



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER IL LAZIO - SEZIONE TERZA TER

Francesco Corsaro	Presidente
Maria Luisa De Leoni	Componente
Giulia Ferrari	Componente – Estensore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

a) sul ricorso n. 4627/05, proposto dalla

RAI - Radiotelevisione Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo Luciani, Ernesto Sticchi Damiani e Gian Michele Roberti e con questi elettivamente domiciliata in Roma, via Bocca di Leone n. 78, presso lo studio degli avv.ti Luciani e Sticchi Damiani,

contro

l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura ge-

nerale dello Stato presso i cui Uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è per legge domiciliata, nonché

e nei confronti

della **Sipra s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, interventrice *ad adiuvandum*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Manzi e Paolo Piva e con questi elettivamente domiciliata in Roma, via F. Confalonieri n. 5 presso lo studio dell'avv. Manzi,

della **Gruppo Editoriale l'Espresso s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Elisabetta Rubini Tarizzo presso il cui studi in Roma, via Monte dé Cenci n. 21,

della **RCS Media Group s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mauro Orlandi e Vittorio Minervini presso il cui studio in Roma, via Gian Giacomo Porro n. 8 è elettivamente domiciliata,

della **Federazione Italiana Editori Giornali (FIEG)**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Liroso, Piero Fattori e Filippo Pacciani e con questi elettivamente domiciliata in Roma, via della Quattro Fontane n. 20 presso lo studio legale Gianni, Origoni, Grippo & Partners,

della **Vodafone Omnitel s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, interventrice *ad opponendum*, rappresentata e difesa avv.ti Mauro Orlandi e Vittorio Minervini presso il cui studio in Roma, via Gian Giacomo Porro n. 8 è elettivamente domiciliata,

della Publitalia '80 s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

della **Mediaset s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

della **Aeranti - Corallo**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

della **SEP s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

della **RTI s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

della **Centro Europa 7 s.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

per l'annullamento, previa sospensiva,

della delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 136/05/Cons dell'1-2 marzo 2005, recante "Interventi a tutela del pluralismo ai sensi della L. n. 112 del 2004", nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali e, in particolare, delle delibere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni nn. 326/04/Cons del 6 ottobre 2004 di avvio del procedimento e 90/05/Cons del 10 febbraio 2005 di chiusura dell'istruttoria.

b) sul ricorso n. 9678/06, proposto dalla

RAI - Radiotelevisione Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dagli avv.ti Cinzia Pistolesi, Gian Michele Roberti, Massimo Luciani e Ernesto Sticchi Damiani e con questi elettivamente domiciliata in Roma, via Bocca di Leone n. 78, presso lo studio degli avv.ti Luciani e Sticchi Damiani,

contro

l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui Uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è per legge domiciliata,

i Ministeri delle comunicazioni e dell'economia e delle finanze, in persona dei rispettivi Ministri *pro tempore*, non costituiti in giudizio, la **Sipra s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, intervenitrice *ad adiuvandum*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Manzi e Paolo Piva e con questi elettivamente domiciliata in Roma, via F. Confalonieri n. 5 presso lo studio dell'avv. Manzi, nonché

nei confronti

della **Publitalia '80 s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

della **Mediaset s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

della **Centro Europa 7 s.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

della **Aeranti - Corallo**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

della **Federazione Italiana Editori Giornali (FIEG)**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

della **RCS Media Group s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

della **Gruppo Editoriale l'Espresso s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

della **SEP s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

della **RTI s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

della **Vodafone Omnitel s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio,

per l'annullamento, previa sospensiva,

della delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 322/06/Cons del 30 maggio 2006, recante "Approvazione dei programmi tecnici di Rai e RTI ai sensi della delibera 136/05/Cons".

Visti gli atti di costituzione, nei giudizi nn. 4627/05 e 9678/06, dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni;

Viste le costituzioni, nei giudizi nn. 4627/05 e 9678/06, della Sipra s.p.a.;

Visti gli atti di intervento *ad adiuvandum*, nei giudizi nn. 4627/05 e

9678/06, della Sipra s.p.a.;

Vista la costituzione, nel giudizio n. 4627/05, del Gruppo Editoriale l'Espresso s.p.a.;

Vista la costituzione, nel giudizio n. 4627/05, della RCS Media Group s.p.a.;

Vista la costituzione, nel giudizio n. 4627/05, della Federazione Italiana Editori Giornali (FIEG):

Vista la costituzione, nel giudizio n. 4627/05, della Vodafone Omnitel s.p.a.;

Visto l'atto di intervento *ad opponendum*, nel giudizio n. 4627/05, della Vodafone Omnitel s.p.a.;

Visto il primo atto di motivi aggiunti al ricorso n. 4627/05, notificati dalla RAI - Radiotelevisione Italiana s.p.a. il 14 ottobre 2005;

Visto il secondo atto di motivi aggiunti al ricorso n. 4627/05, notificati dalla RAI - Radiotelevisione Italiana s.p.a. il 7 aprile 2006;

Viste le memorie prodotte dalle parti in causa, costituite nei giudizi nn. 4627/05 e 9678/06, a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti delle cause;

Relatore alla pubblica udienza del 15 febbraio 2007 il magistrato dott.ssa Giulia Ferrari; uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso 4627/05, notificato il 3 ed il 4 maggio 2005 e depositato il successivo 17 maggio 2005, la Rai - Radiotelevisione Italiana s.p.a. impugna le delibere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni nn. 136/05/CONS dell'1 - 2 maggio 2005, recante "Interventi a tutela del pluralismo ai sensi della L. 3 maggio 2004 n. 112", 326/04/CONS del 6 ottobre 2004 di avvio del procedimento e 90/05/CONS del 10 febbraio 2005 di chiusura dell'istruttoria.

Espone, in fatto, che l'impugnata delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 136/05/CONS dell'1 - 2 maggio 2005 rappresenta la conclusione di un procedimento che ha condotto per la prima volta all'applicazione delle cd. disposizioni antitrust, e cioè degli artt. 14 e 15 L. 3 maggio 2004 n. 112. Tale legge ha innovato il previgente quadro giuridico del settore radiotelevisivo, individuando i principi generali ai quali deve conformarsi l'assetto del sistema radiotelevisivo nazionale, regionale e locale onde adeguarsi all'avvento della tecnologia digitale ed al processo di convergenza tra la radiotelevisione e gli altri settori delle comunicazioni interpersonali e di massa, quali le telecomunicazioni, l'editoria, anche elettronica, ed internet in tutte le sue applicazioni. Le misure antitrust contenute in detta legge, a differenza della previgente disciplina dettata dall'art. 2 L. n. 249 del 1997, trovano ora applicazione, sempre in un'ottica di evoluzione tecnologica e di convergenza, nel cd. Sistema integrato delle comunicazioni (Sic), da intendersi come "il sistema economico che comprende le seguenti attività: stampa quotidiana e periodica; editoria annuaristica ed elettronica anche per il tramite di internet; ra-

dio e televisione; cinema; pubblicità esterna; iniziative di comunicazione di prodotti e servizi; sponsorizzazioni”.

Il procedimento, che si è concluso con l'adozione dell'impugnata delibera n. 136/05/Cons dell'1 - 2 maggio 2005, era stato avviato con la delibera n. 326/04/Cons del 6 ottobre 2004, con la quale l'Autorità, analizzato il mutato contesto normativo, ha fatto puntuale riferimento alle proprie competenze osservando che i compiti ad essa assegnati dalla L. n. 112 del 2004 consistono nel valutare periodicamente d'ufficio, ovvero su segnalazione di terzi, le posizioni dominanti nei mercati rilevanti e nel Sic (ai sensi dell'art. 14, secondo comma, L. n. 112 del 2004) procedendo, se del caso, agli interventi di cui all'art. 2, settimo comma, L. n. 249 del 1997. L'Autorità ha aggiunto che il procedimento sarebbe stato condotto ai sensi dell'art. 14, secondo comma, L. n. 112 del 2004 “ai fini dell'accertamento della sussistenza di posizioni dominanti nei singoli mercati che compongono il sistema integrato delle comunicazioni “ e, in tale quadro, era segnatamente volto all'applicazione delle misure rimediali di cui all'art. 2, settimo comma, L. n. 249 del 1997. A tal fine ha ritenuto di assumere, come mercato rilevante per l'attività procedimentale da avviarsi, quello televisivo e le relative fonti di finanziamento, costituite dai ricavi derivanti da pubblicità, canone e offerte televisive a pagamento.

Ha osservato infine, a giustificazione di detta scelta operativa, che l'accertamento programmato - che riguardava il triennio 2001-2003 - era tanto più necessario in quanto “le risultanze dell'analisi svolta, con particolare riferimento ai livelli rappresentati dalle quote di mer-

cato, dagli indici di *share* e dalle caratteristiche strutturali del mercato televisivo comprensivo delle relative fonti di finanziamento, sono indici presuntivi di posizione dominante in capo ai soggetti Rai - Radiotelevisione Italiana s.p.a., R.T.I. s.p.a. e Publitalia '80 s.p.a.”.

Con delibera 90/05/Cons il Consiglio dell'Autorità ha dichiarato conclusa, ai sensi e per gli effetti dell'art. 14, primo comma, della delibera 26/99, l'istruttoria finalizzata all'accertamento della sussistenza di posizioni dominanti ai sensi dell'art. 14 L. n. 112 del 2004 ed ha disposto, nel contempo, la trasmissione della comunicazione delle risultanze istruttorie all'Azienda ed ai soggetti notificati e a tutte le altre parti intervenute nel procedimento. Da detta delibera è emerso:

a) alla luce dell'analisi di stampo concorrenziale condotta ai sensi dell'art. 14, secondo comma, L. n. 112 del 2004, che: a') il mercato rilevante individuato nella delibera di avvio (*id est*, mercato televisivo e relative fonti di finanziamento) va ulteriormente segmentato. In particolare, in applicazione dei principi dettati a tutela del diritto della concorrenza e richiamati degli artt. 15 e 16 della direttiva quadro 2002/21/CE del 7 marzo 2002, l'Autorità è giunta alla definizione di due distinti mercati rilevanti, di cui uno relativo alla vendita di pubblicità sul mezzo televisivo e l'altro alla vendita di programmi a pagamento; a") l'analisi della distribuzione di risorse nel mercato della vendita di pubblicità ha evidenziato la posizione dominante in capo a Publitalia '80, che nel 2003 deteneva una quota del 62,7% del mercato pubblicitario televisivo; a''') nonostante non sia possibile ricondurlo in uno specifico mercato, trattandosi di elemento non conten-

dibile, il canone radiotelevisivo deve essere, in ogni caso, computato ai fini dell'analisi del mercato rilevante; a''') sussistono inoltre barriere all'ingresso di carattere sia giuridico che economico, che sono rilevate con specifico riferimento allo sviluppo delle trasmissioni televisive in tecnica digitale terrestre; a'''')) infine, le valutazioni circa le dimensioni di efficienza economica delle imprese evidenziavano il profilarsi di uno scenario competitivo "duale", caratterizzato cioè dalla compresenza di grossi *player* verticalmente integrati attivi su diverse piattaforme trasmissive tra loro in concorrenza nelle cd. offerte *premium*, e di soggetti minori, fornitori di contenuti, in competizione nel segmento del mercato delle offerte *basic*;

b) quanto all'analisi del pluralismo esterno, che: b') tale principio, se letto alla luce delle pronunce costituzionali che si sono susseguite nel tempo, aveva da sempre caratterizzato le disposizioni legislative attinenti il settore radiotelevisivo; b'') talune previsioni o obblighi volti alla tutela dello stesso principio, quali le disposizioni inerenti i titoli abilitativi o gli obblighi in materia di accesso alle reti, potevano rappresentare una libera guida per l'adozione, da parte dell'Autorità, di misure correttive atte a garantire la concorrenza ed il pluralismo nel settore televisivo, con la conseguenza che la stessa Autorità avrebbe potuto adottare misure che incidono sulla dinamica del mercato e dunque sulla distribuzione delle riserve ovvero che riguardino l'accesso alle reti; b''') in tale quadro si evidenzia, infine, senza giungere all'identificazione di una qualsivoglia posizione dominante oppure comunque lesiva del pluralismo, che la concessionaria pubblica

detiene quote rispettivamente del 39% e del 34,3% del complesso delle risorse del sistema televisivo e può sicuramente contare su elevati indici di ascolto sia in termini di contatti netti che di *share*.

