

ECC.MO CONSIGLIO DI STATO

in sede giurisdizionale

Sez. VI – R.G. 6650/2011 – u.p. 6 dicembre 2011

Appello incidentale

del **Comitato Radio Televisioni Locali – CRTL**, con sede a Milano, Via
Andrea Doria n. 12, nonché di **Gruppo Europeo di Telecomunicazioni**
S.r.l., P.IVA 04839290964, con sede a Milano, Via Guglielmo Silva n. 33,
ciascuno in persona del rispettivo legale rappresentante *pro tempore*, entrambi
rappresentati e difesi in virtù di mandati a margine del presente atto dagli
avv.ti Antonella Giglio (c.f. GGLNNL58P45L682T) e Domenico Siciliano
(c.f. SCLDNC72M15C352J) ed elettivamente domiciliati presso lo studio di
questi ultimi a Roma, Via Antonio Gramsci n. 14, i quali difensori dichiarano
ai fini dell'art. 136, comma 1, c.p.a. recapito fax al numero 06 32 14 800 e
indirizzi PEC antonellagiglio@ordineavvocatiroma.org
domenicosiciliano@ordineavvocatiroma.org;

Io sottoscritto Giacomino
Bucchi, nato a Vimercate (MB)
il 2 aprile 1960 e residente a Via
Rivapiana n. 8 – Muralto (CHE),
nella mia qualità di legale
rappresentante del Comitato
Operatori Servizi Telefonici e
Telematici – C.O.S.T.T., con
sede a Milano, Via A. Doria
n.12, delego gli avv.ti Domenico
Siciliano e Antonella Giglio a
rappresentare e difendere il
Comitato nel giudizio cui si
riferisce il presente atto, anche
disgiuntamente, in ogni sua fase
e grado, compresa quella
cautelare, il giudizio di
ottemperanza, l'intimazione di
precepto, conferendo loro ogni e
più ampia facoltà di legge, ivi
comprese quelle di proporre
istanze cautelari, resistere agli
interventi, farsi sostituire e
rinunciare agli atti. Eleggo il
domicilio del Comitato presso lo
studio dell'avv. Domenico
Siciliano a Roma, Via Antonio
Gramsci n. 14.

– appellati e appellanti incidentali –

nell'appello principale proposto da

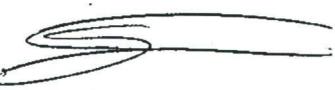
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (nel prosieguo, "l'AGCOM"
o "l'Autorità") e **Ministero dello Sviluppo Economico** (nel prosieguo, "il
Ministero"), con l'Avvocatura Generale dello Stato;

– Amministrazioni appellanti e appellate incidentali –

per la riforma

dei capi di rigetto della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del
Lazio – Roma, Sez. III-ter, 29 luglio 2011, n. 6814.

* * *


E' AUTENTICA



FATTO

Con ricorso n. 9280/2010, gli odierni appellanti incidentali hanno chiesto al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Roma l'annullamento della delibera AGCOM n. 366/10/CONS in materia di ordinamento automatico dei canali della televisione digitale terrestre.

Il ricorso è stato accolto con sentenza 29 luglio 2011, n. 6814, la quale ha ritenuto fondati, in particolare, due dei motivi di impugnazione svolti dei ricorrenti, mentre ha respinto espressamente altri motivi di ricorso.

Avverso tale decisione l'AGCOM ha fulmineamente proposto appello.

Con il presente atto gli appellanti incidentali, come sopra rappresentati e difesi, contestano espressamente e specificamente i fatti allegati dalle controparti e impugnano in via autonoma la decisione appellata, limitatamente ai capi di rigetto del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, per i seguenti motivi di

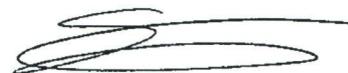
DIRITTO

1. CENSURABILITÀ DELLA DECLARATORIA DI INFONDATEZZA DELL'ECCEZIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ DELL'ART. 32, COMMI 2-4, DEL D.LGS. N. 177/2005.

