere arroccata attorno i propri metodi e ferma restando l'assenza sia di valide spiegazioni sia di occasioni di reale confronto, a inizio 2017 Auditel ha persino sollecitato a TVP il rinnovo dell'iscrizione all'indagine 2017, alla quale – secondo funzionari forse più attenti ai ricavi che alla fedeltà dei rilevamenti – la scrivente avrebbe dovuto continuare a partecipare nonostante le serie incongruenze riscontrate ed i danni patiti a causa di dati di ascolto quanto meno da verificare.

Per tali ragioni a inizio 2017 TVP non ha confermato l'iscrizione all'indagine Auditel per il 2017 (doc. 5 in primo grado).

(C) Come detto, TVP ha acquistato da un terzo le autorizzazioni a trasmettere i palinsesti di cui sopra, inclusi i numeri LCN ad essi associati.

Nel formalizzare la nuova intestazione delle autorizzazioni in questione in capo all'appellante, il **24 aprile 2013** MISE ha precisato che *“L'attribuzione della numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, di cui all'allegato 1, ha carattere temporale fino alla data di attuazione della delibera AGCOM n. 237/13/Cons”*.

Quest'ultima precisazione era conforme al contenuto della corrispondente disposizione contenuta nella delibera 237/13 (doc. 6 in primo grado), con cui l'AGCOM ha adottato il nuovo piano di numerazione automatica dei canali della tivù digitale terrestre, posto che il precedente piano adottato con delibera n. 366/10/CONS era stato annullato dal TAR Lazio con sentenze confermate in grado di appello.

Considerata la peculiarità della situazione, nel nuovo piano l'AGCOM ha stabilito che *“Fino all'attribuzione delle nuove numerazioni restano in vigore quelle attualmente in uso”* (art. 9, comma 3). Tale disposizione, evidentemente, non vuol dire che le numerazioni *“attualmente in uso”* rimangono valide a tempo indeterminato, bensì che la situazione esistente al momento dell'adozione della delibera avrebbe avuto una ultrattività temporanea e interinale al fine di garantire l'ordinato svolgimento delle procedure di riassegnazione dei numeri,

procedure che il MISE avrebbe dovuto svolgere “*entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento*” (delibera n. 237/13/CONS, art. 9, comma 3), vale a dire entro la fine di **maggio 2013**.

Per questa ragione, TVP aveva una concreta aspettativa di partecipare in tempi brevissimi, vale a dire già nel 2013, a una procedura pubblica e trasparente per la riassegnazione dei numeri LCN, confidando di poter ottenere l’assegnazione di numerazioni molto più basse rispetto al n. 79 e che, per ciò, avrebbero consentito all’appellante di conseguire risultati commerciali ancora migliori, anche in termini di ascolti.

Tale ultima considerazione non è frutto dell’ottimismo dell’appellante, ma è un dato di fatto asseverato dalle competenti autorità.

Come noto, l’ordinamento automatico dei canali della televisione digitale terrestre è la funzione che consente agli apparecchi televisivi ed ai *decoder* per la ricezione della televisione digitale terrestre di ordinare automaticamente i canali televisivi. È perciò sufficiente ricorrere a comuni massime di esperienza per verificare che il fornitore di contenuti che occupa le prime posizioni della lista dei canali ha un vantaggio competitivo rispetto a chi occupa gli ultimi canali. Il posizionamento del programma su numeri bassi incide sulla scelta di consumo dell’utenza, che tende a selezionare il canale da guardare partendo dalle prime posizioni della lista e scorrendole una a una sino a trovare il programma preferito (c.d. “*zapping*”). Il che rende sempre più remota la possibilità che un canale sia selezionato e spostato manualmente in una posizione migliore dall’utente man mano che si sale di posizione.

Tale conclusione è condivisa ormai da lungo tempo sia dall’AGCOM (cfr. delibera n. 122/10/CONS, pag. 4, terzo trattino [doc. 7 in primo grado]), sia dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Quest’ultima ha voluto “*sottolineare che l’ordinamento automatico, oltre a rappresentare un servizio importante per l’orientamento dell’utente tra i numerosi canali a disposizione, assume un considerevole rilievo concorrenziale, dal momento che incide sulla*

*visibilità degli operatori esistenti e sulle opportunità di accesso al mercato da parte di nuove imprese” (AGCM, segnalazione AS661 [doc. 8 in primo grado]).*

Tuttavia, nonostante tutte le autorità competenti abbiano chiarito e sottolineato l’importanza delle numerazioni LCN sul piano competitivo e dell’ordinato svolgimento del gioco concorrenziale, a tutt’oggi la procedura per la riassegnazione dei numeri, attesa dal 2013, non è stata svolta. TVP, dunque, è ancora costretta a diffondere “*Vera Tv*” sul numero 79, scontando e pagando perciò le conseguenze del *deficit* competitivo cui è costretta dal 2013 non per propria volontà.

(D) Il 12 ottobre 2017 è stato pubblicato il D.P.R. n. 146/2017 (doc. 1 in primo grado) recante “*Regolamento concernente i criteri di riparto tra i soggetti beneficiari e le procedure di erogazione delle risorse del Fondo per il pluralismo e l’innovazione dell’informazione in favore delle emittenti televisive e radiofoniche locali*” (nel prosieguo anche solo il “Regolamento”).

Il Regolamento in questione ha ridisciplinato integralmente la materia dell’erogazione dei contributi finanziari pubblici ai fornitori di servizi di *media* audiovisivi locali, introducendo per la prima volta il requisito degli ascolti.

Tuttavia, ai fini dell’attribuzione del punteggio per gli ascolti, il Regolamento ha impiegato criteri che – alla luce di quanto sopra esposto – sono illogici, irragionevoli e discriminatori poiché ha:

- individuato in Auditel S.r.l. l’unico possibile attestatore degli ascolti dei palinsesti dei fornitori di servizi di *media* audiovisivi, sebbene il metodo di rilevamento Auditel sia discutibile ed esistano altri metodi di rilevamento e altri soggetti che possono svolgere in regime di mercato la medesima attività, il tutto aggravato dal fatto che per i mesi in cui non fosse disponibile il dato Auditel sarebbe assegnato punteggio zero;
- stabilito aliquote abnormi (30% a regime e nel 17% per gli anni 2016 e 2017) per l’attribuzione del punteggio per gli ascolti, tenuto conto che i risultati di ascolto sono condizionati dalla numerazione LCN e che le

numerazioni ancora oggi impiegate dai fornitori di servizi di *media* sono di fatto abusive dal 2013 ed hanno garantito agli attuali detentori un indebito vantaggio competitivo.

Essendo gravemente pregiudicata dal contenuto del Regolamento nella parte qui censurata (TVP ha preso parte alle relative procedure al fine di minimizzare il pregiudizio patito e patiendo, senza acquiescenza), l'appellante ha impugnato i provvedimenti in epigrafe dinanzi al TAR Lazio.

**(E)** Nelle more del giudizio di primo grado il MISE ha bandito le procedure per la ripartizione dei contributi relativi alle annualità 2016, 2017 e 2018, alle quali la ricorrente ha partecipato (senza acquiescenza).