Tutto ciò chiarito, l'Autorità ha concluso nel senso che l'attività istruttoria svolta ha confermato le valutazioni d'insieme sull'assetto competitivo del mercato rilevante, effettuate con la delibera 326/04/Cons che aveva aperto il procedimento.

Il procedimento, avviato dall'Autorità con la delibera 326/04/Cons, si è concluso che l'adozione della delibera 136/05/Cons, nel quale si dà atto che il mercato televisivo e le relative fonti di finanziamento sono caratterizzate da una struttura duopolistica facente capo alle società Rai s.p.a. e RTI s.p.a. con la collegata Publitalia s.p.a.. In tale prospettiva, e "ritenuto di dover tutelare il pluralismo dell'informazione nel settore televisivo, [l'Autorità] dispone l'adozione, ai sensi del combinato disposto dell'artt. 5, primo comma, lett. a), L. n. 112 del 2004 e 2, settimo comma, L. n. 249 del 1997, delle seguenti misure rimediali nei confronti di RAI: obbligo di accelerare la digitalizzazione delle reti televisive terrestri anche mediante la predisposizione in tecnica digitale di tutti gli impianti operanti in tecnica analogica alle condizioni di cui all'art. 2, primo comma (art. 1, primo comma, lett. a), n. 1 del deliberato); obbligo di destinazione di capacità trasmissiva a fornitori indipendenti di contenuti, nell'ambito della quota del 40% della capacità trasmissiva delle reti digitali terrestri di cui all'art. 2 *bis*, primo comma, quinto periodo, L. n. 66 del 2001, alle condizioni di cui all'art. 2, secondo comma (art. 1, primo comma, lett. a), n. 2, del de-

liberato); obbligo di contribuire alla maggiore diffusione della tecnologia digitale terrestre per il tramite di un nuovo programma generalista attrattivo in termini di *audience* e privo di pubblicità su reti digitali terrestri secondo le condizioni di cui all'art. 2, quarto comma (art. 1, primo comma, lett. c), n. 1 del deliberato)".

L'Autorità prosegue dettando (art. 2) specifiche prescrizioni di attuazione, e cioè: la Rai deve presentare all'Autorità un piano tecnico, opportunamente articolato, per digitalizzare le reti terrestri entro il termine del 30 giugno 2005 (art. 2, primo comma, del deliberato); essa Autorità è tenuta a delineare entro lo stesso termine un disciplinare ai fini di individuare i fornitori di contenuti di cui all'art. 1, primo comma, lett. a), n. 2 del deliberato, definendo le caratteristiche in termini di attrattività dei programmi sotto il profilo di *audience* e della capacità di raccolta pubblicitaria (art. 2, secondo comma, del deliberato); la Rai, sempre entro il termine del 30 giugno 2005, deve predisporre il piano editoriale del nuovo programma generalista di cui all'art. 1, primo comma, lett. c), n. 1, da trasmettere all'Autorità per approvazione, valorizzandone nella specie le novità e la qualità della programmazione al fine di incentivare la diffusione del digitale terrestre, anche riguardo alla diffusione della conoscenza della lingua, della cultura e delle imprese italiane (art. 2, quarto comma, del deliberato).

Le misure rimediale sono poi completate, oltre che da una clausola di rivedibilità, da ulteriori previsioni quali: l'avvio di un'indagine conoscitiva volta ad accertare le condizioni attuali e i possibili sviluppi futuri,

sotto il profilo del pluralismo e della concorrenza, del mercato dei contenuti anche con riferimento alla gestione dei diritti di esclusiva nonché alle modalità di accordo tra i fornitori di contenuti e gli operatori delle diverse piattaforme digitali (art. 4 del deliberato); la segnalazione al Governo, ai sensi dell'art. 1, sesto comma, lett. c), n. 1, L. n. 249 del 1997, dell'esigenza di adottare, anche attraverso un riassetto organico della disciplina del settore editoriale, misure di riequilibrio nella distribuzione delle risorse tra il mezzo radiotelevisivo e la stampa quotidiana e periodica (art. 5 del deliberato).

2. Avverso i predetti provvedimenti la ricorrente è insorta deducendo:

a) *Carenza di potere con effetti di eccesso e di sviamento e violazione a falsa applicazione di legge, con difetto e perplessità di motivazione anche per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, nella parte in cui l'Autorità, disattendendo i precetti dettati dal Protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica, annesso c. 9 al Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 e allegato, in funzione di interpretazione autentica, al Trattato istitutivo della Comunità europea del 25 marzo 1957, in sé e nell'esplicitazione datane con la Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di radiodiffusione del 15 novembre 2001 (2001/C 320/04) e falsamente applicando le norme ed i principi di cui agli artt. 2 L. n. 249 del 1997 e 14 e 15 L. n. 112 del 2004 anziché quelli espressi o desumibili dagli artt. 17, 18 e 19 di quest'ultima così, senza fondamento legale e con reiezione implicita e comunque immotivata dell'eccezione al riguardo sollevata*

dalla ricorrente, attribuendosi ed esercitando con sviamento dallo scopo e con eccesso in tutte le sue forme sintomatiche, il potere di verificare la posizione della Rai nel Sistema integrato delle comunicazioni e nei mercati - peraltro indefiniti - che lo compongono in termini di dominanza con adozione di inammissibili misure rimediali, invece che di proporzionalità tra la missione di servizio pubblico ad essa affidata ed i mezzi finanziari alla medesima assegnati a tal fine con atti formali degli organi statali competenti, ai quali spetta assumere le eventuali misure correttive. Con delibera n. 326/04/Cons del 6 ottobre 2004, che ha dato avvio al procedimento conclusosi con l'adozione della delibera 136/05/Cons, l'Autorità ha disposto che, ai fini dell'accertamento della sussistenza di posizioni dominanti nei singoli mercati che compongono il Sistema integrato delle comunicazioni, sia avviato, ai sensi dell'art. 14, secondo comma, L. n. 112 del 2004, un procedimento finalizzato all'accertamento della sussistenza di posizioni dominanti nel mercato televisivo e delle relative fonti di finanziamento per l'eventuale adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2, settimo comma, L. n. 249 del 1997. Il mercato rilevante che la delibera n. 136/05/Cons presuppone è quello composto dai ricavi derivanti dalla pubblicità, canone e offerte televisive a pagamento. Essendo questi l'ambito e le finalità dell'indagine, l'Autorità non avrebbe potuto né dovuto assoggettare ad essa la Rai, la cui presenza nel sistema non può essere esaminata e qualificata secondo i criteri antitrust generali e specifici attinenti alle posizioni dominanti, essendo la stessa tipicamente prevalutata e nominata dall'ordinamento

comunitario e nazionale in termini di servizio pubblico di interesse generale. L'art. 2 L. n. 249 del 1997 deve essere interpretato nel senso di salvaguardare l'effettivo esercizio della missione di interesse generale affidato alla Rai. In particolare, deve essere fatta salva l'esigenza della Rai di acquisire risorse sufficienti e proporzionate all'esercizio della propria attività di servizio. Segue da ciò che la delibera dell'Autorità 136/05/Cons per un verso non ha tenuto conto della specificità del servizio pubblico radiotelevisivo di cui la Rai è concessionaria e, per l'altro, ha pregiudicato lo svolgimento della sua specifica missione in violazione dei principi e degli orientamenti del quadro comunitario conferente.

b) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 5, primo comma, lett. a), 14 e 15 L. n. 112 del 2004 e 2, settimo comma, L. n. 249 del 1997 - Violazione del principio di certezza del diritto, del legittimo affidamento e dei diritti della difesa, difetto di motivazione.* Con l'adozione della delibera 136/05/Cons l'Autorità ha disatteso i principi introdotti dalla L. n. 112 del 2004 perché non ha tenuto conto che le disposizioni in materia di posizioni dominanti nel settore radiotelevisivo sono concepite specificamente con riferimento all'emittenza privata e non possono trovare applicazione al servizio pubblico radiotelevisivo, che rappresenta di per sé una garanzia a presidio del pluralismo. In ogni caso, la legge prefigura i poteri di intervento dell'Autorità ai sensi dell'art. 2, settimo comma, L. n. 249 del 1997 solo in relazione al rispetto dei limiti quantitativi relativi alla distribuzione delle risorse tecniche (art. 15, primo comma) ed economiche (art. 15, secondo com-

ma) nel Sistema integrato delle comunicazioni nel suo complesso, e non nei singoli mercati che lo compongono. Pertanto, l'Autorità si è illegittimamente attribuita competenze non previste dalla L. n. 112 del 2004, quali il potere di accertare e sanzionare sia il mantenimento di posizioni dominanti in singoli mercati compresi nel Sic sia di posizioni non dominanti ma comunque lesive del pluralismo.

c) Carenza di potere con effetti di eccesso e di sviamento e violazione e falsa applicazione di legge, con difetto, perplessità e contraddittorietà di motivazione nella parte in cui l'Autorità ha avviato, con delibera n. 326/04/Cons e proseguito con delibera n. 90/05/Cons, il procedimento concluso con la delibera impugnata senza aver previamente integrato la normativa da applicare e ad un tempo la propria legittimazione mediante la necessaria previa analisi dei mercati di riferimento integrati o integrabili nel Sic nel rispetto delle procedure di cui agli artt. 15 e 16 (e degli ivi richiamati artt. 6 e 7) della direttiva 2002/21/CE, in violazione dell'art. 14, secondo comma, L. n. 112 del 2004, con falsa applicazione art. 2 L. n. 249 del 1997 e 14 e 15 L. n. 112 del 2004 nonché della Raccomandazione della Commissione europea 2003/561/CE, senza dare conto e ragione di tale grave omissione ed anzi adducendo argomenti paralogici, contraddittori e inconcludenti nell'assumere come già identificati e nel sottoporre ad analisi in corso di procedimento i mercati presi in considerazione, falsamente presupponendo che esistessero aliunde i criteri di identificazione e valutazione di detti mercati e precisamente in altre sue delibere adottate in fattispecie diverse, regolate dalla previgente L. n.