Gli appellanti incidentali hanno eccepito l'incostituzionalità dell'art. 32, commi 2-4, del D.Lgs. n. 177/2005 (TUSMAR) per eccesso di delega legislativa in relazione agli artt. 76 e 77, comma 1, Cost. ed agli artt. 1, 2 e 26 della legge n. 88/2009 (Legge Comunitaria 2008).

La motivazione dell'eccezione era legata al fatto che la legge-delega ha autorizzato il Governo esclusivamente ad adottare le norme occorrenti a recepire le modifiche apportate dalla direttiva Servizi di Media Audiovisivi

Io sottoscritto Giacomino Bucchi, nato a Vimercate (MB) il 2 aprile 1960 e residente a Via Rivapiana n. 8 – Muralto (CHE), nella mia qualità di legale rappresentante di Gruppo Europeo di Telecomunicazioni S.r.l. con sede a Milano, Via Guglielmo Silva n. 33, P.IVA e C.F. 04839290964, delego gli avv.ti Domenico Siciliano e Antonella Giglio a rappresentare e difendere la Società nel giudizio cui si riferisce il presente atto, anche disgiuntamente, in ogni sua fase e grado, compresa quella cautelare, il giudizio di ottemperanza, l'intimazione di precetto, conferendo loro ogni e più ampia facoltà di legge, ivi comprese quelle di proporre istanze cautelari, resistere agli interventi, farsi sostituire e rinunciare agli atti. Eleggo il domicilio della Società presso lo studio dell'avv. Domenico Siciliano a Roma, Via Antonio Gramsci n. 14.



E' AUTENTICA



(2007/65/CE) alla direttiva TV Senza Frontiere (89/552/CEE, modificata dalla direttiva 97/36/CE) e che né le direttive né la norma di delega contengono alcuna disposizione relativa all'LCN.

Nel caso di specie, dunque, non poteva ritenersi che l'intervento novativo sull'art. 32 del TUSMAR fosse riconducibile ai criteri generali di delega di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), della legge n. 88/2009 e, in particolare, alla c.d. "delega di coordinamento", in quanto nel caso concreto non vi era nulla da coordinare: mancava del tutto, infatti, una compiuta disciplina vigente dell'LCN.

Nella sentenza appellata la questione è stata ritenuta infondata, essenzialmente in relazione al fatto che, secondo il Tribunale, la norma delegante *"deve essere intesa in senso ampio e non vincolata alla preesistenza di una disciplina specifica sull'assegnazione automatica dei canali; il legislatore delegato (peraltro risulta con la determinante partecipazione delle Commissioni parlamentari VII e IX : parere del 4 febbraio 2010) ha quindi ritenuto che questo nuovo sistema tecnico di assegnazione dei canali fosse idoneo ad adattare al sistema vigente l'introduzione delle nuove tecnologie"*.

Tale motivazione non appare condivisibile.

Se, infatti, si ritiene che la delega in base alla quale è poi stata adottata la disciplina dell'LCN fosse una delega c.d. "di coordinamento" (e questo è il presupposto del ragionamento del Tribunale), non è ragionevole né appare costituzionalmente orientata la tesi secondo la quale il coordinamento sarebbe possibile anche in assenza di una disciplina compiuta della materia da innovare, come accaduto nel caso concreto.

Sotto questo aspetto non convince il ragionamento secondo il quale tale

interpretazione, per così dire, “larga”, della delega sarebbe coerente con la circostanza che *“il contenuto dell’art. 32 del T.U è essenzialmente tecnico ed è teso a dare un ordine nella utilizzazione delle trasmissioni in digitale; e la direttiva comunitaria, proprio al primo “considerando” afferma che le nuove tecnologie di trasmissione di servizi di media audiovisivi rendono necessario un adattamento del quadro normativo: quindi è chiaro che è rimesso agli Stati di adottare accorgimenti quanto meno tecnici per disciplinare l’introduzione delle nuove tecnologie e segnatamente del sistema digitale terrestre”*.

