

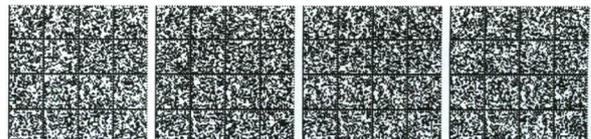
**CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE**  
**Sezione Terza**

*Notifica per pubblici proclami dell'appello incidentale nel ricorso r.g. n. 921/2012*

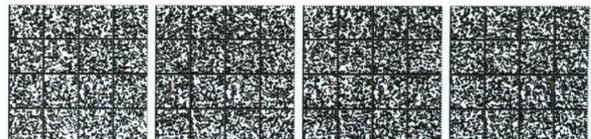
Con ordinanza collegiale n. 904 del 2 marzo 2012, successivamente integrata e modificata con ordinanza collegiale n. 1927 del 31 marzo 2012, il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sezione III ha ordinato, nel giudizio r.g. n. 921/2012, all'appellante incidentale Sky Italia s.r.l. l'integrazione del contraddittorio mediante notifica per pubblici proclami, per estratto sintetico, dell'appello incidentale proposto dalla stessa Sky Italia s.r.l. (di seguito, "Sky"), con sede in Milano, Via Monte Penice 7 (C.F. e P. IVA 04619241005), rappresentata e difesa dall'avv. prof. Ottavio Grandinetti (C.F. GRN TTV 61A03 C352T), nonché elettivamente domiciliata presso di lui in Roma, Via Alberto Caroncini 2, nel ricorso r.g. n. 921/2012 promosso, davanti al Consiglio di Stato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito anche "AGCOM") e dal Ministero dello Sviluppo Economico contro Sky e nei confronti di R.T.I.-Reti Televisive Italiane s.p.a. (C.F. 06921720154), Napoli Canale 21 s.r.l. (C.F. 01220810632), Radio TV Parma S.p.A. (C.F. 00576000343), MTV Italia s.r.l. (P. IVA: 05690981005), Telecom Italia Media s.p.a. (P. IVA: 13289460159), Canale 10 s.p.a. (C.F.: 02447350584), Associazione Italiana per lo Sviluppo del Digitale Terrestre (C.F.: 07760701008), Associazione Aeranti Corallo (C.F.: 93074270427); Rai - Radiotelevisione Italiana s.p.a. (C.F. e P. IVA: 06382641006) e HSE24 s.p.a. (C.F.: 11127121009), per ottenere l'annullamento o la riforma parziale della sentenza del Tar Lazio - Roma, Sezione III *Ter*, n. 873 del 26 gennaio 2012, resa: **I**) sul ricorso r.g. n.



7912/2010, proposto in primo grado dinanzi al Tar Lazio da Sky per ottenere la dichiarazione di nullità e/o l'annullamento: della delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 366/10/CONS e del suo Allegato A (pubblicati in G.U.R.I. n. 185 del 10 agosto 2010), 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*"); 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, in data non indicata, per l'assegnazione della numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre relativamente alle aree tecniche già digitalizzate (di cui al Comunicato del Ministero dello Sviluppo Economico, pubblicato in G.U.R.I. n. 186 dell'11 agosto 2010); 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, in data non indicata, per l'assegnazione della numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre relativamente alle aree tecniche da digitalizzare nel corso del 2010 (di cui al Comunicato del Ministero dello Sviluppo Economico, pubblicato in G.U.R.I. n. 186 dell'11 agosto 2010) – di seguito, entrambi, indicati come i "*Bandi impugnati*" -; di ogni altro atto comunque connesso, presupposto, coevo o consequenziale, anche non conosciuto, ivi compresa – ove occorrer possa – la delibera n. 122/10/CONS con i relativi allegati, adottata dall'Autorità per