249 del 1997. Con la delibera 326/04/Cons l'Autorità ha disposto l'avvio di un procedimento finalizzato all'accertamento della sussistenza di posizioni dominanti ai sensi dell'art. 14 L. n. 112 del 2004 ed ha apoditticamente ritenuto di assumere come mercato rilevante, per l'attività procedimentale da avviarsi, quello televisivo e delle relative fonti di finanziamento, ferma restando la possibilità di valutare un'eventuale ulteriore segmentazione in conformità ai principi enunciati negli artt. 15 e 16 della direttiva n. 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002. Con la delibera n. 90/05/Cons l'Autorità ha operato la suddetta ulteriore segmentazione del supposto mercato rilevante, pervenendo all'individuazione di due mercati rilevanti, quelli cioè della vendita di pubblicità sul mezzo televisivo e di programmi a pagamento. Infine, la delibera 136/05/Cons ha accertato che il mercato televisivo e delle relative fonti di finanziamento continua ad essere caratterizzato da una struttura duopolistica facente capo alla Rai s.p.a. ed a RTI s.p.a. con la collegata Publitalia 80 s.p.a. ed ha imposto, ai sensi dell'art. 2, settimo comma, L. n. 249 del 1997, richiamato dall'art. 14, terzo comma, L. n. 112 del 2004, le misure indicate all'art. 1 della delibera stessa. Dette delibere sono illegittime perché l'Autorità avrebbe dovuto provvedere, in applicazione della L. n. 112 del 2004 assunta a base legale del suo operato, innanzitutto a definire ed analizzare con atto generale di carattere normativo (e non con provvedimento singolare ancorché plurimo) i mercati integrati o integrabili nel Sistema integrato delle comunicazioni e quest'ultimo nel suo complesso, proceden-

do nei modi, nei tempi e nelle forme di cui agli artt. 15 e 16 della direttiva 2002/21/CE del 7 marzo 2002 (cd. direttiva quadro), ai quali la predetta legge rinvia facendo obbligo all'Autorità di conformarvisi quando, su segnalazione delle parti interessate o d'ufficio, deve procedere all'identificazione dei mercati in questione. Alla predetta direttiva 2002/21/CE la Commissione ha dato attuazione con la Raccomandazione sui mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi adottata l'11 febbraio 2003 e con le linee direttrici per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato, assunta il 9 luglio 2002. La Raccomandazione ha individuato i 18 mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi del settore delle comunicazioni elettroniche, le cui caratteristiche sono tali da giustificare l'imposizione degli obblighi di regolamentazione *ex ante* e tra questi (come ammette la stessa Autorità nel par. 102 della parte motiva della delibera 136/05/Cons) non rientra il presunto mercato rilevante assunto dalla delibera 326/04/Cons né, *a fortiori*, i due mercati individuati, in sede di ulteriore segmentazione del primo, dalla delibera n. 90/05/Cons. L'Autorità, anziché indire, conformemente a quanto stabilito dagli artt. 15 e 16 della direttiva quadro e 14, secondo comma, L. n. 112 del 2004, una consultazione pubblica per individuare ed analizzare il mercato rilevante, ha direttamente, mediante delibera n. 326/04/Cons. di avvio del procedimento accertativo, nominato il mercato delle trasmissioni televisive.

d) *Violazione e falsa applicazione artt. 3, 5, 14 e 15 L. n. 112 del 2004 - Eccesso di potere per contraddittorietà e carenza di istruttoria,*

travisamento dei fatti, illogicità manifesta, difetto di motivazione e violazione del principio di buona amministrazione. Illegittimamente l'Autorità ritiene che la posizione della Rai, sebbene non dominante, sia lesiva del pluralismo, ma non indica l'*iter* logico che l'ha portata a tale conclusione. Illegittimamente, inoltre, tra gli elementi presi in considerazione ai fini della valutazione concorrenziale è stato incluso il canone radiotelevisivo.

e) *Violazione e falsa applicazione art. 2, settimo comma, L. n. 249 del 1997 - Violazione art. 17 L. n. 112 del 2004 - Incompetenza assoluta, eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità manifesta, difetto di motivazione e carenza di potere.* La delibera 136/05/Cons è illegittima perché la posizione di mercato della Rai non è lesiva del pluralismo. Peraltro, anche se lo fosse, le misure adottate dall'Autorità sarebbero comunque illegittime per violazione e falsa applicazione dell'art. 2, settimo comma, L. n. 249 del 1997. L'Autorità, infatti, non tenendo in alcuna considerazione la specifica posizione della Rai per la sua qualità di concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo, ha trascurato di considerare che l'attività dalla stessa svolta è totalmente vincolata alla Convenzione per la concessione del servizio (D.P.R. 28 marzo 1994) e al Contratto di servizio, integrativo della stessa, stipulato con la società concessionaria dal Ministero delle comunicazioni, d'intesa con il Ministero dell'economia. L'art. 3 della Convenzione individua i nuovi interessi pubblici da perseguire attraverso il servizio pubblico radiotelevisivo, con una scelta di indubbio carattere politico, che richiede indefetti-

bilmente la partecipazione dei Ministeri delle comunicazioni e dell'economia. Di conseguenza la delibera 136/05/Cons è viziata sia dal punto di vista formale, perché l'Autorità non ha evocato nel procedimento entrambi i Ministeri competenti, che sostanziale, in quanto ha adottato una determinazione invasiva delle attribuzioni di detti Dicasteri e gravemente violativa della legge e del pubblico interesse.

f) *Violazione del principio di irretroattività, del principio di legalità e del principio del ne bis in idem.* L'incoerenza di fondo e l'illogicità che caratterizzano l'impianto della delibera 136/05/Cons emergono con ancora maggiore evidenza qualora si rilevi che l'Autorità ha indebitamente trascurato, nell'attuare i compiti ad essa devoluti, taluni tra i più fondamentali principi che comunemente guidano lo svolgimento dell'azione amministrativa. In particolare, è stato violato il principio: f') dell'irretroattività, perché l'Autorità ha intrapreso e, quindi, concluso un procedimento che ha presupposto l'applicazione retroattiva della L. n. 112 del 2004, entrata in vigore solo il 6 maggio 2004, ad una fattispecie intervenuta in un periodo di molto antecedente (*id est*, il triennio 2001-2003); f'') di legalità, atteso che l'operato dell'Autorità ha comportato un'applicazione analogica delle sanzioni prefigurate in caso di violazione dei limiti individuati dall'art. 15 alla presunta situazione di mantenimento di posizione lesiva del pluralismo addebitata alla Rai nel provvedimento impugnato; f''') del *ne bis in idem*, e ciò in quanto l'analisi relativa al triennio 2001-2003 per l'accertamento di eventuali posizioni dominanti nel settore radiotelevisivo, riproposta nella delibera 136/05/Cons, era già stata svolta e compiuta

dall'Autorità, seppure nella vigenza del precedente regime di cui all'art. 2 L. n. 249 del 1997, e formalizzata nella delibera 117/04/Cons, nella quale non era stata ritenuta necessaria l'adozione di alcuna misura rimediabile ai sensi dell'art. 2, settimo comma, L. n. 249 del 1997.

g) *Violazione e falsa applicazione art. 2, settimo comma, L. n. 249 del 1997 - Violazione del principio di proporzionalità, di non discriminazione, della libertà di impresa - Sviamento di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione.* Illegittimamente l'Autorità ha adottato misure afflittive che, in realtà, la stessa non avrebbe potuto comminare. Tali misure sono: a) accelerare la digitalizzazione delle reti televisive terrestri anche mediante la predisposizione in tecnica digitale di tutti gli impianti operanti in tecnica analogica alle condizioni di cui all'art. 2, primo comma, della stessa delibera; b) destinare capacità trasmissiva a fornitori indipendenti di contenuti, nell'ambito della quota del 40% della capacità trasmissiva delle reti digitali terrestri di cui all'art. 2 *bis*, primo comma, quinto periodo, D.L. 23 gennaio 2001 n. 5, convertito con modificazioni dalla L. 20 marzo 2001 n. 66, alle condizioni di cui all'art. 2, secondo comma, della stessa delibera; c) contribuire alla maggiore diffusione della tecnologia digitale terrestre con un nuovo programma generalista attrattivo in termini di *audience* e privo di pubblicità su reti digitali secondo le condizioni di cui all'art. 2, quarto comma, della stessa delibera.

3. Con un primo atto di motivi aggiunti, notificato il 14-15 ottobre

2005 e depositato il successivo 28 ottobre, la Rai ha impugnato la delibera 264/05/Cons del 6 luglio 2005 recante "Disposizioni attuative degli artt. 1, comma 1, lett. a), n. 2 e 2, comma 2, della delibera 136/05/Cons", che disciplina l'accesso da parte dei fornitori di contenuti alle reti digitali terrestri.

Avverso detta delibera la ricorrente è insorta deducendo:

a) *Illegittimità derivata per illegittimità della delibera n. 136/05/Cons.*

I vizi che inficiano la delibera 136/05/Cons si riflettono sulla successiva delibera 264/05/Cons, che della prima dà attuazione. Come già chiarito, infatti, l'Autorità non è titolare dei poteri esercitati nell'adottare la delibera 136/05/Cons, atteso che la disciplina anti-trust contenuta nella L. n. 112 del 2004 riguarda specificamente l'emittenza privata e non è applicabile alla concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo, che rappresenta di per sé un presidio del pluralismo. Peraltro, ove pure si ritenesse la sussistenza di detti poteri, mancherebbero in ogni caso i presupposti sostanziali per l'applicazione del settimo comma dell'art. 2 L. n. 249 del 197 perché la RAI non detiene una posizione dominante.

b) *Carenza assoluta di potere - Eccesso di potere e violazione di legge con riferimento all'art. 2 bis, commi 1 e 7, lett. g), D.L. n. 5 del 2001 e per carenza di oggetti in confronto all'art. 25 T.U. sulla radiotelevisione - Violazione D.L. n. 5 del 2001 nel suo complesso e delle delibere dell'Autorità nn. 435/01/Cons e 253/04/Cons - Violazione artt. 21 e 41 Cost..* La delibera impugnata disciplina l'accesso, da parte dei fornitori di contenuti, alle reti digitali terrestri. E' quindi fonte

di un “diritto speciale”, atteso che conferisce a determinati operatori, con esclusione di altri, un titolo preferenziale determinante nella contrattazione di capacità trasmissiva con la ricorrente. Tale intervento si pone però in contrasto con le previsioni positive e i limiti che la Legislazione primaria conferente dispone in *subiecta materia* e che puntualmente circoscrivono la sfera di intervento dell’Autorità indipendente. Configura infatti un eccesso di potere nella misura in cui la stessa Autorità, avvalendosi impropriamente di uno strumento di natura provvedimentale specificamente finalizzato al conseguimento di determinati risultati, interviene in realtà in funzione regolamentare, sovrapponendosi indebitamente alle misure (peraltro già adottate con il regolamento di cui alla citata delibera n. 435/01/Cons) all’uopo previste e circoscritte, nelle modalità e nei contenuti, dalla fonte primaria di cui all’art. 2 *bis*, settimo comma, D.L. n. 5 del 2001. Ad es. l’estensione temporale della riserva del 40% prevista dalle delibere nn. 136/05/Cons e 264/05/Cons aveva già formato oggetto di un’apposita disciplina legislativa, in una prima fase, nell’art. 2 *bis* D.L. n. 5 del 2001, che con precetto compiuto obbliga i soggetti titolari di più di una concessione a riservare almeno il 40% della capacità trasmissiva digitale a terzi indipendenti a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie. La delibera impugnata interferisce con il disegno normativo anche nella misura in cui introduce un titolo preferenziale e nuovo, un “diritto speciale” in favore di taluni terzi nell’allocazione della capacità oggetto di riserva per il 40%, Ciò appare particolarmente grave in considerazione della rilevanza costituzionale delle

posizioni in gioco.

c) *Violazione dell'art. 2 bis, commi 1 e 9, D.L. n. 5 del 2001 - Eccesso di potere per sviamento, illogicità e contraddittorietà.* La delibera impugnata è viziata anche nella parte in cui non esclude espressamente dal proprio campo di applicazione il blocco delle frequenze riservato *ex lege* alla concessionaria di pubblico servizio. L'art. 2 *bis* D.L. n. 5 del 2001 al primo comma introduce la riserva del 40% ed al nono comma detta una specifica disposizione, funzionale all'assolvimento della missione di servizio pubblico affidata alla Rai, che espressamente riserva all'attività di servizio un blocco ben definito di frequenze numeriche. Dall'esame di queste disposizioni emerge che dei due blocchi numerici attualmente eserciti da Rai ne esiste uno (il cd. mux 1) preordinato all'assolvimento della specifica missione attribuita al gestore del servizio pubblico, che è intangibile e non può formare oggetto di alcuna misura (provvedimentale o regolamentare) che consenta a terzi di accedere al blocco stesso. La conferma della ragionevolezza di tale impostazione è offerta dalla delibera n. 435/02/Cons della stessa Autorità, la quale esclude tassativamente la possibilità che programmi editi da fornitori di contenuti diversi da quelli della Rai possano transitare sul cd. mux 1. Ne consegue che in nessun caso le misure rimediali prefigurate dall'Autorità possono interessare il blocco di diffusione riservato *ex lege* alla programmazione Rai.