A questo proposito è forse utile ricordare che la direttiva Servizi di Media Audiovisivi (2007/65/CE) non si occupa, come sembra sottintendere il Tribunale, dell’introduzione di nuove tecnologie trasmissive dei servizi di *media* audiovisuali negli ordinamenti statali, bensì disciplina i servizi di *media* audiovisuali in sé e gli aspetti editoriali di essi.

Nulla, invece, nella direttiva Servizi di Media Audiovisivi riguarda specificamente l’uso e l’implementazione della tecnica digitale via etere terrestre per la diffusione di programmi televisivi.

Anche perché, per la verità, il digitale terrestre televisivo non può propriamente definirsi una “nuova tecnologia” né la relativa disciplina è stata introdotta dalla direttiva Servizi di Media Audiovisivi.

Alla luce di ciò, dunque, non è ragionevole ritenere che il perimetro della delega (di coordinamento) deve essere tracciato in modo ampio.

In senso contrario depone anche il testo dell’art. 2, comma 1, lett. b), della legge n. 88/2009, il quale recita: *“ai fini di un migliore coordinamento con le discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da*

attuare, sono introdotte le occorrenti modificazioni alle discipline stesse..."

(la sottolineatura è aggiunta).

Il riferimento testuale alle *"discipline vigenti"* e alle *"occorrenti modificazioni"* di esse è univocamente interpretabile nel senso di richiedere, per l'appunto, l'esistenza di una normativa pregressa che richieda di essere modificata in conseguenza del recepimento della direttiva Servizi di Media Audiovisivi.

È palese, dunque, l'eccesso di delega relativo all'art. 32 del TUSMAR e la conseguente illegittimità costituzionale di questa disposizione, il che vizia in radice la delibera AGCOM n. 366/10/CONS facendo venir meno la base normativa del potere esercitato dall'Autorità.

2. CENSURABILITÀ DEL CAPO DI RIGETTO DEL PRIMO MOTIVO DI RICORSO.

Con il primo motivo di ricorso è stata contestato la competenza del Capo del Dipartimento delle Comunicazioni del MSE a sottoscrivere i bandi emessi in attuazione della delibera AGCOM n. 366/10/CONS in quanto questi sarebbero di competenza del Direttore Generale della DGSCER.

Il Tribunale non ha condiviso la censura per due ragioni:

- la prima è che *"nella fattispecie si verte più propriamente in un regime di autorizzazione amministrativa ai sensi dell'art. 15 del D.Lgs n. 177/2005 e dell'art. 25 del D.Lgs n. 259/2003"* e, dunque, non si tratta di atti concessori;
- la seconda è che *"parte ricorrente non ha fornito elementi di prova in ordine alla distribuzione delle competenze interne al Ministero"*.

La prima motivazione è manifestamente incongruente.

Gli art. 15 del D.Lgs n. 177/2005 e 25 del D.Lgs n. 259/2003 riguardano la disciplina dell'attività di operatore di rete. Tuttavia, i destinatari dei provvedimenti *de quibus non* sono gli operatori di rete, ma i fornitori contenuti da diffondere sulla piattaforma televisiva digitale terrestre.

È vero, poi, quanto afferma il Collegio quando dice che "*l'eventuale concessione non deriva dal bando ma semmai dal provvedimento di assegnazione conseguente all'espletamento dello stesso*". Tuttavia, ciò non vuole dire che il bando può essere sottoscritto da chiunque, ma solo che sia i bandi sia gli atti che ne realizzano in concreto gli effetti debbono essere sottoscritti dal titolare dell'ufficio competente al rilascio di titoli concessori.

Ad avviso degli appellanti incidentali, stando alle regole sulla ripartizione delle mansioni nell'Amministrazione appellata, questo soggetto è il Direttore della Direzione Generale Servizi di Comunicazione Elettronica e Radiodiffusione. Ciò è tanto vero che i bandi per l'assegnazione dei numeri LCN nelle Regioni in corso di digitalizzazione nel secondo semestre 2011 (Regioni Liguria, Toscana e Umbria) pubblicati sino ad oggi sono stati sottoscritti dal Direttore della DGSCER e non più dal Capo Dipartimento (cfr. **doc. 4-6**).