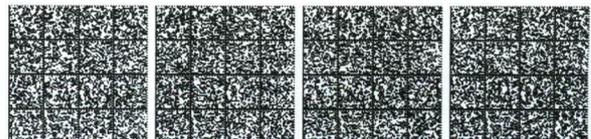


le garanzie nelle comunicazioni il 16 aprile 2010; **II**) sul successivo atto per motivi aggiunti (nel predetto ricorso r.g. n. 7912/2010) proposto dalla stessa Sky, per ottenere la dichiarazione di nullità e/o l'annullamento: della Determina adottata il 22 novembre 2010 dal Dipartimento per le Comunicazioni del Ministero dello Sviluppo Economico; della Determina adottata in data 24 novembre 2010 dalla DGSCER, con cui è stata attribuita alla ricorrente Sky la posizione n. 26 della numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre per la diffusione in ambito nazionale per il marchio/palinsesto "Cielo" (ivi qualificato "semigeneralista"), nonché -ove occorra- della relativa nota ministeriale di trasmissione alla ricorrente, prot. n. DGSCER/DIV. III/82602 in pari data; dell'atto integrativo dell'allegato 1 della Determina del 24 novembre 2010, adottato il 6 dicembre 2010 dalla stessa DGSCER, recante l'assegnazione aggiuntiva per gli ulteriori marchi/palinsesti di Sky delle seguenti posizioni: n. 131 per "Cielo 2" (ivi qualificato "semigeneralista"), n. 144 per "Sky Arte", n. 526 per "Cielo HD", n. 531 per "Cielo 2 HD", n. 544 per "Sky Arte HD" della stessa numerazione automatica di cui alla citata Delibera; ove occorra, di tutte le graduatorie/elenchi/piani eventualmente approvate/i, anche per singole aree tecniche, dal Ministero dello Sviluppo Economico - Dipartimento per le Comunicazioni, per le aree da digitalizzare e già digitalizzate; nonché, sempre ove occorra, di tutte le determine e/o gli atti e/o i provvedimenti adottati per l'attribuzione, anche per singole aree tecniche, delle numerazioni automatiche in favore dei canali/marchi che precedono le numerazioni assegnate alla ricorrente; ove occorra, delle note prot. n. 57573 del 5 ottobre 2010, prot. n. 57578 del 5 ottobre 2010, prot. n. 63731 del 3

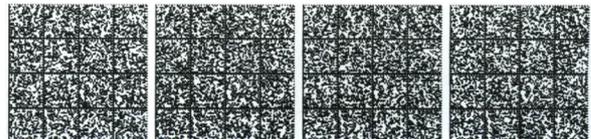


novembre 2010, prot. n. 66040 del 16 novembre 2010 e prot. n. 67642 del 24 novembre 2010, con le quali l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni avrebbe reso chiarimenti circa le modalità di applicazione della Delibera; sempre ove occorra, di ogni altro atto presupposto, connesso, coevo e conseguente, anche non conosciuto, ivi compresi quelli già impugnati con il ricorso r.g. n. 7912/2010 e nei confronti dei quali, ad ogni buon conto, Sky si è nuovamente gravata.

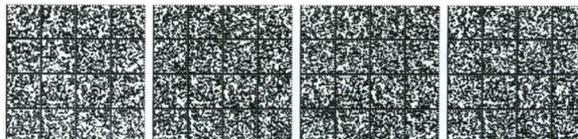
Con il predetto ricorso r.g. n. 7912/2010 dinanzi al Tar Lazio – premesso di esercire il canale digitale terrestre nazionale generalista *Cielo*, individuato con il n. 10 della numerazione automatica sin da prima dell'adozione della Delibera – e con il successivo atto per motivi aggiunti al ricorso r.g. n. 7912/2010, Sky ha impugnato i predetti provvedimenti proponendo i motivi di seguito riassunti: **1)** la Delibera ed i Bandi impugnati sono illegittimi, essendo stati emanati sulla base dei commi da 2 a 4 dell'art. 32 d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, come modificato dall'art. 5, co. 2, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44, contenente tuttavia una disciplina incostituzionale, in quanto adottata in violazione della delega legislativa (art. 76 Cost.) di cui agli artt. 1, 2 e 26 della l. 7 luglio 2009, n. 88; **2)** la Delibera va disapplicata, assieme ai Bandi impugnati, poiché, pur contenendo norme tecniche ai sensi della direttiva 98/34/Ce e s.m.i., il relativo progetto non è stato preventivamente notificato alla Commissione Europea; **3)** la Delibera è affetta da vizi procedurali, innanzitutto poiché la delibera AGCOM n. 122/10/CONS (con cui è stata avviata la consultazione pubblica relativa alla Delibera) ha fissato un termine di soli 15 giorni per l'invio dei contributi da parte dei partecipanti alla stessa consultazione pubblica; in secondo luogo, perché il documento posto a