d) *Violazione art. 2 bis, primo comma, D.L. n. 5 del 2001 - Eccesso di potere per sviamento, illogicità e contraddittorietà - Difetto di moti-*

vazione. Ai sensi dell'art. 1, primo comma, dell'impugnata delibera 264/05/Cons, per "fornitori di contenuti indipendenti" si intendono gli editori di palinsesti destinati alla televisione digitale terrestre in ambito nazionale che non siano in rapporto di controllo o di collegamento con Rai s.p.a. o RTI s.p.a. ai sensi dell'art. 2, commi 16, 17 e 18, L. n. 249 del 1997 e 2359, terzo comma, cod. civ. e che, comunque, non siano riconducibili direttamente o indirettamente alle suddette società. Tale definizione è incoerente con le disposizioni dettate dal D.L. n. 5 del 2001. Ed invero, l'art. 2 *bis* di detto decreto, ai fini dell'applicazione dell'obbligo di destinare il 40% della capacità trasmissiva ivi previsto, individua in dettaglio i soggetti ammessi a beneficiarne, facendo riferimenti ai "soggetti che non siano società controllanti, controllate o collegate ai sensi dell'art. 2, commi 17 e 18, L. 31 luglio 1997 n. 249". Poiché, dunque, per l'identificazione dei soggetti che non possono essere destinatari del beneficio dell'accesso alle capacità trasmissive è fatto espresso rinvio alla L. n. 249 del 1997, la loro definizione risulta legislativamente tipizzata, con la conseguenza che non residua alcun margine per una autonoma valutazione da parte dell'Autorità amministrativa competente per materia. Le disposizioni della L. n. 249 del 1997 costituiscono quindi l'unico e doveroso paradigma e considerano solo i fornitori costituiti da società controllate. L'art. 1, secondo comma, della delibera n. 264/05/Cons si discosta invece da questa definizione optando, senza alcuna motivazione, per una ben più ampia nozione di fornitori di contenuti indipendenti. Tale disposizione richiama, infatti, fattispecie

ulteriori rispetto a quelle ricomprese nel D.L. n. 5 del 2001, e cioè alle ipotesi di collegamento di cui al terzo comma dell'art. 2359 cod. civ., ma escluse dai commi 17 e 18 dell'art. 2 L. n. 249 del 1997 o, ancora, alla figura degli editori di contenuti che non siano riconducibili direttamente o indirettamente alla Rai o a RTI, definizione questa che, data la sua estrema genericità, è lasciata aperta alla libera interpretazione di chiunque abbia interesse a farla valere.

e) *Violazione art. 3 L. n. 112 del 2004 (ora, art. 3 D.L.vo n. 177 del 2005) - Eccesso di potere per sviamento, illogicità e contraddittorietà.*

L'art. 2, terzo comma, dell'impugnata delibera eleva ad unico criterio selettivo delle domande di accesso da parte dei fornitori di contenuti indipendenti "quello che tiene conto dei palinsesti che soddisfino il maggior numero dei generi indicati al precedente secondo comma". Detto criterio è illogico. Infatti la stessa delibera impugnata, al precedente primo comma dell'art. 2, elenca una serie di valori ai quali i fornitori di contenuti indipendenti devono uniformarsi (rispetto del pluralismo, obiettività, offerta di generi ed ampia diffusione e soddisfazione dei gusti delle diverse categorie di telespettatori; rispetto dei diritti fondamentali della persona; divieto di programmi che contengono scene di violenza o pornografiche). Non si comprende quindi perché il solo criterio di scelta preferenziale nell'attribuzione del diritto di accesso alle capacità trasmissive debba invece essere, per la Rai, il carattere generalista dei programmi offerti da fornitori di contenuti indipendenti.

f) *Violazione art. 23 Cost. - Eccesso di potere per illogicità e svia-*

mento. L'impugnata delibera, all'art. 2, impegna i fornitori di contenuti indipendenti ad offrire programmi dotati di alcuni caratteri contenutistici, ma non dice nulla sulle conseguenze della violazione di tale impegno. A fronte di tale silenzio è da escludere che l'Autorità possa esercitare un qualsiasi potere sanzionatorio poiché l'accesso alla capacità trasmissiva è assentito tramite un atto di autonomia privata che non potrebbe essere annullato dall'Autorità. Spetterebbe di conseguenza alla Rai verificare e valutare l'adempimento dei compiti assegnati ai fornitori per eventualmente agire per la risoluzione del contratto. In questo modo però la delibera ha finito per imporre alla RAI una prestazione personale e patrimoniale che non ha alcun fondamento nella legge, in palese violazione dell'art. 23 Cost.. La stessa delibera è viziata per eccesso di potere per illogicità e sviamento, sia perché utilizzando il potere di regolare l'accesso finisce per incidere sulla funzione di controllo dell'attività esercitata da chi ha ottenuto l'accesso stesso, sia perché regola l'accesso alle capacità trasmissive in tecnica digitale senza apprestare alcuna garanzia di rispetto delle esigenze che la stessa Autorità ritiene meritevoli di tutela.

g) *Violazione artt. 21 e 41 Cost. Violazione artt. 2 bis, primo comma, quinto periodo, D.L. n. 5 del 2001 e 5, primo comma, lett. e), D.L. n. 112 del 2004 - Carezza assoluta di potere*. L'impugnata delibera viola altresì gli artt. 21 e 41 Cost.. Viola l'art. 21 Cost., perché pone obblighi a carico della RAI non previsti dalla legge, che è l'unica - essendo la materia della comunicazione coperta la riserva assoluta di legge - a poter disciplinare detta attività. L'art. 41 Cost., per violazio-

ne del principio della riserva relativa di legge, non essendo rinvenibile un seppur minimo fondamento normativo primario alla delibera in questione. Aggiungasi che il cit. art. 41 Cost. consente di incidere sulla libera iniziativa privata solo allo scopo di perseguire “fini sociali”, presupposto questo mancante nel caso in esame.

h) *Carenza assoluta di potere - Eccesso di potere.* E' illegittimo l'art. 4 della delibera, che introduce un obbligo di condivisione a carico della ricorrente Rai, che rappresenta un aggravio e una fonte di pregiudizio in termini di danno emergente e/o di lucro cessante.

i) *Carenza assoluta di potere - Eccesso di potere per un ulteriore profilo.* Irrazionale e indebito appare il preteso assoggettamento della RAI alla procedura di risoluzione delle controversie individuata dall'art. 5 della impugnata delibera n. 264/05/Cons. Il richiamo operato dall'Autorità al Capo II della delibera 148/01/Cons è infatti del tutto privo di qualsiasi fondamento giuridico, collocandosi la delibera del 2001 in un contesto normativo e settoriale delineato, in attuazione delle rilevanti fonti comunitarie a quel tempo in vigore, dal D.P.R. n. 318 del 1998. E' dunque solo con riferimento a tale ambito che devono dispiegarsi le specifiche competenze in materia di risoluzioni delle controversie assegnate all'Autorità in base all'art. 1, sesto comma, lett. a), n. 9 e undicesimo comma, L. n. 249 del 1997. Il fondamento giuridico non potrebbe essere rinvenuto neanche nel Codice delle comunicazioni, approvato con D.L.vo n. 259 del 2003, che al secondo comma dell'art. 2 ha espressamente escluso che “formino oggetto del codice le disposizioni in materia di: a) servizi che forn-

scono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che comportano un controllo editoriale su tali contenuti”.

l) *Difetto assoluto di motivazione*. La delibera impugnata è carente di motivazione, non essendo dalla stessa evincibili le ragioni della scelta sia di definire in un certo modo i fornitori di contenuti indipendenti sia di articolare proprio in quel modo la misura stabilita dalla delibera 136/05/CONS.

m) *Violazione artt. 1, 2, 4, 5 - 10 L. n. 241 del 1990 - Violazione artt. 29 e 31 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell’Autorità approvato con delibera n. 316/02/Cons - Violazione art. 2, comma 24, L. n. 481 del 1995 - Violazione dei principi di trasparenza, partecipazione, garanzia del contraddittorio e verbalizzazione nell’ambito dei procedimenti amministrativi - Violazione artt. 41 e 97 Cost.* La delibera 136/05/Cons aveva previsto, al secondo comma dell’art. 2, che “i fornitori di contenuti di cui all’art. 1, primo comma, lett. a) n. 2 sono individuati in base ad un disciplinare adottato dall’Autorità entro il 30 giugno 2005 che definisce le caratteristiche in termini di attività dei programmi sotto il profilo dell’*audience* e della capacità di raccolta pubblicitaria”. Era stata quindi prevista la necessità per l’Autorità di adottare un successivo provvedimento a contenuto generale (un disciplinare), a seguito di un procedimento amministrativo autonomo e distinto rispetto a quello che si era concluso con la stessa delibera n. 136/05/Cons, fissando anche al 30 giugno 2005 il termine finale del nuovo procedimento. Detto disciplinare non è mai stato adottato, a meno di non volerlo individuare nella

delibera dell'Autorità 264/05/Cons. Questa conclusione è però escludere, tenuto conto che la suddetta delibera, che non si qualifica mai come "disciplinare", è stata adottata dall'Autorità ben oltre il limite massimo che essa stessa si era data con la precedente delibera 136/05/Cons. Aggiungasi che la delibera 264/05/Cons è stata adottata in violazione di tutte le disposizioni dettate dalla L. 7 agosto 1990 n. 241 relative alle regole basilari dei procedimenti amministrativi attribuiti alla sua competenza. Ad es. non è mai stato comunicato l'avvio del procedimento né nominato un responsabile dello stesso procedimento.

n) *Violazione art. 30 del Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità approvato con delibera n. 316/02/Cons - Violazione, erronea e falsa applicazione delle delibere dell'Autorità nn. 278/99/Cons e 453/03/Cons - Violazione dei principi generali in materia di comunicazioni elettroniche, quali risultanti, in particolare, dagli artt. 14, secondo comma, L. n. 112 del 2004, 15 e 16 della Direttiva 2002/21/CE e 4, 11, 13, 42, 83 e 89 D.L.vo n. 259 del 2003.* L'impugnata delibera avrebbe dovuto essere preceduta da una consultazione pubblica con tutti i soggetti (fornitori di contenuti indipendenti e associazioni di utenti) che sarebbero poi stati incisi dalla disposizione finale.

o) *Difetto di istruttoria.* L'Autorità non ha svolto un'apposita ed idonea istruttoria, finalizzata all'adozione della delibera impugnata.

4. Con un secondo atto di motivi aggiunti, notificato in data 7 aprile 2006 e depositato il successivo 21 aprile, la Rai ha impugnato la

delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 55/06/Cons dell'1 febbraio 2006, recante "Approvazione dello schema di linee-guida sul contenuto degli ulteriori obblighi del servizio pubblico generale radiotelevisivo ai sensi dell'art. 17, quarto comma, L. 31 luglio 2004 n. 112", conosciuta a seguito dell'accesso effettuato in data 9 marzo 2006.

Tale delibera si fonda su due premesse: a) la prima è che la data di scadenza dell'attuale Contratto di servizio tra la Rai ed il Ministero delle comunicazioni è fissata per il 31 dicembre 2005, sicché deve essere stipulato il Contratto di servizio per il triennio 2006-2008; b) la seconda è che, ai sensi dell'art. 45, quarto comma, T.U. n. 177 del 2005, prima di ciascun rinnovo triennale del Contratto, d'intesa tra l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ed il Ministero delle comunicazioni sono fissate le linee guida sul contenuto degli ulteriori obblighi del servizio pubblico generale radiotelevisivo, definite in relazione allo sviluppo dei mercati, al progresso tecnologico ed alle mutate esigenze culturali, nazionali e locali.