Anche la seconda motivazione non è condivisibile.

Non appare corretto già sul piano processuale, infatti, porre in capo al ricorrente un onere della prova circa la mancanza del potere di firma del sottoscrittore gli atti impugnati, posto che si tratterebbe di dimostrare un fatto negativo (*probatio diabolica*).

Per giunta, tale onere sarebbe ulteriore rispetto alla – quella sì necessaria – allegazione del vizio in riferimento al contenuto delle norme che

disciplinano la ripartizione dei poteri tra i titolari degli uffici del Dicastero appellato, norme in base alle quali è possibile ritenere che i sottoscrittori del bando e degli atti applicativi di esso non fossero competenti.

A conferma della fondatezza del vizio denunciato si rileva che:

- nelle premesse dei provvedimenti impugnati non esiste il minimo riferimento a un atto di delega attraverso il quale sia stato attribuito al rispettivo sottoscrittore il potere di firma;
- tutti i bandi per l'assegnazione di numeri LCN nelle Regioni in corso di digitalizzazione nel secondo semestre 2011 (Regioni Liguria, Toscana e Umbria) pubblicati sino ad oggi sono stati sottoscritti dal Direttore della DGSCER (cfr. doc. 4-6);
- i decreti di concessione a suo tempo rilasciati ai sensi della legge n. 223/1990 furono firmati dal Ministro in carica;
- i provvedimenti di concessione/autorizzazione rilasciati ai sensi della legge n. 66/2001 sono stati sottoscritti dalla dott.ssa Laura Aria "d'ordine del Ministro", come specificamente indicato su ciascun atto.

3. CENSURABILITÀ DEL PARZIALE RIGETTO DEL TERZO MOTIVO DI RICORSO.

Dopo aver accolto parzialmente il terzo motivo di ricorso, la sentenza appellata respinge "gli altri aspetti evidenziati nel terzo motivo".

La motivazione di tale rigetto è che "La delibera, in primo luogo, contiene esplicita disposizione che consente agli utenti di ordinare i canali secondo la propria scelta.

Quanto all'aspetto della "semplicità" del sistema, che parte ricorrente ritiene tradito dal complesso criterio di assegnazione dei canali escogitato dall'AGCOM denominato dagli stessi ricorrenti "a spezzatino", il criterio

appare assai ampio e tale da consentire l'uso di una discrezionalità tecnica incensurabile in questa sede".

3.1. La prima motivazione riguarda evidentemente la censura di parte ricorrente secondo la quale l'AGCOM nella delibera impugnata non ha adottato alcuna disposizione specifica al fine di consentire la realizzazione in concreto del diritto dell'utente di riordinare i canali offerti sulla televisione digitale (art. 32, comma 2, del TUSMAR), nonostante l'impossibilità o, comunque, l'estrema difficoltà di esercitare tale diritto sia stata la causa dichiarata dell'intervento normativo di novellazione dello stesso art. 32 e, per altro verso, la ragione per cui tutti, dal legislatore all'AGCOM alle emittenti, sono tanto interessati all'LCN e alla "conquista" di posizioni avanzate nell'ordinamento automatico dei canali.

In quest'ottica, l'affermazione secondo la quale *"La delibera, in primo luogo, contiene esplicita disposizione che consente agli utenti di ordinare i canali secondo la propria scelta"* rischia di essere apodittica e, per la verità, fin troppo facilmente assolutoria dell'operato superficiale dell'Autorità.

La legge (art. 32, comma 2, del TUSMAR) richiede che sia garantito *"il diritto di ciascun utente di riordinare i canali offerti sulla televisione digitale"*

Che tale diritto non fosse in concreto esercitabile (o facilmente esercitabile) è un dato di fatto: persino nella sentenza impugnata si riconosce – citando l'Autorità – che la personalizzazione della numerazione dei canali avviene solo nel 57% dei casi e che, per giunta, *"trattasi di dato aleatorio a fronte di un sistema certo quale quello automatico"*.