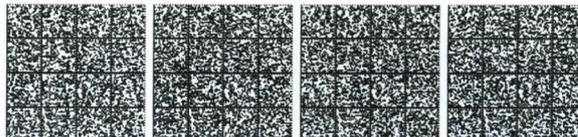
consultazione era incompleto, mancando la simulazione del vero e proprio Piano di numerazione automatica; infine, perché l'AGCOM non ha preso posizione in merito alle numerose osservazioni formulate da Sky durante la consultazione pubblica; 4) la Delibera ha qualificato "canali generalisti nazionali" solo quelli già trasmessi anche in tecnica analogica, così imponendo l'inserimento di tutti i canali nazionali non *ex-analogici* nei sotto-blocchi della numerazione automatica dedicati ai "canali tematici semigeneralisti nazionali", quand'anche questi ultimi diffondano una programmazione generalista (come nel caso dei canali di Sky), per giunta riservando solo ai "canali generalisti nazionali" le prime nove posizioni (ad una cifra) della numerazione automatica, inserendo un blocco riservato alle emittenti locali (posizioni da 10 a 19) subito dopo i "canali generalisti nazionali" e relegando gli asseriti "canali tematici semigeneralisti nazionali" nelle posizioni da 21 a 70, da 121 a 170 e da 221 a 270; il tutto in violazione dell'art. 32 del d.lgs. n. 177/2005 e s.m.i. (di seguito "art. 32 del TUSMAR"); 5) la Delibera ha stabilito che la numerazione automatica debba iniziare con una cifra (anziché, ad es., con tre cifre) e che venga suddivisa in numerosi blocchi e sotto-blocchi disomogenei; nonostante tutto ciò non assicuri una disciplina improntata a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie e rispettosa degli altri criteri e principi enunciati dall'art. 32 del TUSMAR; 6) l'art. 11, co. 6, della Delibera è illegittimo innanzitutto perché vieta i trasferimenti delle posizioni della numerazione automatica; in secondo luogo, perché vieta qualsiasi possibilità di trasferimento ed anche solo di scambio relativamente alle posizioni dei "canali generalisti nazionali" *ex-analogici*; in terzo luogo, perché vieta il subentro, da parte di



un canale tematico di un certo genere, nella numerazione di un altro canale di diverso genere, quand'anche entrambi intendano adeguare il genere del proprio canale alla nuova posizione così acquisita; il tutto in violazione dell'art. 32 del TUSMAR; **7)** l'art. 7 della Delibera è illegittimo innanzitutto perché prevede che alle trasmissioni differite dello stesso palinsesto, cui sia stata attribuita una posizione nel primo arco di numerazione, è riservata una posizione corrispondente nel secondo e nel terzo arco di numerazione automatica; in secondo luogo, perché l'inciso "*ove possibile*", contenuto nel citato art. 7, rimette alle arbitrarie determinazioni del Ministero l'effettiva attribuzione di una posizione corrispondente; tutto ciò sempre in violazione dell'art. 32 del TUSMAR; **8)** l'art. 8 della Delibera è illegittimo innanzitutto perché individua criteri troppo vaghi e generici, inadeguati a delimitare i poteri del Ministero nell'assegnazione di un blocco di numeri per ciascuna offerta a pagamento; in secondo luogo, perché non prevede una riserva di posizioni per i nuovi entranti; **9)** l'art. 6, co. 4, della Delibera è illegittimo perché attribuisce un titolo preferenziale ai soggetti che hanno avuto accesso al 40% della capacità trasmissiva ai sensi della delibera n. 645/07/CONS, ciò in violazione dell'art. 32 del TUSMAR; **10)** i Bandi impugnati vanno annullati per illegittimità derivata dalla illegittimità della Delibera; **11)** i Bandi impugnati sono illegittimi perché sono stati adottati da soggetto incompetente, il Capo Dipartimento Comunicazioni del Ministero dello Sviluppo Economico; **12)** gli artt. 3 di entrambi i Bandi impugnati sono illegittimi in quanto prevedono che, ai fini dell'attribuzione dei numeri, deve essere preso in esame il dato di *audience* dal 1° aprile al 30 giugno 2010 e perché dispongono genericamente che i dati (l'*audience* e la data di avvio del