Con decreto direttoriale del 1 ottobre 2018 (doc. 18 in primo grado), il MISE ha approvato la graduatoria provvisoria e gli elenchi degli importi dei contributi da assegnare alle tv commerciali per l'annualità 2016, nei quali la ricorrente è stata collocata al 128° posto ed è risultata assegnataria di un contributo complessivo di Euro 66.540,72, di cui solo 10.588,63 per il requisito degli ascolti (il punteggio corrispondente è di 32,446).

L'annualità in questione è il 2016, nel corso della quale TVP era iscritta all'indagine di ascolto Auditel, poi abbandonata a inizio 2017 per evidenti incongruenze dei dati rilevati dalla detta società rispetto a quanto rilevato dalla stessa ricorrente, secondo quanto descritto sopra. Per questa ragione, non solo il punteggio di 32,446 è sottostimato, ma quello dell'annualità successiva sarà ovviamente peggiore, con ulteriore e ancora più evidente pregiudizio per TVP.

Per tali ragioni la ricorrente ha impugnato i provvedimenti in questione proponendo primi motivi aggiunti di ricorso.

**(F)** Con decreto direttoriale del 9 aprile 2019 (doc. 21 in primo grado), il MISE ha approvato la graduatoria definitiva e gli elenchi degli importi dei contributi da assegnare alle tv commerciali per l'annualità 2017, nei quali la ricorrente è stavolta collocata al 134° posto ed è risultata assegnataria di un contributo complessivo di Euro 62.041,37, di cui solo 7.842,69 per il requisito

degli ascolti (il punteggio corrispondente è di 15,672, pari a circa il 50% di quanto conseguito nell'annualità precedente).

In precedenza, con decreto direttoriale del 25 febbraio 2019 (doc. 22 in primo grado) il MISE aveva disposto il pagamento di un ulteriore acconto pari al 40% degli importi dei contributi assegnati alle tv commerciali per l'anno 2016.

La ricorrente ha per ciò impugnato anche questi ultimi provvedimenti proponendo secondi motivi aggiunti di ricorso.

(G) Il giudizio incardinato da TVP Italy è poi stato deciso dal TAR con la sentenza 194/2020 qui impugnata, che ha respinto ricorso e motivi aggiunti.

Si precisa che la sentenza non è stata notificata e l'impugnazione viene proposta nel termine c.d. "lungo", tenuto conto delle sospensioni straordinaria e feriale dei termini per la proposizione dei ricorsi amministrativi.

Il TAR ha motivato la propria decisione come riportato a seguire.

*“Con il primo motivo di ricorso, la Tvp lamenta la poca coerenza dei dati rilevati dall’Auditel e l’inattendibilità del metodo di rilevamento da quest’ultima utilizzato, richiamando a sostegno alcuni rilevamenti che ne fornirebbero la prova concreta.*

*Tale censura non può essere accolta, fondandosi su dati e rilevazioni - oltre che tratti da sporadici elementi relativi alle interazioni con gli utenti (alcuni “SMS” inviati nei mesi di maggio e giugno 2018 e ottobre 2016) - comunque riferiti ad un’esperienza episodica e soggettiva, inidonea ad assumere carattere di generalità né tantomeno ad essere elevata a causa di illegittimità del d.P.R. n.146/2017.*

*A ciò si aggiunga come l’Auditel sia la società alla quale è affidata la rilevazione dell’ascolto, attraverso le diverse modalità di trasmissione, della televisione in Italia ed essa operi, come riportato sul sito ufficiale della stessa, secondo un modello organizzativo riconosciuto come il più evoluto a livello internazionale, fondato su un Joint Industry Committee (J.I.C.) che riunisce tutte le componenti del mercato televisivo (aziende che investono in pubblicità,*

*agenzie e centri media, imprese televisive), nonché secondo una precisa metodologia sottoposta alla vigilanza dell'AGCom, ai sensi della relativa delibera n. 85/06/CSP (recante "Atto di indirizzo sulla rilevazione degli indici di ascolto e di diffusione dei mezzi di comunicazione"), alla quale spetta sorvegliare sulla correttezza delle indagini sugli indici di ascolto e di diffusione dei diversi mezzi di comunicazione rilevati, effettuando verifiche sulle metodologie utilizzate e riscontri sulla veridicità dei dati pubblicati, nonché sui monitoraggi delle trasmissioni televisive e, in generale, sull'operato dell'Auditel (in tal senso, gli artt. 7 e 8 della delibera).*

*Ben si comprende, pertanto, come a fronte del sistema di garanzia e vigilanza assicurato da detta Autorità, gli isolati elementi informativi su cui si fonda la perizia di parte ricorrente, frutto di una rilevazione occasionale, siano del tutto inadatti a fornire la prova concreta dell'inattendibilità in generale dei dati Auditel, potendo risultare essi tutt'al più capaci di porre, con riferimento ad una specifica annualità, una questione di carattere applicativo, che nel caso di specie non risulta essere stata posta con riferimento a nessuno dei due anni a cui si riferiscono le contribuzioni contestate in sede di motivi aggiunti, nei cui confronti la ricorrente si limita a formulare i medesimi motivi di ricorso già proposti avverso il presupposto regolamento, senza contestare nello specifico il quantum riconosciutale per il parametro di cui si contesta la legittimità.*

*Del tutto inconferenti risultano, inoltre, i precedenti del Consiglio di Stato al riguardo richiamati dalla ricorrente, tutti relativi a fattispecie con riferimento alle quali si è effettivamente ed in concreto riscontrata l'esistenza in Auditel di un conflitto di interessi, nel caso di specie - invece - in alcun modo provato, risultando, invero, la struttura di tale società caratterizzata da un pluralismo nella composizione tale da garantire, almeno in astratto, la rappresentanza di tutti gli stakeholders e, per l'effetto, un reciproco ed incrociato controllo.*

*Lo stesso è a dirsi per il secondo motivo di ricorso, volto a censurare le*

*aliquote stabilite dal regolamento per l'attribuzione del punteggio per gli ascolti dei palinsesti dei fornitori di servizi di media audiovisivi, in ragione della non manifesta irragionevolezza del peso percentuale attribuito al contestato requisito fondato sull'indice d'ascolto, osservando il Collegio come, diversamente da quanto sostenuto dalla Tvp, esso non rappresenti un "criterio marginale e solo indirettamente collegato alla realizzazione di uno dei numerosi obiettivi indicati dalla legge" bensì, al contrario, esprima un parametro importante, attuando l'obiettivo, perseguito dal legislatore, di premiare la qualità dei programmi radiotelevisivi, scoraggiando la mera occupazione di spazio frequenziale in favore del pluralismo dell'informazione, dello sviluppo dell'occupazione del settore, della qualità del servizio offerto agli utenti, anche mediante l'utilizzo di tecnologie innovative (art. 1, comma 163, della l. n. 208/2015).*

*La misurazione degli ascolti rappresenta, infatti, un elemento idoneo a fotografare - nel settore dell'emittenza televisiva, caratterizzato da un numero elevato di operatori - il volume degli utenti e le scelte del pubblico, in un'ottica di promozione dei livelli qualitativi dei contenuti forniti, fornendo anche alle stesse emittenti di pianificare, in base a tali dati, gli investimenti pubblicitari e le scelte editoriali, avviando per l'effetto un circolo virtuoso, in cui la crescita dell'audience favorisce l'incremento degli introiti dovuti alla vendita di spazi pubblicitari e il loro reinvestimento in un'informazione di qualità.*