Questa affermazione per un verso fa emergere una contraddittorietà della sentenza sul punto in esame, ma, per quanto qui più interessa, conferma

come la semplice apodittica riaffermazione da parte dell'Autorità del diritto dell'utenza di riordinare a piacimento i canali della tivù digitale terrestre concreti di fatto una totale e immotivata omissione su un punto essenziale della disciplina regolatoria della numerazione automatica dei canali.

3.2. La seconda motivazione riguarda invece il criterio della semplicità d'uso del sistema di ordinamento automatico dei canali e, dunque, le lettere *b)* e *c)* del terzo motivo di ricorso.

L'idea del Tribunale in proposito, come detto, è che *“il criterio appare assai ampio e tale da consentire l'uso di una discrezionalità tecnica incensurabile in questa sede”*.

I ricorrenti non ignorano il costante insegnamento secondo il quale le scelte tecnico-discezionali dell'Amministrazione non sono sindacabili in sede giurisdizionale, ma credono anche di rammentare che tale principio trova un temperamento nei casi in cui tali scelte non paiono conformi a canoni di ragionevolezza e logicità dell'azione amministrativa.

Il ricorso all'ormai noto ordinamento a “spezzatino” è palesemente illogico e irragionevole.

La semplicità d'uso, infatti, deve riguardare tutti gli elementi significativi della funzione di ordinamento automatico dei canali, inclusa la distribuzione dei canali stessi. In altre parole, se i canali sono organizzati senza criterio la semplicità d'uso rimane una buona intenzione.

Ecco il risultato della scelta regolatoria dell'Autorità:

- alle prime nove posizioni sono previste alcune emittenti nazionali ex-analogiche, ordinate secondo abitudini e preferenze degli utenti;
- poi sono previste dieci emittenti locali ex-analogiche, ordinate

secondo la media dei punteggi ottenuti nelle ultime tre graduatorie approvate dal CORECOM per la distribuzione dei contributi di cui alla legge n. 448/1998;

- dal numero 20 sono previste di nuovo emittenti nazionali, anzitutto una ex-analogica, individuata secondo le abitudini e le preferenze degli utenti, ed a seguire i canali della nuova offerta digitale, ordinati però secondo il genere di programmazione e l'*audience*;
- poi ecco ancora le emittenti locali, le ex-analogiche rimanenti ordinate secondo la media dei punteggi ottenuti nelle ultime tre graduatorie approvate dal CORECOM per la distribuzione dei contributi *ex lege* n. 448/1998, ed a seguire i canali della nuova offerta digitale, ordinati secondo la data dell'autorizzazione all'attività di fornitore di contenuti;
- infine, la ripetizione di questo schema sino a esaurire i fornitori di contenuti aventi titolo.

È evidente che uno schema del genere è l'antitesi della semplicità d'uso, e che esso non è né logico né razionale: verrebbe proprio da chiedere all'Autorità secondo quali criteri di logicità e razionalità è stato prodotto questo tipo di ordinamento.

Tanto più che sia dalla consultazione pubblica sia dal sondaggio commissionato dell'AGCOM era emerso che l'abitudine dell'utenza non è cambiata nel passaggio al digitale e, dunque, che le emittenti locali (non solo dieci emittenti, ma tutte) seguono immediatamente le emittenti nazionali ex-analogiche, senza interruzioni.

Il che, a ben vedere, era un risultato scontato, se non altro perché

nell'ambiente analogico c'erano solo dieci emittenti nazionali e, dunque, è per forza di cose che le televisioni locali seguivano quelle, in alcuni casi anche sopravanzando emittenti nazionali (l'indagine commissionata dall'AGCOM rileva che la presenza delle emittenti locali è rilevante già dal numero 8).

Inoltre, non è neanche ipotizzabile che lo "spezzatino" sia conforme ad abitudini dell'utenza acquisite alla luce del progressivo ampliamento dell'offerta televisiva in virtù dell'avvio di alcune trasmissioni digitali, per il semplice fatto che la legge prevede un riferimento univoco alla situazione esistente in analogico (art. 32, comma 2, del TUSMAR).