Sulla base di queste premesse l'Autorità ha proceduto all'identificazione di uno schema di linee guida. All'art. 10, primo comma, di detta delibera l'Autorità ha ribadito quanto illegittimamente già stabilito con la delibera 136/05/Cons, e cioè che la Rai deve attivare un nuovo programma in tecnologia digitale terrestre "attraivo in termini di *audience* e privo di pubblicità". Al secondo comma dello stesso art. 10 ha aggiunto che detto programma è realizzato dalla Rai entro sei mesi dall'entrata in vigore del Contratto di servizio, pre-

via approvazione da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni del relativo piano editoriale.

In tal modo l'Autorità si è arrogata una competenza che non ha. nel disporre, con la delibera 136/05/Cons, la misura asseritamente rimediabile dell'istituzione del canale digitale attrattivo senza pubblicità; inoltre nel pretendere, con la delibera 1/06/Cons, la sua esecuzione, ha compiuto un atto di indebita ingerenza nel rapporto di concessione del servizio pubblico intercorrente tra il Ministero delle comunicazioni e la Società deducente.

Così operando si è sostituita all'Amministrazione attiva, con provvedimenti autoritativi che neanche questa avrebbe potuto adottare, atteso che i compiti che la concessionaria Rai è tenuta a svolgere sono direttamente e compiutamente disciplinati dalla legge e dal Contratto di servizio.

Avverso la succitata delibera la ricorrente è insorta deducendo, nella via dei motivi aggiunti, le seguenti censure:

a) *Carenza assoluta di potere.* Adottando le delibere 136/05/Cons e 1/06/Cons l'Autorità si è arrogata un potere di cui, in realtà, non dispone. Ed invero, nel disporre (con la delibera n. 136/06/Cons) la misura asseritamente rimediabile dell'istituzione del canale digitale attrattivo senza pubblicità e nel pretendere (con la delibera n. 1/06/Cons) la sua esecuzione, ha compiuto *sine titulo* un atto di pesante ingerenza nel rapporto di concessione del servizio pubblico tra il concedente Ministero delle comunicazioni e la concessionaria RAI, sostituendosi in tal modo all'Amministrazione attiva con provvedimenti au-

toritativi che neppure questa avrebbe potuto adottare.

b) *Sviamento di potere - Violazione dei diritti di difesa nell'ambito del procedimento amministrativo - Erronea e falsa applicazione artt. 5 e 14 L. n. 112 del 2004 e 2, settimo comma, L. n. 249 del 1997.* Con l'impugnata delibera n. 136/05/Cons l'Autorità ha illegittimamente mutato orientamento rispetto a quanto aveva precedentemente affermato. Ha infatti addebitato alla Rai di detenere non più una "posizione dominante" ai sensi dell'art. 14, secondo comma, L. n. 112 del 2004 ma una "posizione lesiva del pluralismo" ed ha vietato (in tal modo illegittimamente discostandosi da quanto disposto dall'art. 14, secondo comma, L. n. 112 del 2004) non solo la "costituzione" ma anche il "mantenimento" delle "posizioni lesive del pluralismo" anche qualora, ad avviso della stessa Autorità, non si rinvergono i requisiti delle posizioni dominanti.

c) *Violazione, erronea e falsa interpretazione ed applicazione del combinato disposto degli artt. 14 e 15 L. n. 112 del 2004 ed 2, settimo comma, L. n. 249 del 1997 - Eccesso di potere per difetto di motivazione.* Illegittimamente i poteri rimediali di cui all'art. 2, settimo comma, L. n. 249 del 1997 non sono stati esercitati dall'Autorità a prescindere da una "commisurazione" all'intero Sistema integrato delle comunicazioni delle posizioni di mercato oggetto dell'accertamento.

d) *Violazione del principio del ne bis in idem.* Parallelamente al procedimento ablatorio, che ha condotto all'adozione della delibera 136/05/Cons, l'Autorità ha inflitto una pesantissima sanzione pecu-

niaria alla Rai, con riferimento agli stessi comportamenti da essa tenuti nell'arco temporale 2001-2003, violando così il principio del *ne bis in idem*.

5. Si è costituita in giudizio l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, che ha depositato in atti un' ampia relazione ed una memoria estremamente puntuale, con le quali ha diffusamente contestato, in fatto e in diritto, la fondatezza delle censure dedotte dalla ricorrente RAI sia nell'atto introduttivo del giudizio che nella via dei motivi aggiunti, ed ha concluso per il rigetto del ricorso, con vittoria di spese..

6. Si è costituita in giudizio, con atto di intervento *ad adiuvandum*, la SIPRA s.p.a., che ha sostenuto l'illegittimità della delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 322/06/Cons.

7. Si è costituita in giudizio la s.p.a Gruppo Editoriale l'Espresso, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, la quale ha depositato in giudizio memorie estremamente articolate nelle quali, con puntuale riferimento ai singoli motivi di doglianza proposti dalla ricorrente Rai nei confronti delle delibere impugnate, ne ha sostenuto la palese infondatezza, concludendo per il rigetto del ricorso con vittoria di spese.

8. Si è costituita in giudizio la RCS Media Group s.p.a., che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

9. Si è costituita in giudizio la Federazione Italiana Editori Giornali (FIEG), che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

10. Si è costituita in giudizio la Vodafone Omnitel s.p.a., intervenitrice *ad opponendum*, che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ri-

corso.

11. La Publitalia '80 s.p.a. non si è costituita in giudizio.

12. La Mediaset s.p.a. non si è costituita in giudizio.

13. La Aeranti - Corallo non si è costituita in giudizio.

14. La SEP s.p.a. non si è costituita in giudizio.

15. La RTI s.p.a. non si è costituita in giudizio.

16. La Centro Europa 7 s.r.l. non si è costituita in giudizio.

17. Nella camera di consiglio dell'8 giugno 2005, nell'accordo delle parti, l'esame dell'istanza di sospensione proposta dal ricorrente è stato abbinato al merito.

18. Con ricorso 9678/06, notificato in data 12 ottobre 2006 e depositato il successivo 26 ottobre, la RAI ha impugnato la delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 322/06/Cons del 30 maggio 2006, recante "Approvazione dei programmi tecnici di Rai e RTI ai sensi della delibera 136/05/Cons" e ne chiede l'annullamento.

Espone, in fatto, che con l'impugnata delibera l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha dato asserita applicazione alla precedente delibera 136/05/Cons (impugnata con il ricorso 4627/05), approvando a talune condizioni un piano, predisposto dalla Rai per accelerare la conversione degli impianti di radiodiffusione televisiva delle tre reti analogiche in tecnica digitale che, secondo quanto essa riferisce, le sarebbe stato trasmesso in ottemperanza alla cit. delibera 136/05/Cons.

19. Avverso i predetti provvedimenti la ricorrente è insorta deducen-

do:

A) avverso la delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 322/06/Cons del 30 maggio 2006:

a) *Travisamento dei fatti - Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifeste e per difetto dei presupposti* Erroneamente l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha ritenuto che il programma tecnico inviato dalla Rai fosse il piano tecnico che la stessa avrebbe dovuto trasmettere in esecuzione della delibera 136/05/Cons e l'ha quindi approvato, con modificazioni.

In realtà si trattava solo di una proposta che la Rai aveva trasmesso all'Autorità per l'avvio di un tavolo tecnico per la transazione al digitale terrestre, con la conseguenza che illegittimamente la delibera 322/06/Cons impone alla Rai l'esecuzione di un piano non inserito nel Contratto di servizio, unica fonte, quest'ultimo, di obblighi in capo alla concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo.

b) *Violazione del principio di ragionevolezza - Superamento dei termini massimi per il legittimo esercizio del potere amministrativo - Violazione degli art. 2 e 10 bis L. n. 241 del 1990 - Eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità dell'azione amministrativa.*

Nell'inviare all'Autorità il documento tecnico la Rai aveva espressamente chiarito che esso rappresentava solo una bozza predisposta per elaborare successivamente, in un tavolo congiunto, un piano definitivo di migrazione delle reti analogiche, che tenesse conto sia delle tempistiche che delle analisi di fattibilità di migrazione totale al digitale. Aggiungasi che era ormai trascorso un anno da quando

l'Autorità avrebbe dovuto approvare, nel termine perentorio di due mesi previsto dall'art. 2, primo comma, della delibera 136/06/Cons, il piano tecnico. La tardività dell'approvazione condizionata di cui alla delibera 322/06/Cons si appalesa egualmente macroscopica anche a voler fare riferimento, anziché al termine di due mesi, a quello residuale di novanta giorni previsto dall'art. 2, terzo comma, L. 7 agosto 1990 n. 241.

Infine, ed in via subordinata, si rileva che avendo l'Autorità sottoposto l'approvazione del documento a condizione, il procedimento da seguire era necessariamente quello previsto e disciplinato dall'art. 10 *bis* L. n. 241 del 1990.

c) *Eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e contraddittorietà.* Non è ragionevole imporre alle emittenti televisive di investire nel 2006 le enormi risorse finanziarie necessarie per il passaggio al digitale terrestre, che avverrà non prima del 2008 e, con maggiore probabilità, addirittura nel 2012, epoca in cui la tecnologia avrà compiuto progressi tali da rendere tecnicamente obsoleti e quindi non più proficuamente utilizzabili gli apparati ora in commercio, che le emittenti sono costretti a comprare oggi con enorme sacrificio finanziario pur nella consapevolezza che non saranno mai utilizzabili.

d) *Violazione artt. 45 D.L.vo n. 177 del 2005 e 17 L. n. 112 del 2004.*

E' la legge che individua gli obblighi specifici del servizio pubblico, di cui la Rai è concessionaria, anche in materia di impianti in tecnica digitale, che possono essere integrati da ulteriori previsioni contenute nello strumento del Contratto di servizio così come esplicitamente

previsto dalla legge.

Di conseguenza con la delibera impugnata l'Autorità, arrogandosi poteri ad essa non attribuiti, ha invaso un ambito, quello della definizione degli obblighi di servizio pubblico della Rai, entro il quale non è legittimata a svolgere alcun intervento. E' infatti solo la norma primaria che può individuare gli obblighi specifici del servizio pubblico radiotelevisivo, anche in materia di conversione di impianti dalla tecnica analogica a quella digitale, che possono poi essere integrati da ulteriori previsioni contenute nello strumento del Contratto di servizio, così come previsto dalla stessa legge. Aggiungasi che le linee guida di cui all'art. 45, quarto comma, D.L.vo n. 177 del 2005 non hanno efficacia diretta nei confronti della Rai, ma sono destinate ad integrare la fattispecie della legittimazione del Ministero delle comunicazioni a procedere per la formazione e la stipula del Contratto nazionale di servizio e a conformarne in tal senso il potere, ma i contenuti diventano opponibili alla concessionaria solo se e nella misura in cui sono trasfusi nello strumento pattizio consensualmente definito.

B) In subordine. Illegittimità derivata per illegittimità della delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 136/05/Cons.

L'impugnata delibera 322/06/Cons solo in apparenza è attuativa della delibera 136/05/Cons. Ma anche se si ritenesse il contrario, essa sarebbe comunque illegittima per illegittimità derivata dai vizi che inficiano la delibera 136/05/Cons, e che vengono integralmente riproposti, con pedissequo riferimento a quanto già dedotto con il ricorso n. 4627/05, sia nell'atto introduttivo del giudizio che nella via dei motivi

aggiunti.

20. Si è costituita in giudizio l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

21. I Ministeri delle comunicazioni e dell'economia e delle finanze non si sono costituiti in giudizio.

22. Si è costituita in giudizio, con atto di intervento *ad adiuvandum*, la SIPRA s.p.a., che ha affermato l'illegittimità della delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni 322/06/Cons.