*Ciò trova conferma nel quadro normativo di riferimento, ponendosi l'impiego del criterio degli ascolti nel solco di una lunga serie di precedenti in cui sia fonti di rango primario che fonti di rango secondario hanno attribuito notevole (se non decisiva) rilevanza ponderale a tale parametro come indice di qualità del prodotto televisivo.*

*Se, infatti, l'art. 43, comma 2, del d.lgs. n. 177/2005 ("Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici") già individuava "gli indici quantitativi di diffusione dei programmi radiotelevisivi" tra i parametri che*

*l'AGCom deve verificare affinché non si costituiscano, nel sistema integrato delle comunicazioni e nei mercati che lo compongono, posizioni dominanti, il criterio in discussione è stato, poi, previsto dal d.l. n. 145/2013 (convertito dalla l. n. 9/2014, come modificata dall'art. 1, comma 147, della l. n. 190/2014) tra i criteri per la formazione delle graduatorie regionali dei fornitori di servizi di media audiovisivi (FSMA), da utilizzare per l'individuazione dei soggetti aventi diritto ad essere trasportati sulle frequenze coordinate assegnate agli operatori di rete in ambito locale, nonché per l'attribuzione della numerazione automatica dei programmi (LCN) a seguito dell'adozione del nuovo piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre da parte dell'AGCom (in tal senso, l'art. 6, comma 9 septies del d.l. n. 145/2013).*

*A ciò si aggiunga come, la l. n. 205/2017 (c.d. Legge di Bilancio 2018) abbia - come accennato - di recente ulteriormente sancito la validità dei criteri di ammissione e di valutazione previsti dal d.P.R. n. 146/2017, tra l'altro prevedendoli quali criteri per la formazione delle graduatorie dei FSMA nell'ambito della procedura di liberazione della "banda 700" (in tal senso, il comma 1034, del relativo art. 1).*

*Priva di ogni rilievo appare, inoltre, l'argomentazione svolta da parte ricorrente secondo cui la valorizzazione dei dati di ascolto sarebbe tanto più illegittima, dipendendo i relativi risultati di ascolto anche dalla numerazione LCN sulla quale si trasmette, fermo restando che, come noto, l'utente è libero di impostare a proprio piacimento l'ordine delle trasmissioni rispetto alla numerazione prestabilita in via amministrativa e fondandosi ogni diversa argomentazione circa il carattere determinante della posizione del canale sul telecomando su allegazioni apodittiche e generiche.*

*Esula, inoltre, dalla presente controversia ogni questione afferente la pretesa inerzia dell'AGCom nel dare attuazione alla delibera n. 237/13/CONS di adozione del nuovo piano di numerazione automatica dei canali della tivù digitale terrestre, osservando, al riguardo, il Collegio che, come accennato, ciò*

*dovrà, tra l'altro, avvenire tenendo conto anche del parametro contestato”.*

TVP Italy ritiene che le ragioni del rigetto della domanda da parte del TAR non siano condivisibili, e appella la sentenza in epigrafe per i seguenti motivi di

## **DIRITTO**

**1.** CENSURABILITÀ DEL CAPO DI RIGETTO DEL PRIMO MOTIVO DI RICORSO E DEI SUCCESSIVI MOTIVI AGGIUNTI. *ERROR IN IUDICANDO*: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1, COMMA 163, DELLA LEGGE N. 208/2015; DEGLI ART. 24 E 97 COST..

**1.1.** Il TAR ha motivato il rigetto del primo motivo di ricorso affermando anzitutto che *“Tale censura non può essere accolta, fondandosi su dati e rilevazioni - oltre che tratti da sporadici elementi relativi alle interazioni con gli utenti (alcuni “SMS” inviati nei mesi di maggio e giugno 2018 e ottobre 2016) - comunque riferiti ad un'esperienza episodica e soggettiva, inidonea ad assumere carattere di generalità né tantomeno ad essere elevata a causa di illegittimità del d.P.R. n.146/2017”.*

La motivazione appare frutto di un'analisi parziale delle censure di TVP.

I *“dati e rilevazioni”* offerti al TAR non erano il fondamento del motivo. Erano volti a motivare la scelta di TVP di non avvalersi dei rilevamenti Auditel nell'esercizio della propria attività televisiva.

Con ciò TVP non ha affatto inteso che l'inattendibilità dei rilevamenti Auditel fosse in sé causa d'illegittimità dell'azione amministrativa.

Ha inteso invece dimostrare l'erroneità della scelta dell'Amministrazione di individuare solo la società Auditel quale possibile autore del rilevamento degli ascolti, in considerazione del fatto che tale previsione arrecava alla scrivente (come a chiunque altro non intendesse avvalersi di Auditel) un pregiudizio ingiusto in conseguenza di una scelta imprenditoriale lecita effettuata *prima* dell'adozione del D.P.R. 146. Vale a dire in un momento in cui non era prevedibile che l'adesione ad Auditel avrebbe costituito uno dei criteri di valutazione ai fini dell'erogazione delle misure di sostegno

Tale imprevedibilità era oggettiva.

Il comma 163 dell'art. 1 della legge n. 208/2015 si limita infatti a stabilire che il Regolamento contiene criteri di riparto e procedure per l'attribuzione delle somme destinate ai fornitori di servizi di *media* “*per la realizzazione di obiettivi di pubblico interesse, quali la promozione del pluralismo dell'informazione, il sostegno dell'occupazione nel settore, il miglioramento dei livelli qualitativi dei contenuti forniti e l'incentivazione dell'uso di tecnologie innovative*”.

Nulla nella norma indica o suggerisce l'impiego del criterio degli ascolti e che questi ultimi debbano essere necessariamente misurati da un unico soggetto designato d'ufficio dalla Pubblica Amministrazione.

Tale soluzione, anzi, non solo non era prevedibile, ma era persino da escludersi in base ai principi generali dell'azione amministrativa ed ai principi dell'ordinamento tra i quali è inclusa la tutela della concorrenza.

L'ammissibilità di rilevamenti di ascolto alternativi a quelli di Auditel non avrebbe comportato alcun aggravio per l'Amministrazione e avrebbe invece consentito libere scelte imprenditoriali alle parti private. Per queste ultime il “vincolo Auditel” imposto dal D.P.R. 146/2017 introduce un vero e proprio obbligo a contrarre (ed a spendere) con un soggetto specifico (Auditel) tra quelli potenzialmente in grado di operare nel mercato del rilevamento degli ascolti.

Il provvedimento in questione produce una vera e propria *foreclosure* bilaterale del mercato, dal lato dell'offerta impedendo di fatto l'accesso a soggetti diversi da Auditel e creando una rendita monopolistica a favore di quest'ultima (nessuna impresa televisiva avrebbe interesse a farsi rilevare da un soggetto diverso da Auditel, visto che i dati non sono utilizzabili nelle procedure bandite ai sensi del D.P.R. 146), e dal lato della domanda vincolando di fatto all'offerta di Auditel tutti gli acquirenti di servizi di rilevamento degli ascolti.