Lo "spezzatino" tra le locali, dunque, non esisteva in ambiente analogico, ragion per cui averlo introdotto nel digitale terrestre ha generato per definizione la violazione del criterio del rispetto delle abitudini e delle preferenze degli utenti.

A questo proposito ci si permetta una piccola divagazione.

Lo "spezzatino" delle tivù locali è incredibilmente identico al contenuto dello schema proposto all'Autorità in una precedente istruttoria dall'associazione DGTVi (cui partecipano le emittenti nazionali dominanti RAI, Mediaset, Telecom) e dalle associazioni di emittenti locali Aer-Anti-Corallo ed FRT (che, neanche a dirlo, oggi appoggiano l'appello principale dell'AGCOM).

Si badi che l'identità non riguarda solo la collocazione delle tivù locali nell'ordinamento dei canali, ma finanche le specifiche modalità di attribuzione delle numerazioni. È quanto meno molto singolare che il testo dell'accordo tra Aer-Anti-Corallo ed FRT presenta tratti di identità testuale con passaggi della delibera 366 (cfr. **doc. 7-8**).

È bene ricordare che gli accordi DGTVi ed Aer-Anti-Corallo ed FRT erano stati forzatamente bocciati dall'AGCOM in conseguenza dell'adozione da parte dell'AGCM della segnalazione AS661, in cui l'Autorità *antitrust* ha fatto presente che *“Nessun accordo pattizio, infatti, può garantire condizioni di assoluta imparzialità, oggettività e non discriminazione, connaturate invece all'operato dell'Autorità di regolazione”* (doc. 5 del primo grado).

Per cui, non è difficile sostenere che l'Autorità nel nostro caso abbia battuto un *record*: adottando lo “spezzatino” ha approvato un modello non coerente con le risultanze dell'istruttoria procedimentale e già bocciato da essa stessa e dall'Autorità *antitrust*. A sommosso avviso degli appellanti parlare di semplici illogicità e irragionevolezza delle scelte dell'Amministrazione è veramente dire poco.

4. CENSURABILITÀ DEL RIGETTO DEL QUARTO MOTIVO DI RICORSO.

Il Tribunale ha respinto il quarto motivo di ricorso argomentando che *“La presunta violazione dell'art. 27 e segg. del D Lgs n. 259/2003 non sembra sussistere, in quanto trattasi di normativa dettata per le emittenti radio.*

Nella fattispecie poi esiste una normativa di legge speciale, contenuta nel citato art. 32 del T.U, che deve trovare diretta applicazione”.

La motivazione è viziata nel primo caso da un evidente fraintendimento, nel secondo da una lettura parziale della norma.

L'art. 27 e ss. del D.Lgs. n. 259/2003 (Codice delle Comunicazioni Elettroniche) non detta una *“normativa dettata per le emittenti radio”*.

Si tratta di una normativa che disciplina in via generale i *“Diritti di uso delle frequenze radio e dei numeri”* nei settori soggetti all'applicazione delle

regole del Codice delle Comunicazioni, inclusa, dunque, la materia radiotelevisiva.

È immaginabile che l'uso del termine "radio" abbia generato l'equivoco che ha determinato il rigetto del motivo di impugnazione, in quanto esso è stato impropriamente riferito alla radiofonia anziché, come è corretto che sia, alle radiazioni elettromagnetiche che consentono le comunicazioni a distanza.

È fuori di dubbio, dunque, che la norma in questione si applichi anche al nostro settore.

La circostanza, poi, che *"esiste una normativa di legge speciale, contenuta nel citato art. 32 del T.U, che deve trovare diretta applicazione"* non esclude l'applicabilità dell'art. 27 e ss.: a ben vedere, infatti, l'art. 32, comma 2, del TUSMAR detta obiettivi e criteri della disciplina dell'ordinamento automatico dei canali, ma non le relative procedure. L'individuazione di queste ultime è demandata all'Autorità che, ovviamente, nel determinare le concrete *"modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di contenuti"* dovrà attenersi alla disciplina generale di cui all'art. 27 e ss. del Codice delle Comunicazioni Elettroniche e, dunque:

- a) tenere in adeguato conto l'esigenza di ottimizzare i vantaggi per gli utenti e di favorire lo sviluppo della concorrenza e la sostenibilità degli investimenti;
- b) concedere a tutte le parti interessate l'opportunità di esprimere la loro posizione, conformemente all'articolo 11 del Codice stesso;
- c) pubblicare qualsiasi decisione relativa alla concessione di un numero limitato di diritti individuali di uso, indicandone le ragioni;
- d) stabilire procedure basate su criteri di selezione obiettivi, trasparenti,

proporzionati e non discriminatori.