23. La Publitalia '80 s.p.a. non si è costituita in giudizio.

24. La Mediaset s.p.a., non si è costituita in giudizio.

25. La Centro Europa 7 s.r.l. non si è costituita in giudizio.

26. La Aeranti - Corallo non si è costituita in giudizio.

27. La Federazione Italiana Editori Giornali (FIEG) non si è costituita in giudizio.

28. La RCS Media Group s.p.a. non si è costituita in giudizio.

29. La Gruppo Editoriale l'Espresso s.p.a. non si è costituita in giudizio.

30. La SEP s.p.a. non si è costituita in giudizio.

31. La RTI s.p.a. non si è costituita in giudizio.

32. La Vodafone Omnitel s.p.a. non si è costituita in giudizio.

33. Con ordinanza n. 6140 del 9 novembre 2006 è stata fissata l'udienza di merito.

34. Con memorie depositate alla vigilia dell'udienza di discussione le parti costituite hanno ribadito le rispettive tesi difensive in relazione ad entrambi i ricorsi nn. 4627/05 e 9678/06.

35. All'udienza del 15 febbraio 2007 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio deve preliminarmente disporre la riunione dei ricorsi nn. 4627/05 e 9678/06, stante la loro evidente connessione soggettiva ed oggettiva.

Con il ricorso n. 4627/05 la Rai - Radiotelevisione Italiana (d'ora in poi, Rai) impugna la delibera n. 136/05/Cons dell'1 - 2 maggio 2005, con la quale l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - a conclusione di un'istruttoria avviata con la delibera n. 326/04/Cons del 6 ottobre 2004 e conclusasi con la delibera n. 90/05/Cons del 10 febbraio 2005, ha individuato i soggetti che nel settore delle comunicazioni si trovano in posizione dominante. In dichiarata applicazione delle disposizioni antitrust, introdotte dagli artt. 14 e 15 L. 3 maggio 2004 n. 112, ha poi imposto loro una serie di misure volte al riequilibrio del mercato.

Nel suo articolato ricorso la Rai sostiene innanzitutto che il suo *status* di concessionaria del pubblico servizio radiotelevisivo la esimerebbe dalla verifica in ordine all'esistenza di posizioni dominanti nel mercato radiotelevisivo, condotte dall'Autorità con l'impugnata delibera 136/05/Cons.

In via gradata afferma che a tutto voler concedere, seppure si potesse estendere anche ad essa tale verifica, in alcun caso potrebbe es-

sere la predetta Autorità a regolamentare, con le proprie delibere, la disciplina alla quale la Rai dovrebbe essere assoggettata per riportare in equilibrio il mercato. Ad avviso della ricorrente, dunque, non è l'Autorità che può adottare direttamente provvedimenti impositivi di obblighi nei confronti del gestore del pubblico servizio, il quale sarebbe soggetto al solo Contratto di servizio. La delibera gravata sarebbe quindi viziata, *in parte qua*, da errore nei presupposti e, in subordine, da carenza assoluta di potere.

Principiando dalla questione di carattere preliminare relativa all'assoggettabilità del gestore del pubblico servizio alla verifica della posizione dominante il Collegio ricorda che sin dall'inizio del diciannovesimo secolo la radiodiffusione era considerata un servizio d'interesse generale, quindi riservato allo Stato. Infatti, dal 1910 lo Stato italiano si era riservato lo sfruttamento dei servizi radiotelegrafici, con la facoltà di accordare concessioni e licenze a operatori privati o pubblici. Nel 1924 il servizio pubblico radiofonico fu affidato con licenza esclusiva alla URI, successivamente trasformata in EIAR e infine in Rai. Il monopolio statale sui servizi di radiodiffusione era giustificato dalla pubblica utilità di tali servizi e dagli obiettivi educativi, artistici e culturali che costituiscono un interesse per tutti i cittadini. Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, il servizio pubblico di radiodiffusione è stato considerato come un'attività direttamente collegata a diritti e libertà fondamentali e quindi riservata allo Stato dall'art. 43 Cost., il quale fa riferimento a servizi pubblici essenziali di preminente interesse generale. La Rai era la concessionaria

esclusiva. La L. n. 103 del 14 aprile 1975 (recante “nuove norme in materia di diffusione radiofonica e televisiva”) ha codificato tale situazione. Ha enfatizzato il legame esistente tra il servizio pubblico di radiodiffusione, la nozione di servizio pubblico essenziale di preminente interesse generale e il monopolio statale in questo settore. Nel tempo il mercato radiotelevisivo ha subito gradualmente cambiamenti. Durante la seconda metà degli anni settanta operatori privati hanno iniziato *de facto* a diffondere il loro segnale, inizialmente a livello locale e successivamente a livello nazionale.

Peraltro, nella concreta disciplina della radiotelevisiva ha inciso profondamente la giurisprudenza della Corte costituzionale, inizialmente mossa dalla preoccupazione di assicurare, in tale settore, l'effettiva garanzia del valore fondamentale del pluralismo. A detto scopo già negli anni ottanta il giudice delle leggi (sentenza n. 148 del 1981) aveva ribadito la legittimità della riserva allo Stato dell'attività radiotelevisiva su scala nazionale, e ciò in vista del fine di utilità generale di evitare l'accentramento della stessa in situazioni di monopolio od oligopolio da parte di privati, che avrebbero potuto consentire a questi ultimi di esercitare, in una posizione di preminenza, un'influenza sulla collettività incompatibile con le regole del sistema democratico e di comprimere indebitamente la generale libertà di manifestazione del pensiero.

Le ragioni del divieto dei processi di concentrazione sono state individuate dalla Corte costituzionale, con differente accentuazione e in tempi diversi, nella limitatezza delle frequenze disponibili, negli eleva-

ti costi degli impianti all'uopo necessari (sentt. n. 59 del 1960 e 10 luglio 1974 n. 225) e, comunque, in una serie di fattori di ordine economico che « con l'utilizzazione del progresso della tecnologia, fa permanere i rischi di concentrazione oligopolitica » (sent. 21 luglio 1981 n. 148). Nella cit. sentenza n. 148 del 1981 il giudice delle leggi ha peraltro ipotizzato anche la possibilità dell'abbandono della riserva statale delle trasmissioni su scala nazionale, a condizione che il Legislatore avesse predisposto un efficace sistema di garanzie idoneo ad attuare il fondamentale principio del pluralismo. La stessa Corte ha inoltre più volte auspicato la necessità di assicurare l'accesso al sistema radiotelevisivo del «massimo numero possibile di voci diverse» (sentenza 26 marzo 1993 n. 112) ed ha sottolineato l'insufficienza del mero concorso fra un polo pubblico e un polo privato ai fini del rispetto delle evidenziate esigenze costituzionali connesse all'informazione (sentenze 14 luglio 1988 n. 826 e 7 maggio 2002 n. 155).

Il giudice delle leggi ha anche puntualizzato (in occasione di una questione relativa alla legittimità della norma che impone il pagamento del canone televisivo) il ruolo del concessionario chiarendo che «l'esistenza di un servizio radiotelevisivo pubblico, cioè promosso e organizzato dallo Stato, non più a titolo di monopolista legale della diffusione dei programmi televisivi ma nell'ambito di un sistema misto pubblico-privato, si giustifica solo in quanto chi esercita tale servizio sia tenuto ad operare non come uno qualsiasi dei soggetti del limitato pluralismo delle emittenti, nel rispetto, da tutti dovuto, di prin-

cipi generali, bensì svolgendo una funzione specifica per il miglior soddisfacimento del diritto dei cittadini all'informazione e per la diffusione della cultura, con il fine di ampliare la partecipazione dei cittadini e concorrere allo sviluppo sociale e culturale del Paese; ne consegue la necessità che la concessione preveda specifici obblighi convenzionali di servizio pubblico, imponga un'informazione completa, imparziale nel riflesso del dibattito fra le forze politiche in campo e di adeguato livello professionale e curi la funzione di promozione culturale affidata alla concessionaria, aprendo i programmi alle più significative realtà culturali” (26 giugno 2002 n. 284).

Un ruolo fondamentale nella disciplina del pluralismo radiotelevisivo ha indubbiamente svolto la sentenza del giudice delle leggi n. 466 del 20 novembre 2002, secondo la quale la situazione di fatto caratterizzata dalla presenza di un solo concessionario che controlla tre reti analogiche, con conseguente occupazione di frequenze, non garantisce l'attuazione del principio del pluralismo informativo esterno, che rappresenta uno degli « imperativi » ineludibili emergenti dalla giurisprudenza costituzionale in materia. E' proprio alla luce di queste considerazioni che è stata adottata la L. 3 maggio 2004 n. 112 (cd. legge Gasparri), il cui art. 3 ha individuato come principio cardine del sistema radiotelevisivo proprio la tutela della libertà e del pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva.

L'obiettivo di garantire, tra l'altro, il pluralismo dei mezzi di informazione è stato sottolineato, in una prospettiva più ampia, anche a livello comunitario in recenti direttive, quali la 2002/19/CE, relativa all'ac-

cesso alle reti di comunicazione elettronica, alle risorse correlate e all'interconnessione delle medesime (direttiva di accesso); la 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni); la 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro); la 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale).

Notevole interesse presenta anche la decisione della Commissione UE del 15 ottobre 2003 n. 2004/339, adottata a seguito di una denuncia presentata da RTI s.p.a. nel 1996 per segnalare una serie di misure (quale l'obbligo per l'utente di pagare il canone radiotelevisivo) previste dall'ordinamento vigente a favore della Rai, con conseguente attribuzione alla stessa di una posizione di privilegio non estesa agli altri operatori del settore.

Da detta pronuncia discende con palese evidenza la conclusione che la Rai deve essere inquadrata nel sistema radiotelevisivo come soggetto che opera, al pari degli altri operatori, in regime concorrenziale ed è quindi tenuto al rispetto delle regole economiche che governano il mercato.

Il dato che può trarsi dall'esame di questo complesso quadro normativo e giurisprudenziale è che la tutela del pluralismo nello specifico mercato radiotelevisivo può essere garantita soltanto valutando la posizione occupata da tutti gli operatori, ivi compreso il gestore del pubblico servizio. E' dunque in questo contesto che deve essere letto

l'art. 14 L. n. 112 del 2004, applicabile *ratione temporis* alla controversia in esame.

Detta norma, inserita in una serie di disposizioni in materia di assetto del sistema radiotelevisivo in generale e della Rai in particolare, disciplina la procedura per l'accertamento nel mercato radiotelevisivo di posizioni dominanti senza fare distinzione tra operatori, come sarebbe stato logico ove essa avesse inteso limitare il proprio campo di applicazione - inequivocabilmente di carattere generale perché riferentesi al "sistema radiotelevisivo e alla Rai Radiotelevisione italiana s.p.a" - ai soli soggetti privati (nella specie, RTI).

Giova anzi aggiungere che il cit. art. 14 precisa che l'accertamento della sussistenza di posizioni dominanti avviene nel Sistema integrato delle comunicazioni, intendendo per tale, ai sensi del precedente art. 2, primo comma, lett. g), "il settore economico che comprende le seguenti attività: stampa quotidiana e periodica; editoria annuaristica ed elettronica anche per il tramite di internet, radio e televisione; cinema; pubblicità esterna; iniziative di comunicazione di prodotti e servizi; sponsorizzazioni".

E' evidente, quindi, che il Legislatore del 2004 si è preoccupato di garantire la tutela del pluralismo ad una serie ben individuata di attività (televisione, radio, stampa) mentre nulla ha detto sui limiti di ordine soggettivo, ad es. escludendo, come pretende la ricorrente, il gestore del pubblico servizio.