La scrivente ha dimostrato in giudizio che la scelta di Auditel come fornitore unico di dati di ascolto è anche in contraddizione con precedenti provvedimenti della P.A., poiché in altri casi in cui era richiesta la presentazione

di dati di ascolto lo stesso MISE ha ammesso *qualsiasi* dato di ascolto, purché di fonte certa, dichiarata e certificata.

L'azione amministrativa è pertanto avvenuta in palese violazione di legge nonché sproporzionata e discriminatoria, perché penalizza ingiustamente soggetti come la scrivente che, in tempi non sospetti (gennaio 2017), ha scelto legittimamente e secondo criteri imprenditorialmente razionale di non partecipare alla ricerca Auditel.

Si evidenzia in proposito che, sempre in materia televisiva, il Consiglio di Stato ha già ritenuto illegittima l'individuazione postuma di un criterio di valutazione per l'assegnazione dei numeri dell'ordinamento dei canali consistente nei punteggi conseguiti nel triennio precedente in procedure pubbliche per l'assegnazione di misure di sostegno (quelle oggi disciplinate dal D.P.R. 146), alle quali tuttavia ciascuna emittente aveva liberamente e lecitamente deciso a suo tempo di partecipare, senza sapere che a distanza di tempo da quella scelta sarebbero discese conseguenze sul posizionamento dei propri programmi nella piattaforma digitale terrestre.

Il Collegio accolto le tesi delle ricorrenti osservando che *“Appare poi risolutivo ai fini della verifica della legittimità del criterio prescelto, il fatto che la partecipazione alla procedura per la concessione del contributo era volontaria sicché alcune emittenti (circa il 13% del totale), tra le quali la ricorrente in primo grado, per insindacabili scelte aziendali, non comparivano nelle graduatorie Corecom non avendo presentato istanza in tale senso”* (Cons. Stato, sent. n. 4658/2012).

La situazione appare del tutto analoga a quella censurata da TVP.

**1.2.** La decisione del TAR non si spiega neanche in considerazione del fatto che nessuna delle controparti aveva sollevato obiezioni circa il fatto che il criterio degli ascolti non è contemplato dalla norma primaria di cui il D.P.R. 146/2017 è attuazione (art. 1, comma 163, della legge 208/2015). Né si vede come avrebbe potuto farlo, alla luce del chiaro tenore letterale della norma.

Il MISE ha integrato arbitrariamente il Regolamento rispetto ai criteri indicati dalla norma primaria di riferimento, facendo ricorso a un criterio nuovo e ulteriore rispetto a quelli previsti dal quadro legislativo, così discriminando soggetti come la ricorrente che per scelta lecita hanno scelto di non iscriversi o di abbandonare l'indagine Auditel.

**1.3.** Va poi chiarito che le affermazioni del TAR sulla *governance* e sullo *status* di Auditel in relazione alla vigilanza di AGCOM sono parziali e non corrette. E non sono perciò in grado di sorreggere la decisione di rigetto.

Non è corretto affermare che *“l’Auditel sia la società alla quale è affidata la rilevazione dell’ascolto, attraverso le diverse modalità di trasmissione, della televisione in Italia”*.

Il TAR usa termini che fanno intendere che Auditel sarebbe affidataria esclusiva del servizio di rilevazione degli ascolti televisivi in Italia.

Non è così. È un errore che vizia la motivazione.

Auditel è un'impresa privata che opera nel libero mercato del rilevamento degli ascolti televisivi in Italia. Fornisce i propri servizi a chi li richiede e non è assegnataria del servizio in via generale per incarico di AGCOM o di altri soggetti pubblici. Nel capitale di Auditel non sono presenti enti od organismi pubblici. Le emittenti televisive non hanno alcun obbligo legale di rivolgersi ad Auditel per il rilevamento degli ascolti.

L'affermazione secondo la quale Auditel *“operi, come riportato sul sito ufficiale della stessa, secondo un modello organizzativo riconosciuto come il più evoluto a livello internazionale, fondato su un Joint Industry Committee (J.I.C.) che riunisce tutte le componenti del mercato televisivo (aziende che investono in pubblicità, agenzie e centri media, imprese televisive)”* non è pertinente, per non dire che è basata su quanto la stessa Auditel pubblica sul suo sito internet e non su risultanze di istruttoria processuale.

La *governance* di Auditel non è basata su modelli normativi o regolatori, ma su scelte aziendali, rivedibili, e che di per sé non sono garanzia di

imparzialità né significative dell'effettiva esistenza di meccanismi di controllo incrociato, come afferma in modo del tutto acritico il TAR.

Al contrario. TVP ha fornito prova del fatto che la *governance* di Auditel è stata causa di comportamenti escludenti e *contra legem*, come dimostrano i casi *Sky / Auditel*, in cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha perseguito la società per abuso di posizione dominante, e il caso *SITCOM (Alice Marcopolo Leonardo e Nuvolari) / Auditel* dinanzi la Corte d'Appello civile di Milano sempre in materia di abuso di posizione dominante. Precedenti questi provenienti il primo dall'autorità amministrativa indipendente specificamente competente in materia di concorrenza e il secondo dell'autorità giudiziaria funzionalmente competente in materia *antitrust* ai sensi dell'art. 33 della legge 287/1990. Il TAR, tuttavia, li ha ignorati escludendo che si trattasse di “*fattispecie con riferimento alle quali si è effettivamente ed in concreto riscontrata l'esistenza in Auditel di un conflitto di interessi*”.

È vero. In quei casi non si è riscontrato un semplice conflitto di interessi, bensì un effettivissimo e concretissimo abuso di posizione dominante posto in essere con finalità escludenti.

**1.4.** La motivazione svolta dal TAR circa la vigilanza esercitata da AGCOM su Auditel sconta lo stesso errore di prospettiva.

Il TAR afferma che Auditel opera “*secondo una precisa metodologia sottoposta alla vigilanza dell'AGCom, ai sensi della relativa delibera n. 85/06/CSP*”.

È vero che Auditel è tenuta al rispetto delle delibere AGCOM. Il punto, di nuovo, è però che Auditel non è l'unica destinataria di queste regole, che sono volte a disciplinare l'attività dei “*soggetti realizzatori delle indagini sugli indici di ascolto e di diffusione dei diversi mezzi di comunicazione*”, laddove per “*soggetto realizzatore*” si intende “*ogni persona fisica o giuridica che ha la responsabilità dell'organizzazione e/o della realizzazione dell'indagine sugli indici di ascolto e di diffusione dei mezzi di comunicazione*”.

Auditel non è neanche citata da AGCOM nelle linee guida, se non in uno dei *considerata* in premessa, nel quale l’Autorità riporta un passaggio della “*Indagine conoscitiva sul settore televisivo: la raccolta pubblicitaria*” dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, secondo la quale “*In Italia, la rilevazione degli ascolti televisivi è condotta da una società, Auditel, il cui controllo è detenuto dai due principali operatori pubblicitari, RAI e Fininvest. Tale organizzazione del mercato, che risulta difforme da quella degli altri Paesi europei, appare inidonea a fornire i corretti incentivi alle condotte della medesima società, e come tale capace di determinare un esito staticamente e dinamicamente inefficiente, con possibili effetti negativi nel collegato mercato della raccolta pubblicitaria televisiva*” (enfasi aggiunta).