Sulla scorta di questi principi, lo strumento di selezione appropriato sarebbe stata una procedura ad evidenza pubblica, garanzia sia di selezione obiettiva, trasparente, proporzionata e non discriminatoria, sia di conformità a legge della procedura adottata.

Del resto, la stessa Autorità, in suoi precedenti provvedimenti, ha riconosciuto che il modello appropriato da impiegare per l'assegnazione (o, quanto meno, per la prima assegnazione) di diritti d'uso di risorse di numerazione è l'adozione di procedure comparative trasparenti basate su criteri di selezione neutrali, tali da porre tutti i contendenti sullo stesso piano sia in fase di comparazione, sia nel confronto competitivo sul mercato.

Un caso del tutto analogo al nostro, infatti, è quello della prima assegnazione dei numeri a codice 4 a seguito dell'adozione del nuovo piano nazionale di numerazione nel settore delle telecomunicazioni, avvenuta con la delibera AGCOM n. 26/08/CIR (doc. 15 del primo grado).

Anche in quella occasione si è trattato di assegnare per la prima volta numeri che, però, sino a quel momento erano stati usati per la fornitura di servizi agli utenti (magari da molti anni) su base privatistica e non concessoria.

In quel caso l'Autorità ha deciso di imporre l'abbandono delle numerazioni usate in precedenza per oltre un anno (cosiddetta "latenza"), per un periodo persino molto più lungo rispetto a quello normalmente previsto per queste stesse numerazioni (tre mesi *ex art.* 21, comma 5, delibera AGCOM n. 26/08/CIR), proprio al fine di annullare il vantaggio competitivo dei precedenti utilizzatori e consentirne la riutilizzazione dei numeri dopo il

periodo di latenza (art. 30, comma 3, della delibera AGCOM n. 26/08/CIR).

Le imprese precedenti utilizzatrici hanno sostenuto di detenere un diritto preuso o, comunque, una posizione giuridica qualificata in forza della quale il precedente utilizzatore avrebbe dovuto essere preferito agli altri richiedenti nell'assegnazione del numero, chiedendo modifiche del Piano in tal senso.

L'Autorità ha respinto questa istanza e confermato la propria decisione argomentando che non era possibile escludere che la prosecuzione dell'uso dei numeri non costituisse un vantaggio competitivo per i vecchi utilizzatori rispetto ai soggetti che avrebbero dovuto cambiare numerazione. L'Autorità ha richiamato il principio di parità tra i contendenti nel mercato chiarendo *“che l'attuale previsione contenuta nella delibera n. 26/08/CIR e s.m.i. non crei distorsioni competitive in quanto prevede la cessazione dell'uso attuale delle numerazioni in decade 4 utilizzate per servizi a sovrapprezzo, indipendentemente dalla conformità alla nuova disciplina”* (cfr. delibera AGCOM n. 80/09/CIR [doc. 16 del primo grado], pag. 2, primo “considerato” e pag. 3, primo “ritenuto”, sottolineatura aggiunta).

In pratica, l'Autorità si è resa perfettamente conto che il preuso stabile e duraturo aveva dato valore (distintivo e, quindi, patrimoniale e concorrenziale) ai numeri 4, ma proprio per questo motivo ha ritenuto che la prosecuzione senza soluzione di continuità nell'uso di detti numeri avrebbe garantito ai precedenti utilizzatori un vantaggio competitivo non accettabile rispetto ai concorrenti.