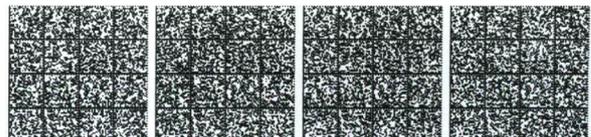


programma) su cui effettuare la valutazione comparativa tra i vari richiedenti pesino per il 50% ciascuno, senza che sia possibile comprendere le modalità di concreta attribuzione dei punteggi; il tutto in violazione dell'art. 32 del TUSMAR e della Delibera; **13)** gli artt. 4 di entrambi i Bandi impugnati sono illegittimi in quanto prevedono che, ai fini della valutazione comparativa tra i vari richiedenti le posizioni per i canali a pagamento, si tengano presenti i dati di avvio del primo programma dell'offerta/pacchetto a pagamento nonché il dato di *audience* dal 1° aprile al 30 giugno 2010; il tutto in violazione dell'art. 32 del TUSMAR e della Delibera; **14)** gli artt. 1, co. 2, di entrambi i Bandi impugnati sono illegittimi in quanto prevedono che, ai fini dell'attribuzione del genere tematico di programmazione (semigeneralista, bambini, etc.), si tenga conto del palinsesto del mese di giugno 2010; il tutto in violazione dell'art. 32 del TUSMAR e della Delibera; **15)** i medesimi artt. 1, co. 2, di entrambi i Bandi impugnati sono illegittimi nella parte in cui dispongono che i richiedenti devono dichiarare, a pena di esclusione, il dato di *audience* dal 1° aprile al 30 giugno 2010; il tutto in violazione dell'art. 32 del TUSMAR e della Delibera; **16)** tutti i provvedimenti impugnati con l'atto per motivi aggiunti vanno annullati per illegittimità derivata dalla illegittimità della Delibera e dei Bandi; **17)** la Determina del 22 novembre 2010 è illegittima perché è stata adottata da soggetto incompetente, il Capo Dipartimento Comunicazioni del Ministero dello Sviluppo Economico; **18)** la Determina del 22 novembre 2010, estendendo in via provvisoria la disciplina contenuta nei Bandi e nella Delibera anche alle aree che verranno digitalizzate negli anni 2011 e 2012, va annullata per le stesse ragioni esposte nei motivi di cui sopra, da 1 a 15; **19)** la Determina adottata dalla



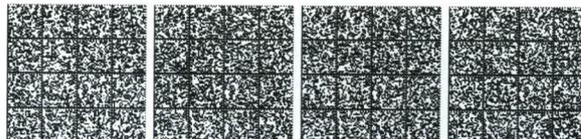
DGSCER il 24 novembre 2010 e l'atto integrativo dell'allegato 1 della predetta Determina adottato il 6 dicembre 2010 dalla stessa DGSCER sono illegittimi perché hanno qualificato i canali di Sky (*Cielo* e *Cielo 2*) come "canali semigeneralisti" (piuttosto che "canali generalisti nazionali", come richiesto da Sky), nonostante si trattasse di canali con programmazione generalista, e li hanno conseguentemente collocati nei sotto-blocchi dei "canali semigeneralisti" (piuttosto che nel blocco dei "canali generalisti nazionali", come richiesto da Sky) e precisamente nelle posizioni 26 e 131 della numerazione automatica (anziché non oltre le posizioni 10 ed 11, come richiesto da Sky), venendo così penalizzati anche i marchi in alta definizione "*Cielo HD*" e "*Cielo 2 HD*", la cui collocazione (526 e 531) riflette quella dei due canali diffusi in definizione standard; 20) la Determina adottata dalla DGSCER il 24 novembre 2010 e l'atto integrativo dell'allegato 1 della predetta Determina adottato il 6 dicembre 2010 dalla stessa DGSCER sono illegittimi innanzitutto perché dispongono che la numerazione assegnata debba essere attivata entro il 26 novembre 2010, nonostante che le posizioni siano state comunicate a Sky il 24 novembre 2010 (per *Cielo*) e, addirittura, il successivo 6 dicembre 2010 (per gli altri marchi); in secondo luogo, perché la DGSCER si è riservata di stabilire ulteriori condizioni di utilizzo ai sensi dell'art. 32, co. 3, del TUSMAR e dell'art. 11 della Delibera, laddove tali disposizioni, al più, consentono al Ministero di dettare eventuali ulteriori condizioni solo contestualmente all'assegnazione della posizione; e in terzo luogo perché, in caso di opposta interpretazione, dette disposizioni sarebbero incostituzionali per violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost..