Qui emerge l’errore del TAR, che per un verso richiama la delibera AGCOM n. 85/06/CSP per accreditare una presunzione di attendibilità dei dati Auditel (ma si è detto che questo profilo è irrilevante nella prospettiva impugnatoria di TVP), ma non tiene conto del fatto che dalla stessa delibera emerge in realtà una presunzione di segno diametralmente opposto circa il ruolo di Auditel nel mercato, rilevante, questa sì, ai fini dell’impugnazione poiché avrebbe dovuto indurre il MISE a considerare indesiderabile la concentrazione sulla sola Auditel della raccolta dei dati di ascolto e il TAR a considerare illogica e irragionevole la scelta dalla P.A.. Elemento, quest’ultimo, puntualmente evidenziato dalla scrivente e sul quale il TAR non ha svolto alcuna considerazione in contrario.

**1.5.** In conclusione, i rilievi svolti dal TAR per respingere il primo motivo di ricorso confermano la sussistenza di errori di valutazione nell’esame delle censure di TVP.

La scrivente ribadisce di non aver lamentato che la P.A. avrebbe dovuto escludere Auditel per l’inattendibilità delle indagini e per limiti di *governance*, bensì che: (i) il criterio degli ascolti non è contemplato dalla norma primaria di cui il D.P.R. 146/2017 è attuazione (l’art. 1, comma 163, della legge 208/2015)

e, dunque, non avrebbe dovuto essere affatto impiegato; **(ii)** se anche il criterio fosse stato utilizzabile, la P.A. **(ii.a)** non avrebbe potuto imporre ai partecipanti la documentazione degli ascolti attraverso il ricorso esclusivo a dati Auditel; e **(ii.b)** non avrebbe potuto imporre retroattivamente la documentazione degli ascolti attraverso il ricorso esclusivo a dati Auditel.

Su queste censure di fatto il TAR ha ommesso di pronunciarsi. Mostrando così l'errore nei presupposti del proprio scrutinio e la consequenziale erroneità del giudizio finale.

Per tali ragioni la conclusione del TAR circa il rigetto del primo motivo di ricorso non appare condivisibile e dovrebbe essere riconsiderata.

**2.** CENSURABILITÀ DEL CAPO DI RIGETTO DEL SECONDO MOTIVO DI RICORSO E DEI SUCCESSIVI MOTIVI AGGIUNTI. *ERROR IN IUDICANDO*: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1, COMMA 163, DELLA LEGGE N. 208/2015; DEGLI ART. 24 E 97 COST..

**2.1.** Il TAR ha respinto il secondo motivo di ricorso “*volto a censurare le aliquote stabilite dal regolamento per l'attribuzione del punteggio per gli ascolti dei palinsesti dei fornitori di servizi di media audiovisivi, in ragione della non manifesta irragionevolezza del peso percentuale attribuito al contestato requisito fondato sull'indice d'ascolto*”.

Il Collegio ha ritenuto che il requisito degli ascolti “*non rappresenti un criterio marginale e solo indirettamente collegato alla realizzazione di uno dei numerosi obiettivi indicati dalla legge*” bensì, al contrario, esprime [sic] un parametro importante, attuando l'obiettivo, perseguito dal legislatore, di premiare la qualità dei programmi radiotelevisivi, scoraggiando la mera occupazione di spazio frequenziale in favore del pluralismo dell'informazione, dello sviluppo dell'occupazione del settore, della qualità del servizio offerto agli utenti, anche mediante l'utilizzo di tecnologie innovative (art. 1, comma 163, della l. n. 208/2015).

*La misurazione degli ascolti rappresenta, infatti, un elemento idoneo a*

*fotografare - nel settore dell'emittenza televisiva, caratterizzato da un numero elevato di operatori - il volume degli utenti e le scelte del pubblico, in un'ottica di promozione dei livelli qualitativi dei contenuti forniti, fornendo anche alle stesse emittenti di pianificare, in base a tali dati, gli investimenti pubblicitari e le scelte editoriali, avviando per l'effetto un circolo virtuoso, in cui la crescita dell'audience favorisce l'incremento degli introiti dovuti alla vendita di spazi pubblicitari e il loro reinvestimento in un'informazione di qualità”.*

La motivazione svolta dal TAR appare del tutto autoreferenziale, basata su affermazioni che non hanno costituito oggetto di contraddittorio processuale nonché priva di riferimenti concreti (basti pensare alla totale arbitrarietà dell'equazione del TAR secondo la quale maggiore *audience* = maggiori introiti = migliore informazione).

Il Regolamento ha stabilito quote relative al contributo per il punteggio per gli ascolti, pari al 30% a regime e al 17% per gli anni 2016 e 2017 (in quest'ultimo caso tenendo conto dei risultati degli anni 2015 e 2016). Il rilievo dato al criterio è elevato.

Tuttavia, una corretta valutazione delle condizioni legislative, regolatorie e fattuali esistenti non avrebbe mai potuto condurre ad attribuire una tale ponderazione al requisito in questione, secondo criteri di ragionevolezza e logicità dell'azione amministrativa.

Si è detto che il comma 163 dell'art. 1 della legge n. 208/2015 indica gli obiettivi di pubblico interesse ai quali i criteri di riparto devono ispirarsi, obiettivi che sono *“la promozione del pluralismo dell'informazione, il sostegno dell'occupazione nel settore, il miglioramento dei livelli qualitativi dei contenuti forniti e l'incentivazione dell'uso di tecnologie innovative”*: nella norma primaria attuata dal D.P.R. 146/2017 non esiste alcun riferimento agli ascolti.

Al contrario. Basta ricorrere a comuni massime di esperienza per affermare che l'obiettivo del pluralismo (questo sì esplicito nella norma) è antitetico alla considerazione degli ascolti. Il pluralismo implica diversità e varietà ideologica

e culturale, che notoriamente non producono grandi ascolti, tanto più se orientati all'informazione, come indica espressamente la norma.

Se fosse vero il contrario i canali *all news* sarebbero di gran lunga quelli più seguiti e con migliori risultati di ascolto, ma non è così.

Forse un qualche legame con gli ascolti potrebbe essere rinvenuto nel criterio della qualità dei contenuti. Ma di nuovo basta ricorrere a comuni massime di esperienza per verificare come programmi di alta e altissima qualità basati sull'informazione, sulla cultura o sull'impegno sociale non sono pressoché mai catalizzatori di grandi ascolti (si pensi ad esempio ai noti canali e programmi culturali *Classica* o *Sky Arte*), mentre di norma sono eventi sportivi, programmi di intrattenimento leggero e grandi produzioni cinematografiche a raccogliere ascolti elevati.

Ad ogni modo, se anche un tale tenue legame esistesse, rimarrebbero evidenti l'irragionevolezza e l'illogicità dell'attribuzione di un "peso" addirittura del 30% per un parametro, per così dire, "di secondo grado", solo indirettamente collegato alla realizzazione di uno dei quattro obiettivi indicati dalla legge.