L'assegnazione dei nuovi numeri è poi avvenuta secondo le regole dettate da un bando ministeriale (proprio come nel nostro caso) improntato ai principi di equità, trasparenza, proporzionalità e non discriminatorietà imposti

dal Codice. Proprio a proposito del bando, tra le altre cose l'Autorità ha previsto che *“In occasione dell'apertura di nuove numerazioni, l'Amministrazione competente ha altresì facoltà di limitare la quantità di singole numerazioni o di blocchi assegnati a ciascun operatore in fase di prima applicazione, al fine di prevenire indisponibilità di risorse e accaparramento nonché di adottare ogni utile strumento per assicurare una equa ed ordinata ripartizione tra i richiedenti”* e che *“In caso di conflitto per richieste contemporanee di identica numerazione, l'Amministrazione competente procede alla assegnazione dei diritti d'uso previa audizione delle parti”* (art. 4, commi 2 e 6, della delibera AGCOM n. 26/08/CIR, richiamati dall'art. 9 della medesima delibera).

Alla luce del contenuto dei precedenti dell'Autorità, la scelta effettuata nel caso oggetto del presente ricorso è del tutto inspiegabile.

5. CENSURABILITÀ DEL RIGETTO DEL QUINTO MOTIVO DI RICORSO.

Il Tribunale ha respinto il quinto motivo di ricorso argomentando che *“il tempo concesso alle emittenti per avvertire l'utenza del nuovo posizionamento (quindici giorni a norma dell'art. 10, comma 4, della delibera 366; n.d.r.), in assenza di precise disposizioni di legge o di regolamento, appare rimesso alla discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, che non sembra viziata sotto il profilo della manifesta irragionevolezza”*.

La *ratio* della disposizione che prevedeva la comunicazione anticipata della numerazione LCN è agevole da comprendere: l'idea è che tra l'assegnazione delle posizioni di ordinamento e il passaggio definitivo al digitale debba intercorrere un congruo lasso di tempo, nel corso del quale le emittenti possono informare la propria utenza del cambiamento per “farsi

trovare” anche dopo il passaggio al digitale terrestre.

In primo luogo, il termine è stato platealmente violato dal Ministero: la ricorrente GET ha ricevuto il provvedimento di assegnazione di alcune proprie numerazioni a *switch off* iniziato da tempo.

Può comunque dirsi che quindici giorni sono un tempo oggettivamente insufficiente a rendere una piena informativa all’utenza circa il nuovo posizionamento dell’emittente ed a consentire l’esercizio consapevole della facoltà di scelta dell’utente stesso, specie in considerazione dell’abitudine degli utenti a trovare una determinata emittente in una determinata posizione del telecomando da qualche decina d’anni.

Detta disposizione non appare né logica né razionale e, dunque, è pienamente sindacabile in sede giurisdizionale.

* * *

Per quanto sopra, richiamando altresì quanto dedotto ed eccepito nei precedenti scritti difensivi, si confida nell’accoglimento delle seguenti

conclusioni

Piaccia a codesto Ecc.mo Consiglio di Stato in sede giurisdizionale dichiarare inammissibile, improcedibile e improponibile o, comunque, respingere l’appello perché infondato in fatto e in diritto, e per l’effetto confermare la sentenza impugnata, annullando la delibera per cui è causa, anche in accoglimento dei motivi di ricorso proposti dagli odierni appellati nel giudizio di primo grado, ivi inclusi quelli assorbiti dalla sentenza impugnata e riproposti, nonché dei motivi svolti nel presente appello incidentale.

Con vittoria degli oneri di lite del doppio grado, ivi comprese le spese generali e gli accessori di legge.

Si producono (con numerazione che segue quella dei documenti in atti):

4. bando LCN per la regione Liguria;
5. bando LCN per la regione Toscana;
6. bando LCN per la regione Umbria;
7. verbale di accesso AGCOM;
8. accordo Aer-Anti-Corallo – FRT presentato all'AGCOM.

Si dichiara che la proposizione di appello incidentale non modifica il valore della controversia.

Con ogni più ampia salvezza.

Roma, 14 ottobre 2011

avv. Antonella Giglio



avv. Domenico Siciliano