La congruenza e la ragionevolezza di detta conclusione trovano conferma anche nell'attuale Testo unico della radiotelevisione n. 177

del 31 luglio 2005 che, seppure non ancora in vigore all'epoca in cui è stata adottata l'impugnata delibera n. 136 del 2 marzo 2005, pur tuttavia costituisce, quanto meno sul piano interpretativo, una chiara chiave di lettura della disciplina che regola la posizione della Rai all'interno del sistema delle comunicazioni radiotelevisive. L'art. 3 del cit. T.U. n. 177 del 2005 ha individuato tra i principi fondamentali di detto sistema "la garanzia del pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva". Ritiene il Collegio che al rispetto di questo principio non possa sottrarsi neppure il concessionario del servizio pubblico, al quale non può quindi essere consentito di conservare in un mercato, da tempo aperto ad ogni operatore in corretta applicazione di principi costituzionali e comunitari, una posizione dominante o comune lesiva del pluralismo, utilizzando a tal fine lo schermo del "pubblico servizio", il quale non è affatto incompatibile con il principio di libera concorrenza, tranne che per le limitate materie che al concessionario sono *ex lege* riservate in via esclusiva, e che al di fuori di questo ristretto ambito e nella logica di un mercato nel quale domina il raffronto fra costi e ricavi, non assume una valenza diversa e superiore al "servizio di interesse generale", che costituisce connotato che l'art. 6 della cit. L. n. 112 del 2004 assegna all'attività di informazione radiotelevisiva "da qualsiasi emittente esercitata".

Il successivo art. 43 del cit. T.U. n. 177 del 2005 ha dettato anche una serie di regole alle quali devono attenersi "i soggetti che operano nel Sistema integrato delle comunicazioni" per assicurare la tutela della concorrenza ed evitare, quindi, la formazione di posizioni domi-

nanti nel mercato delle comunicazioni radiotelevisive. Anche dal testo letterale della norma non emergono situazioni di esclusione per ragioni di ordine soggettivo (quale quella rivendicata dalla ricorrente Rai nella dichiarata qualità di concessionaria del pubblico servizio), ma al contrario la conferma della regola del pluralismo e del divieto di posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo alla quale soggiacciono tutti gli operatori che interagiscono nel Sistema integrato delle comunicazioni.

Il primo motivo di doglianza, dedotto con il ricorso n. 4627/2005, deve quindi essere disatteso.

2. Accertato quindi che deve ritenersi conforme a legge l'inclusione della Rai fra i soggetti che, in quanto operanti nel settore radiotelevisivo e a prescindere dalla loro natura giuridica, pubblica o privata, sono obbligati al rispetto del principio del pluralismo e all'osservanza delle regole dettate a tutela dello stesso, può passarsi all'esame delle censure dedotte avverso le consequenziali determinazioni assunte dall'Autorità, di cui viene contestata innanzitutto la competenza ad assumerle e, in via graduata, l'esistenza in fatto e in diritto dei presupposti al cui avverarsi è comunque collegata la loro adozione, il contenuto delle stesse e, per ultimo, il *modus procedendi* seguito.

Ritiene peraltro il Collegio utile, al fine di una compiuta analisi della materia del contendere, così come definita dalla ricorrente sia negli atti introduttivi del giudizio che nella via dei motivi aggiunti, ripercorrere in estrema sintesi l'*iter* argomentativi svolto dalla suddetta Autorità per pervenire alle determinazioni impugnate.

Con espresso richiamo al disposto degli artt. 14 e 15 L. 3 maggio 2004 n. 11 e ai principi da essi introdotti, l'Autorità ha innanzitutto affermato il proprio potere - dovere di intervento sia "nel Sistema integrato delle comunicazioni che nei mercati rilevanti che lo compongono", al fine di rimuovere eventuali posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo e di impedire la formazione di nuove.

Ha quindi analiticamente richiamato i dati emersi dall'accertamento compiuto, primo fra tutti "la presenza di barriere di carattere giuridico ed economico che limitano la possibilità di ingresso nel mercato di nuovi attori" e l'esistenza di una struttura "marcatamente duopolistica", costituita da Rai ed RTI, le cui trasmissioni hanno un indice di ascolto complessivo pari al 90% e che conseguentemente assolvono la quasi totalità delle offerte provenienti dal mercato pubblicitario (nell'anno 2003 il 90,47%).

Da questa situazione in fatto l'Autorità ha ritenuto di poter trarre alcune conclusioni che al fine del decidere appare estremamente utile segnalare:

- a) "la concentrazione degli ascolti in capo agli operatori Rai ed RTI fornisce, con particolare riferimento al mercato della raccolta pubblicitaria, un vantaggio competitivo durevole che può essere replicato nelle offerte su reti digitali terrestri, con rischi di restrizione della concorrenza in un orizzonte di medio periodo";
- b) "la difficoltà di contendere risorse finanziarie agli operatori dominanti costituisce un fattore ostativo allo sviluppo di un pluralismo esterno";

c) la concentrazione degli ascolti - che allo stato i soggetti “minori” non sono in grado di contrastare atteso che, anche quando riescono a “contattare” il telespettatore, non riescono poi a “sviluppare con lui un ascolto durevole” - può comportare il rischio di una diminuzione del pluralismo effettivo nel panorama del sistema televisivo;

d) “la sussistenza di posizioni comunque lesive del pluralismo giustifica un intervento dell’Autorità finalizzato all’adozione di misure volte a ripristinare una situazione di maggiore equilibrio nei mercati considerati, ciò anche al fine di evitare che le posizioni detenute dai due maggiori operatori del settore televisivo si trasferiscano nella tecnica digitale terrestre, saturando nuovi spazi i mercato”;

e) “la crescita della capacità trasmissiva acquisibile sul mercato dagli operatori minori” con conseguente sviluppo del pluralismo, può essere quanto meno agevolata imponendo alle imprese, che detengono il maggior numero di impianti operanti in tecnica analogica, “l’obbligo di accelerare la transizione alla tecnologia digitale”;

f) la necessità di evitare che la concentrazione di risorse, che allo stato costituisce l’elemento caratterizzante il sistema analogico, si trasferisca in quello della televisione digitale terrestre, comporta l’urgente necessità di adottare misure di riequilibrio del mercato, prima fra tutte la prescrizione, rivolta sia alla Rai che a RTI, di accelerare la digitalizzazione delle reti televisive anche mediante la predisposizione in tecnica digitale di tutti gli impianti operanti in tecnica analogica, e di predisporre a tale fine un programma tecnico.

3. Ciò premesso, come già anticipato *sub* 2, nella disamina delle

censure dedotte dalla ricorrente Rai per ragioni di ordine logico va assegnata priorità a quella intesa a denunciare l'incompetenza dell'Autorità ad adottare le determinazioni impugnate e la conseguente illegittima invasione da parte sua di spazi riservati, per effetto di norme sia autoritative che pattizie, a soggetti diversi.

Si tratta in effetti di censura proposta con riferimento a profili e parametri diversi non prospettati in via gradata ma ciascuno dei quali autonomamente in grado di comprovare, ad avviso della ricorrente, l'abuso commesso dall'Autorità arrogandosi "un potere di cui non disponeva" sia in generale sia nell'imposizione di determinate "misure asseritamente rimediali".

Nell'atto introduttivo del giudizio e nei motivi aggiunti notificati in data 14 - 15 ottobre 2005 la competenza dell'Autorità è stata contestata sotto il profilo che:

- a) la posizione della Rai, in quanto gestore di un pubblico servizio, si qualifica come "funzione servente" con conseguente impossibilità della stessa di essere coinvolta in un'indagine intesa ad individuare e neutralizzare eventuali posizioni dominanti;
- b) le disposizioni in materia di posizioni dominanti, sia quelle dettate dalla L. n. 112 del 2004 che quelle emergenti dalle precedenti pronunce del giudice delle leggi, si riferiscono inequivocabilmente all'emittenza privata, e non anche al servizio pubblico radiotelevisivo, "che rappresenta di per sé una garanzia al presidio del pluralismo";
- c) ai sensi degli artt. 2, settimo comma, e 15, primo e secondo comma, L. n. 249 del 1997 i poteri di intervento dell'Autorità devono in-

tendersi limitati all'ipotesi di superamento dei limiti relativi alle risorse tecniche ed economiche riferiti al Sistema integrato delle comunicazioni nel suo complesso, e non "ai singoli mercati che lo compongono" entro i quali l'Autorità è legittimata a svolgere un mero "potere di monitoraggio" preordinato ad evitare la "costituzione" di nuove posizioni dominanti, e non ad incidere con misure afflittive su quelle già esistenti, che al contrario devono intendersi "mantenute";

d) in ogni caso l'Autorità, nell'attribuire al mercato radiotelevisivo, in sede di avvio del procedimento inteso ad accertare l'esistenza di posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo nell'ambito del sistema integrato delle comunicazioni, la qualificazione di "mercato rilevante", non si è attenuto alle regole procedurali a tal fine fissate dagli artt. 15 e 16 della Direttiva 2002/21/CE.

Si tratta di un complesso di censure di cui è già stata dimostrata *sub*

1) l'infondatezza in punto di diritto quanto meno nel presupposto che le accomuna, e cioè la pretesa della Rai a conservare l'attuale posizione di privilegio anche in un sistema dichiaratamente finalizzato a garantire pari opportunità anche a tutti gli aspiranti operatori del settore radiotelevisivo, contestando all'Autorità il potere di imporre ad essa il rispetto delle regole, di paternità normativa e giurisprudenziale, dettati a difesa del pluralismo nel settore radiotelevisivo. La strumentalità di dette censure alla conservazione di anacronistici privilegi risulta con ancora maggiore evidenza dall'esame di ciascuna di esse.

Ed invero:

a) la funzione "servente", che la Rai assume di svolgere in quanto

concessionario di un pubblico servizio, può costituire utile termine di raffronto con riferimento alle singole "limitate attività riconducibili alla categoria giuridica suddetta, quella appunto del "pubblico servizio", che sarebbe utile che fosse individuata e definita con maggiore precisione al fine di evitare speculazioni in suo nome, ma che diventa quanto meno non pertinente se dedotta con riguardo alla complessiva attività da essa svolta, sostanzialmente eguale a quella della concorrente RTI e che "di fatto" le consente di coprire con le sue reti oltre il 40% del mercato della diffusione radiotelevisiva;

b) la tesi secondo la quale le misure restrittive dovrebbero intendersi riferite solo all'emittenza privata non solo non trova conferma alcuna nella normativa vigente e nei principi che nel tempo è venuto enunciando il giudice delle leggi, ma è anche priva di qualsiasi supporto logico atteso che non è di agevole comprensione come possa ragionevolmente sostenersi che in un ordinamento giuridico, chiaramente ispirato a principi di pluralismo e di libera concorrenza e dichiaratamente favorevole all'ingresso di nuovi operatori nel mercato radiotelevisivo, circa la metà di detto servizio debba intendersi riservata ad una sola emittente che fra l'altro si ritiene tenuta solo al rispetto degli obblighi contrattualmente assunti con il concedente del servizio;

c) di ancora minore spessore è la tesi secondo la quale il potere di intervento dell'Autorità sarebbe da intendersi limitato alla verifica "che nel Sic non vengano costituite (e non già mantenute) posizioni dominanti" e, quindi, al controllo del "rispetto dei limiti quantitativi relativi alla distribuzione delle risorse tecniche ed economiche nel Sic,

e non nei singoli mercati che lo compongono”. Anche in questo caso sembra al Collegio agevole opporre, a prescindere dalla mancata allegazione di un qualsiasi supporto logico al “distinguo” della ricorrente, che Sic (Sistema integrato delle comunicazioni) è espressione letterale alla quale si è fatto ricorso al fine di individuare tutti i diversi mercati afferenti al complesso sistema delle comunicazioni, con la conseguenza ovvia che il divieto all’interno del Sic di posizioni dominanti o lesive del principio del pluralismo si estende automaticamente ai singoli mercati che lo compongono, come d'altronde afferma con formulazione inequivoca l’art. 14, secondo comma, della cit. L. n. 112 del 2004;

d) non condivisibile è anche la tesi secondo la quale il divieto di cui al succitato art. 14, secondo comma, sarebbe da intendersi siccome riferito solo alla costituzione di nuove posizioni dominanti, ma non autorizzerebbe la rimozione o anche solo il ridimensionamento di quelle già esistenti. C’è infatti da chiedersi come è possibile che il Legislatore del 2004 possa essersi ragionevolmente preoccupato di prevenire la formazione di nuove posizioni dominanti all’interno di un sistema, che allo stato è coperto per il 90% dal duopolio Rai - RTI senza aver prima prefigurato le misure idonee a ridimensionare gli spazi che esse attualmente occupano, quale senso ha il richiamo della ricorrente alla possibile concentrazione di imprese come fattore costitutivo di una nuova posizione dominante, atteso che queste ultime sarebbero comunque costrette ad operare nel residuo 10% e, infine, che senso avrebbe una riforma del sistema radiotelevisivo ispirato ai principi in-

nanzi più volte richiamati che, ove si ritenesse assecondabile la tesi della ricorrente, non sarebbe in grado di produrre alcun effetto innovativo rispetto al pregresso (*id est* lascerebbe le cose come stanno);

e) aggiungasi, con riferimento alla censura dedotta con il quarto motivo di doglianza e volta a contestare l'affermazione dell'Autorità secondo la quale anche la posizione occupata dalla Rai nel mercato radiotelevisivo deve considerarsi lesiva del pluralismo, che la risposta è nei dati risultanti dall'istruttoria compiuta e non contestabili nella loro obiettività, che indicano lo spazio da essa occupato, le risorse finanziarie di cui dispone, l'audience riservato dagli utenti ai suoi programmi, la posizione di parità che essa occupa nel duopolio con RTI;

f) la contestazione in ordine al *modus procedendi* seguito dall'Autorità nell'attribuzione al mercato radiotelevisivo della qualità di mercato rilevante, non attenendosi alle prescrizioni dettate al riguardo dalla Direttiva 2002/21/CE, è ininfluente atteso che tale qualificazione è stata attribuita al suddetto mercato direttamente dalla L. statale n. 112/04, che per esso ha previsto un nuovo assetto, funzionale ai principi comunitari di rispetto della pluralità, proporzionalità e tutela della concorrenza.