**2.2.** Nel primi e secondi motivi aggiunti di ricorso TVP ha mostrato come il contenuto delle graduatorie nel frattempo predisposte dal MISE in applicazione dei criteri censurati confermasse i dubbi di TVP sulla legittimità dell'azione della P.A..

La considerazione del punteggio per gli ascolti, per giunta esclusivamente secondo i dati Auditel, ha prodotto graduatorie squilibrate ed erogazioni di enormi somme di denaro secondo criteri non rappresentativi dei reali valori dei prodotti e delle aziende dei partecipanti.

La graduatoria delle tv commerciali per l'annualità 2016 mostra una anomala distribuzione delle risorse, con un peculiare sbilanciamento su alcuni gruppi, alcuni dei quali esprimono i vertici di associazioni costituite nel presente giudizio e/o sono costituiti nel presente giudizio.

**GRUPPO NORBA**

Posizione	Società/Palinsesto	Importo (€)
1	TELENORBA S.P.A./TELENORBA 7	2.898.272,99
6	TELENORBA S.P.A./TELENORBA 8	1.699.445,87
20	RADIONORBA S.P.A./RADIONORBA TV	703.979,59
22	TELENORBA S.P.A./TG NORBA 24	1.126.419,53
	<b>TOTALE</b>	<b>6.428.117,98</b>

**GRUPPO TELELOMBARDIA**

Posizione	Società/Palinsesto	Importo (€)
3	TELELOMBARDIA S.R.L./ TELELOMBARDIA	1.722.670,94
7	TELELOMBARDIA S.R.L./ANTENNA 3	1.356.315,41
10	TELELOMBARDIA S.R.L./TOP CALCIO 24	947.640,31
57	TELELOMBARDIA SRL/VIDEOGRUPPO	489.818,36
	<b>TOTALE</b>	<b>4.516.445,02</b>

**GRUPPO TELECITY**

Posizione	Società/Palinsesto	Importo (€)
8	TELECITY S.RL/TELECITY LOMBARDIA	1.722.172,11
23	TELECITY S.R.L./TELECITY	1.037.414,02
	<b>TOTALE</b>	<b>2.759.586,13</b>

**GRUPPO TELERADIO DIFFUSIONE BASSANO**

Posizione	Società/Palinsesto	Importo (€)
9	TELERADIO DIFFUSIONE BASSANO S.R.L./ANTENNA TRE VENETO	1.650.484,89
17	TELERADIO DIFFUSIONE BASSANO S.R.L./RETE VENETA	1.086.140,23
	<b>TOTALE</b>	<b>2.736.625,12</b>

**GRUPPO TRMEDIA**

Posizione	Società/Palinsesto	Importo (€)
24	TRMEDIA S.R.L./TRC TELEMEDENA	1.105.180,56
34	TRMEDIA S.R.L./TELEREGGIO	738.830,44
77	TRMEDIA S.R.L./TRC BO	495.098,46
	<b>TOTALE</b>	<b>2.339.109,46</b>

### **GRUPPO SANFILIPPO**

<b>Posizione</b>	<b>Società/Palinsesto</b>	<b>Importo (€)</b>
11	LA SICILIA MULTIMEDIA S.R.L./ANTENNA SICILIA	997.565,54
33	TELECOLOR INTERNATIONAL T.C.I. S.R.L./TELECOLOR	609.876,78
	<b>TOTALE</b>	<b>1.607.442,32</b>

Situazione analoga è stata riscontrata nella graduatoria per l'annualità 2017, impugnata con i secondi motivi aggiunti di ricorso.

### **GRUPPO NORBA**

<b>Società/Palinsesto</b>	<b>Importi 2016 (€)</b>	<b>Posizioni 2016</b>	<b>Importi 2017 (€)</b>	<b>Posizioni 2017</b>
TELENORBA S.P.A./TELENORBA 7	2.898.272,99	1	3.409.003,56	1
TELENORBA S.P.A./TELENORBA 8	1.699.445,87	6	1.893.109,16	5
RADIONORBA S.P.A./RADIONORBA TV	703.979,59	20	1.077.123,40	8
TELENORBA S.P.A./TG NORBA 24	1.126.419,53	22	1.502.132,68	10
<b>TOTALE</b>	<b>6.428.117,98</b>		<b>7.881.368,80</b>	

### **GRUPPO TELELOMBARDIA**

<b>Società/Palinsesto</b>	<b>Importi 2016 (€)</b>	<b>Posizioni 2016</b>	<b>Importi 2017 (€)</b>	<b>Posizioni 2017</b>
TELELOMBARDIA S.R.L./ TELELOMBARDIA	1.722.670,94	3	1.934.450,31	3
TELELOMBARDIA S.R.L./ANTENNA 3	1.356.315,41	7	1.456.019,19	6
TELELOMBARDIA S.R.L./TOP CALCIO 24	947.640,31	10	1.032.690,68	12
TELELOMBARDIA SRL/VIDEOGRUPPO	489.818,36	57	574.751,28	65
<b>TOTALE</b>	<b>4.516.445,02</b>		<b>4.997.911,46</b>	

### **GRUPPO TELECITY**

<b>Società/Palinsesto</b>	<b>Importi 2016 (€)</b>	<b>Posizioni 2016</b>	<b>Importi 2017 (€)</b>	<b>Posizioni 2017</b>
---------------------------	-----------------------------	---------------------------	-----------------------------	---------------------------

TELECITY S.RL/TELECITY LOMBARDIA	1.722.172,11	8	1.860.062,15	7
TELECITY S.R.L./TELECITY	1.037.414,02	23	1.203.915,89	20
<b>TOTALE</b>	<b>2.759.586,13</b>		<b>3.063.978,04</b>	

**GRUPPO TELERADIO DIFFUSIONE BASSANO**

Società/Palinsesto	Importi 2016 (€)	Posizioni 2016	Importi 2017 (€)	Posizioni 2017
TELERADIO DIFFUSIONE BASSANO S.R.L./ANTENNA TRE VENETO	1.650.484,89	9	1.345.683,69	9
TELERADIO DIFFUSIONE BASSANO S.R.L./RETE VENETA	1.086.140,23	17	1.141.656,80	17
<b>TOTALE</b>	<b>2.736.625,12</b>		<b>2.487.340,49</b>	

**GRUPPO TRMEDIA**

Società/Palinsesto	Importi 2016 (€)	Posizioni 2016	Importi 2017 (€)	Posizioni 2017
TRMEDIA S.R.L./TRC TELEMEDENA	1.105.180,56	24	1.295.554,27	18
TRMEDIA S.R.L./TELEREGGIO	738.830,44	34	892.677,58	33
TRMEDIA S.R.L./TRC BO	495.098,46	77	551.742,67	79
<b>TOTALE</b>	<b>2.339.109,46</b>		<b>2.739.974,52</b>	

**GRUPPO SANFILIPPO**

Società/Palinsesto	Importi 2016 (€)	Posizioni 2016	Importi 2017 (€)	Posizioni 2017
LA SICILIA MULTIMEDIA S.R.L./ANTENNA SICILIA	997.565,54	11	897.172,76	16
TELECOLOR INTERNATIONAL T.C.I. S.R.L./TELECOLOR	609.876,78	33	725.659,69	29
<b>TOTALE</b>	<b>1.607.442,32</b>		<b>1.622.832,45</b>	

In entrambi i casi sei soli gruppi indicati hanno assorbito circa ¼ delle risorse corrispondenti a decine di milioni di Euro.