Con la suddetta sentenza n. 873/2012, il Tar Lazio si è pronunciato



sull'impugnazione di Sky accogliendola in parte. Più precisamente, il Tar Lazio ha respinto i motivi nn. 1 e 2 (illegittimità costituzionale dell'art. 32, co. 2-4, TUSMAR; illegittimità comunitaria) ed ha invece accolto due censure del motivo n. 3 (insufficienza del termine di 15 giorni assegnato per la consultazione pubblica; mancata sottoposizione a consultazione pubblica dello schema del Piano di numerazione automatica), con conseguente annullamento di tutti provvedimenti impugnati (peraltro respingendo la terza censura, relativa all'omesso/insufficiente esame dei rilievi svolti dagli operatori nel corso della consultazione). Inoltre, il Tar Lazio ha accolto integralmente il motivo n. 4 e parzialmente il motivo n. 5 (con riferimento alla suddivisione della numerazione automatica in blocchi e sotto-blocchi disomogenei), respingendo, al contrario, i motivi nn. 6, 7, 8, parte del 12 (v. *infra*), 13 e 14. Sono stati invece accolti i motivi nn. 9, 10, 11, parte del 12 (limitatamente alla retrodatazione del periodo rilevante per la quantificazione dell'*audience*), 15, 16, 17, 18 e 19. Il Tar Lazio ha infine ritenuto assorbito il motivo n. 20.

Avverso la predetta sentenza hanno interposto appello principale (r.g. n. 921/2012), dinanzi al Consiglio di Stato – Sezione Terza, l'AGCom ed il Ministero dello Sviluppo Economico, sostenendo l'erroneità della pronuncia del Tar Lazio in relazione a tutti i capi di sentenza in cui sono state accolte le censure di Sky. Sky, oltre a resistere, con controricorso, all'appello avversario, chiedendone il rigetto, ha proposto contestualmente appello incidentale autonomo avverso i capi della sentenza che hanno respinto o non hanno esaminato (o hanno ritenuto assorbiti) i motivi di ricorso proposti da Sky in primo grado, riproponendo quindi i seguenti motivi, recanti le



medesime censure già sopra riassunte ai numeri: 1; 2; parte del 3 (omesso/insufficiente esame dei rilievi svolti dagli operatori nel corso della consultazione); parte del 5 (illegittimità della scelta di far iniziare la numerazione automatica con una cifra anziché, ad es., con tre cifre); 6; 7; 8; parte del 12 (illegittimità dei Bandi nella parte in cui dispongono genericamente che i dati su cui effettuare la valutazione comparativa tra i vari richiedenti pesino per il 50% ciascuno, senza che sia possibile comprendere le modalità di concreta attribuzione dei punteggi); 13; 14; 20; chiedendo pertanto l'accoglimento del ricorso in primo grado anche riguardo alle predette censure.

Come disposto dalla citata ordinanza collegiale del Consiglio di Stato, n. 1927 del 31 marzo 2012, in considerazione della ivi riconosciuta obiettiva difficoltà di identificazione dei soggetti controinteressati, la presente notifica *«è diretta a tutti i fornitori di servizi audiovisivi assegnatari per i propri palinsesti di una numerazione nell'ambito dell'ordinamento automatico dei canali della televisione digitale terrestre»*, cioè in applicazione della impugnata Delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 366/10/CONS.

Si avverte che la pubblica udienza di trattazione per il merito è fissata al 22 giugno 2012.

prof. avv.  
Ottavio Grandinetti

TS12ABA5901 (A pagamento).