Nel suo parere 1228/2017 codesto Consiglio di Stato aveva segnalato proprio che “*la disposizione in esame [...] potrebbe comportare l’assegnazione*

*di risorse anche cospicue ad un numero eccessivamente ristretto di destinatari. Per evitare tale inconveniente, si suggerisce di valutare l'ipotesi di un tetto massimo alle risorse che possono essere assegnate ad ogni singola emittente”, timore questo ribadito nel successivo parere 1563/2017, in cui si afferma che “La Sezione ritiene, inoltre, di dover ancora invitare l'Amministrazione a valutare l'opportunità di prevedere un tetto massimo dei contributi erogabili per evitare una eccessiva concentrazione delle risorse”.*

Al di là di queste storture oggettive, il “peso” che il MISE ha attribuito agli ascolti ha provocato un duplice pregiudizio individuale alla ricorrente: il primo relativo alla deteriore collocazione in graduatoria (rilevantissimo in sé perché queste graduatorie costituiranno la base per la prossima futura riassegnazione dei numeri LCN), il secondo relativo al minor importo conseguito per il criterio in questione (il D.P.R. 146/2017 prevede che i contributi siano destinati alle tre aree considerate e, nell'ambito di ciascuna di esse, distribuiti in funzione del punteggio conseguito da ciascun partecipante per ciascuna area).

A conferma dell'anomalia censurata si osserva che per il parametro dei dipendenti TVP ha conseguito nelle annualità 2016 e 2017 contribuzione inferiore nell'ordine delle 4-5 volte rispetto a soggetti con punteggi (e, quindi, con numero di dipendenti) paragonabili e persino peggiori.

La tabella a seguire mostra tale situazione e come il punteggio per gli ascolti consenta a soggetti con requisiti analoghi o peggiori un posizionamento entro le prime 100 posizioni, con enormi vantaggi economici e non.

*Annualità 2016*

<b>Posizione</b>	<b>Società/Palinsesto</b>	<b>Punteggio dipendenti</b>	<b>Importo (€)</b>	<b>Punteggio Auditel</b>	<b>Importo (€)</b>
<b>1</b>	TELENORBA S.P.A./TELENORBA 7	4.296,547	2.013.836,00	7.785,365	845.689,54
<b>49</b>	RADIO VIDEO CALABRIA 99 S.R.L./VIDEO CALABRIA	545,332	255.602,75	1.281,961	139.253,72
<b>85</b>	GRUPPO ADN ITALIA S.R.L./CALABRIA TV	378,744	177.521,23	787,662	85.560,22

Posizione	Società/Palinsesto	Punteggio dipendenti	Importo (€)	Punteggio Auditel	Importo (€)
88	TELEBELLUNO S.R.L./TELEBELLUNODOLOMITI	647,238	263.797,51	558,931	60.714,18
128	TVP ITALY S.R.L./VERA TV	<b>572,956</b>	<b>55.952,09</b>	<b>32,446</b>	<b>10.588,63</b>

*Annualità 2017*

Posizione	Società/Palinsesto	Punteggio dipendenti	Importo (€)	Punteggio Auditel	Importo (€)
1	TELENORBA S.P.A./TELENORBA 7	4.311,710	2.319.713,99	7.520,640	1.022.088,35
80	GRUPPO ADN ITALIA S.R.L./CALABRIA TV	405,000	217.891,32	890,084	120.966,36
94	TELEBELLUNO S.R.L./TELEBELLUNODOLOMITI	563,280	263.518,67	496,058	67.416,48
134	TVP ITALY S.R.L./VERA TV	<b>525,801</b>	<b>54.198,68</b>	<b>15,672</b>	<b>7.842,69</b>

I soggetti in questione hanno struttura aziendale paragonabile o anche inferiore rispetto a TVP, ma hanno ottenuto tutti collocazioni, punteggi e contribuzioni molto superiori a quelli di TVP in forza di punteggi per gli ascolti “stranamente” elevati per realtà operanti in Calabria ed a Belluno.

Ne può dirsi, come fa il TAR, che gli elementi forniti dalla scrivente “*siano del tutto inadatti a fornire la prova concreta dell’inattendibilità in generale dei dati Auditel, potendo risultare essi tutt’al più capaci di porre, con riferimento ad una specifica annualità, una questione di carattere applicativo, che nel caso di specie non risulta essere stata posta con riferimento a nessuno dei due anni a cui si riferiscono le contribuzioni contestate in sede di motivi aggiunti*”. In proposito basterà rammentare che TVP aveva scelto in tempi non sospetti di uscire, per giunta in corso d’anno, dall’indagine di ascolto Auditel, il che esclude che avesse potuto avere qualsiasi reale *chance* di contestare con successo il risultato di rilievi parziali.

**2.3.** Tornando al criterio Auditel, il “peso” che il MISE ha attribuito agli ascolti ha provocato storture, che si traducono in duplice pregiudizio per la

scrivente: il primo relativo alla deteriore collocazione in graduatoria (rilevantissimo in sé, perché queste graduatorie costituiranno la base per la riassegnazione dei numeri LCN), il secondo relativo al minor importo conseguito per il criterio in questione.

Il contenuto delle norme ed i dati presentati dimostrano che il MISE, ove avesse agito in modo logico e razionale, (i) mai avrebbe potuto introdurre il requisito degli ascolti (niente affatto contemplato dal comma 163 dell'art. 1 della legge 208/2015), (ii) mai avrebbe potuto ammettere esclusivamente le rilevazioni Auditel e (iii) mai avrebbe potuto ammettere retroattivamente l'uso delle rilevazioni Auditel.

**2.4.** Il TAR, invece, lungi dall'occuparsi delle puntuali censure di TVP e omettendo del tutto di tenere in considerazione le evidenze fornite, si è limitato ad affermare che l'uso dei dati Auditel *“trova conferma nel quadro normativo di riferimento, ponendosi l'impiego del criterio degli ascolti nel solco di una lunga serie di precedenti in cui sia fonti di rango primario che fonti di rango secondario hanno attribuito notevole (se non decisiva) rilevanza ponderale a tale parametro come indice di qualità del prodotto televisivo”*.

Il Tribunale passa in rassegna tali precedenti, menzionando anzitutto *“l'art. 43, comma 2, del d.lgs. n. 177/2005 (“Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici”) [che] già individuava “gli indici quantitativi di diffusione dei programmi radiotelevisivi” tra i parametri che l'AGCom deve verificare affinché non si costituiscano, nel sistema integrato delle comunicazioni e nei mercati che lo compongono, posizioni dominanti”*.

L'esempio non è pertinente perché in questo caso il criterio è indicato per fini *antitrust* e non di attribuzione di misure di sostegno con finalità di promozione del pluralismo. Semmai è utile a corroborare le tesi della scrivente, perché neanche questa norma menziona Auditel, ma si riferisce genericamente e correttamente a *“indici quantitativi di diffusione dei programmi radiotelevisivi”*.

Il TAR richiama poi *“l'art. 6, comma 9 septies del d.l. n. 145/2013”* che,

tuttavia, è rimasto pressoché lettera morta. TVP non aveva interesse alle procedure *de quibus* essendo verticalmente integrata, e non aveva motivo per sottoporre eventuali atti applicativi della norma a sindacato giurisdizionale.

Analoga osservazione va fatta per “*la l. n. 205/2017 (c.d. Legge di Bilancio 2018)*”, tuttora inapplicata nonostante i termini indicati siano spirati da tempo.

La realtà dei precedenti di settore è diversa da quella che il TAR ha descritto e sulla quale ha basato, erroneamente, la sua decisione.

Il criterio degli ascolti è stato considerato idoneo ai fini della formazione delle graduatorie delle emittenti locali per l’attribuzione della numerazione LCN (la posizione di ogni canale sul tasto del telecomando) solo nel 2012, nella sentenza del Consiglio di Stato n. 4658/2012.

Con la sentenza in questione il Collegio ha annullato i provvedimenti ministeriali e di AGCOM in materia (che non contemplavano l’uso dei dati di ascolto) indicando l’*audience* quale parametro di valutazione adeguato delle abitudini e delle preferenze degli utenti (non della qualità dei programmi) secondo il disposto dell’art. 32 del D.Lgs. 177/2005. Tanto è vero che il Consiglio di Stato non indica mai Auditel come fonte unica del dato.

Nella medesima vicenda l’AGCOM aveva in effetti preso in considerazione la possibilità di impiegare il criterio degli ascolti, ma lo aveva poi accantonato perché “*vi sarebbe stata una oggettiva impossibilità di utilizzare i dati Auditel sugli indici di ascolto atteso che un numero elevato di emittenti locali non erano oggetto delle rilevazioni Auditel non avendo autorizzato tale società ad effettuare le apposite indagini sui dati di ascolto relativi ai programmi trasmessi ed infatti, su 550 emittenti locali, solo 125 avevano scelto di farsi rilevare da Auditel*” (Cons. Stato, sent. n. 4658/2012, pag. 12).

Il criterio degli ascolti è stato invece usato sin dal 2010 per le tv nazionali. Tuttavia, in sede di assegnazione il MISE non ha chiesto ai partecipanti di presentare esclusivamente dati Auditel (mai citata nei provvedimenti del tempo), bensì, in modo correttamente neutrale per come dovrebbe fare una P.A., di

fornire “il dato di ascolto medio giornaliero o equivalente conseguito dal 1° aprile al 30 giugno 2010 nonché la fonte di rilevazione”.

Su queste basi si conferma che le motivazioni del TAR sul punto sono erranee e non tengono conto degli elementi forniti dalla allora ricorrente, su cui il Tribunale non si è pronunciato o lo ha fatto su basi erranee.

**2.5.** Il TAR conclude il passaggio motivazionale sul secondo motivo di ricorso affermando che “*Priva di ogni rilievo appare, inoltre, l’argomentazione svolta da parte ricorrente secondo cui la valorizzazione dei dati di ascolto sarebbe tanto più illegittima, dipendendo i relativi risultati di ascolto anche dalla numerazione LCN sulla quale si trasmette, fermo restando che, come noto, l’utente è libero di impostare a proprio piacimento l’ordine delle trasmissioni rispetto alla numerazione prestabilita in via amministrativa e fondandosi ogni diversa argomentazione circa il carattere determinante della posizione del canale sul telecomando su allegazioni apodittiche e generiche*”.

L’affermazione stupisce, dal momento che la disciplina dell’ordinamento automatico dei canali della tv digitale terrestre ha subito un articolato percorso, anche giurisdizionale, e in tutte le sedi si è convenuto che il numero attribuito all’emittente incide notevolmente sulla capacità competitiva di quest’ultima.

Il soggetto che occupa le prime posizioni della lista dei canali ha un oggettivo vantaggio competitivo rispetto a quelli che posizionano i programmi sui numeri alti, magari a tre cifre.

Non è indifferente occupare i primi o gli ultimi numeri del telecomando, considerato che ciò condiziona la scelta di consumo degli utenti: questi ultimi, infatti, tendono istintivamente a selezionare il programma da guardare partendo dalle prime posizioni della lista e scorrendole una a una sino a trovare il programma preferito (*zapping*). Il che rende sempre più remota la possibilità che un canale sia seguito man mano che la numerazione diventa più alta.

Tale conclusione è dell’AGCOM. Sin dal 2010 l’Autorità ha affermato che “*dal punto di vista del pluralismo e della concorrenza, a fronte di un’offerta*

*di programmi più ampia rispetto alla televisione analogica, elementi di possibile successo della singola attività d'impresa sono, tra l'altro, rappresentati dalla facilità e rapidità di selezione del programma da parte dell'utente e dal consolidamento di una determinata posizione da parte dell'emittente televisiva nell'ambito della numerazione. Da ciò discende la rilevanza, sul piano competitivo, dell'attribuzione di un determinato posizionamento numerico all'una o all'altra emittente nell'ordinamento automatico dei canali, perché da esso dipende la sua posizione all'interno della lista visualizzata dall'utente” (pag. 4, terzo trattino, della delibera n. 122/10/CONS).*

Nella stessa falsariga, sempre in tempi non sospetti (siamo nel 2009) l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha posto in evidenza la rilevanza concorrenziale della disciplina in questione ed ha voluto segnalare al Parlamento e al Governo *“che l'ordinamento automatico, oltre a rappresentare un servizio importante per l'orientamento dell'utente tra i numerosi canali a disposizione, assume un considerevole rilievo concorrenziale, dal momento che incide sulla visibilità degli operatori esistenti e sulle opportunità di accesso al mercato da parte di nuove imprese”, invitando ad “una sollecita definizione in via regolatoria di criteri idonei a promuovere modalità di assegnazione delle numerazioni suscettibili di favorire una intensa competizione tra gli operatori”* (segnalazione AS661 - *ORDINAMENTO AUTOMATICO DEI CANALI TELEVISIVI*).

Da ultimo, molto di recente codesto stesso Collegio ha affermato l'interdipendenza tra numerazione LCN e dati di ascolto *“avendo riguardo all'incidenza che la numerazione può avere sulla scelta effettuata da ciascun utente, in ragione del fatto che il fornitore di servizi che occupa le prime posizioni della lista di canali ha un oggettivo vantaggio competitivo”* (Cons. Stato, sent. 5003/2020).

Il che conferma che le motivazioni del rigetto del secondo motivo di

ricorso sono viziato e dovrebbero essere riconsiderate, con conseguenziale accoglimento del motivo.

\* \* \*

**P.Q.M.**

Piaccia a codesto ecc.mo Consiglio di Stato accogliere il presente appello per i motivi di cui in narrativa, annullando o riformando la sentenza impugnata, con ogni conseguenziale statuizione.

Con vittoria degli oneri di lite del doppio grado, comprese spese generali, IVA e contributo CNPAF, e il contributo unificato.

Ai fini del contributo unificato per gli atti giudiziari si dichiara che il valore della causa è indeterminabile.

Roma, data della sottoscrizione digitale  
avv. Domenico Siciliano