Ma ciò che più colpisce negativamente dall'esame complessivo delle censure innanzi richiamate è che esse esprimono il convincimento della Rai di svolgere nell'ambito del sistema radiotelevisivo un ruolo unico e del tutto distinto da quello degli altri operatori, che la esone-
rerebbe dal rispetto delle regole della concorrenza e del pluralismo,

trascurando il fatto di comune conoscenza che da decenni essa opera nel suddetto sistema in indubbia ed accettata posizione di “concorrenza” con un altro gigante della televisione (RTI) sul piano dell’*audience*, della ricerca dei *format* più idonei ad attirare gli interessi degli utenti e di conseguenza a garantire maggiori introiti pubblicitari, della misura del compenso quale strumento elettivo per acquisire la collaborazione dei più noti professionisti dello spettacolo e richiamando il “servizio pubblico”, che afferma di svolgere, soprattutto quando si tratta di difendere il suo diritto non solo al canone radiotelevisivo ma anche alla periodica revisione *in melius* del suo importo, canone che, secondo quanto si legge nell’impugnato provvedimento, costituisce il suo introito maggiore e con il quale finanzia in larga misura la sua attività, anche quella certamente non riconducibile nella succitata categoria giuridica ma, al limite, in quella di “servizio di rilevanza generale”.

4. La competenza dell’Autorità ad adottare le “misure rimediale” oggetto di impugnazione è contestata dalla ricorrente, sia negli atti introduttivi di ambedue i ricorsi all’esame del Collegio che nella via dei motivi aggiunti, sotto il profilo della violazione degli artt. 2, settimo comma, L. n. 249 del 1997 e 17 L. n. 112 del 2004.

La tesi svolta è che l’Autorità avrebbe ommesso di considerare che l’attività della Rai è interamente regolata dalla Convenzione per la concessione del servizio e dal Contratto di servizio integrativo della prima, con la conseguenza che l’individuazione dei nuovi interessi generali da tutelare a mezzo del servizio pubblico radiotelevisivo ne-

cessariamente richiede la partecipazione sia del Ministero delle comunicazioni che di quello dell'economia.

Di qui il duplice vizio ad avviso della ricorrente riscontrabile in ambedue le deliberazioni impugnate (le nn. 136/05/Cons e 322/06/Cons), e cioè "formale", atteso che l'Autorità "non si è neppure curata di evocare nel procedimento i Ministeri competenti, e "sostanziale", in quanto ha adottato una determinazione invasiva delle attribuzioni di tali Dicasteri".

Il primo profilo di doglianza, così come prospettato, è palesemente infondato atteso che il procedimento, al quale l'Autorità ha fatto ricorso nell'adottare le succitate deliberazioni, non prevede la partecipazione dei due Ministeri ai quali la ricorrente Rai ha fatto ripetuto richiamo.

Il secondo profilo può essere invece meglio interpretato se esaminato congiuntamente con quello dedotto nella via dei motivi aggiunti, nel quale la problematica relativa all'asserita incompetenza dell'Autorità viene prospettata in termini più radicali e, soprattutto, sulla base di argomentazioni di più agevole comprensione. La questione viene infatti proposta con riferimento non già ai succitati vizi procedurali pregiudizievoli degli interessi partecipativi dei suddetti Ministeri (dagli stessi peraltro mai denunciati), ma all'abuso commesso dall'Autorità pretendendo di definire unilateralmente gli obblighi di servizio gravanti sulla Rai e trascurando di considerare che gli stessi trovano esclusiva e compiuta fonte di regolamentazione nel Contratto di servizio.

La tesi, così come prospettata, non è affatto condivisibile perché si fonda su una premessa errata e, in particolare, su una palese confusione dei ruoli che nell'ambito del sistema radiotelevisivo nazionale sono affidati al contratto di servizio e alle determinazioni dell'Autorità. Il Contratto di servizio è lo strumento giuridico deputato a definire i rapporti tra concedente e concessionario e, quindi, i diritti e le obbligazioni che incombono su ciascuno di essi. Trattandosi di strumento pattizio è palese che la negoziazione tra le parti stipulanti può avere ad oggetto solo materie che rientrano nella loro disponibilità e che l'art. 3 della Convenzione individua negli obiettivi di razionalizzazione attinenti agli assetti industriali, finanziari e di produttività aziendale, al miglioramento della qualità del servizio, all'attività di ricerca e di sperimentazione, ecc.. Aggiungasi che, al fine del decidere sugli ambiti nei quali detto contratto è legittimato ad operare autonomamente, è ininfluente verificare quale è la categoria negoziale nella quale esso è inquadrabile, essendo assorbente la considerazione che si tratta comunque di un contratto che, in quanto tale, soggiace per quanto riguarda contenuto ed effetti alle regole e ai limiti fissati sia dalla disciplina codicistica che dalle determinazioni delle Autorità alle quali l'ordinamento assegna la cura di interessi superiori a quelli proprie delle parti stipulanti, con la conseguenza che sarebbe temeraria la pretesa di riconoscergli una funzione paralegiferante.

Segue da ciò che alla libertà per le suddette parti di dare un assetto concordato agli interessi di cui esse hanno la disponibilità si accompagna l'obbligo per le stesse di prestare ottemperanza alle prescri-

zioni dettate dal soggetto al quale è affidata la cura di interessi più generali, indipendentemente dal fatto che dette prescrizioni siano state o no trasfuse nel testo del contratto.

Nell'ordinamento vigente il principio fondamentale, al quale deve conformarsi il sistema radiotelevisivo italiano, è individuato dall'art. 3 L. n. 112 del 2004 nel pluralismo dei mezzi di comunicazione, a garanzia del quale il successivo art. 5 impone specifici e conseguenziali obblighi afferenti: a) alla tutela della concorrenza nel mercato radiotelevisivo, dei mezzi di comunicazione di massa e della pubblicità; b) al divieto non solo di costituzione ma anche di mantenimento di posizioni lesive del pluralismo, anche a mezzo di soggetti controllati o collegati; c) alla massima trasparenza degli assetti societari.

Con proposizione di inequivoco tenore l'art. 2, settimo comma, L. n. 249 del 1997 affida all'Autorità il controllo sul rispetto di detti principi e le assegna il potere - dovere di adottare tutti i provvedimenti necessari sia per eliminare che per impedire il formarsi di posizioni comunque lesive del pluralismo. Detta disciplina, nella parte afferente agli ambiti di intervento affidati alle cure dell'Autorità, è completata dall'art. 14, secondo e terzo comma, L. n. 112 del 2004 i quali assegnano a detto organismo il compito di verificare che non si costituiscono, nel Sistema integrato delle comunicazioni e "nei mercati che lo compongono" (quindi, anche in quello radiotelevisivo) posizioni dominanti e che siano rispettati i limiti fissati dall'art. 15 della stessa legge, cioè quelli che attengono ai ricavi complessivi, qualunque sia la fonte dalla quale provengono, e al cumulo dei programmi radiote-

levisi e radiofonici, tenendo anche conto del livello di concorrenza all'interno del sistema, delle barriere di ingresso nello stesso, delle dimensioni di efficacia economica dell'impresa, nonché degli indici quantitativi di diffusione dei programmi radiotelevisivi, ecc..

Ricorrendo ad un'immagine figurativa può quindi dirsi che il Contratto di servizio opera a valle e non può quindi intervenire, se non in funzione meramente conformativa, su regole e principi fissati a monte dalla normativa statale e comunitaria, nella lettura che nel tempo ne hanno offerto il giudice delle leggi ed il giudice amministrativo, sul cui rispetto da parte di ogni soggetto operante nel settore radiotelevisivo è chiamata a vigilare, ex art. 2, comma 7, L. n. 249 del 1997, l'Autorità con poteri sia prevenzionistici che sanzionatori.

5. Nell'esame delle censure dedotte dalla ricorrente Rai nei riguardi delle singole misure rimediale adottate dall'Autorità per il riequilibrio del mercato radiotelevisivo e la tutela del pluralismo al suo interno assume carattere prioritario quella con la quale si sostiene che le stesse sarebbero state assunte in palese violazione dei principi di irretroattività, di legalità e del *ne bis in idem*, atteso che sarebbero stati presi in considerazione dati afferenti al periodo 2001 - 2003 e, quindi, precedenti l'entrata in vigore della L. n. 112 del 2004, e rinnovando un procedimento in effetti già conclusosi con la delibera n. 117/04/Cons con la quale, pur essendo stato accertato l'avvenuto superamento delle soglie massime previste per la diffusione pubblicitaria su mezzo televisivo, alcuna misura era stata adottata.

Trattasi di censure non condivisibili perché fondate su presupposti

errati. Ed invero l'Autorità, nel momento in cui si preoccupava di assicurare concreta applicazione ai principi e alle regole introdotti dalla sopravvenuta L. n. 112 del 2004 e di acquisire gli elementi di conoscenza necessari a tal fine, non poteva non assumere, come campo di osservazione dei comportamenti tenuti dagli operatori del settore radiotelevisivo, un arco temporale non solo congruo, ma anche immediatamente precedente quello di entrata in vigore della suddetta legge, atteso che la sua applicazione non poteva fondarsi, per ovvie ragioni logiche, su valutazioni di ordine prognostico.

Né si poteva ragionevolmente pretendere che l'applicazione della suddetta legge fosse rinviata all'avvenuta acquisizione di dati significativi maturatisi in epoca successiva alla sua entrata in vigore atteso che il contenuto innovativo proprio di qualsiasi norma necessariamente postula che il Legislatore abbia acquisito una compiuta conoscenza del pregresso ed espresso un giudizio in tutto o in parte negativo sullo stesso.

Di ancora minore spessore è la censura di violazione del principio del *ne bis in idem* atteso che ai fini della confutazione della stessa appa- re sufficiente opporre che il nuovo procedimento, conclusosi con le misure di cui la ricorrente Rai si duole, è stato attivato in funzione della sopravvenuta L. n. 112 del 2004, inesistente all'epoca del precedente procedimento iniziato e concluso con riferimento alla normativa di cui all'art. 2 L. n. 249 del 1997.

6. Connotato comune delle censure dedotte avverso le succitate misure rimediali é che le stesse sarebbero state adottate dall'Autorità

in assoluta carenza di potere e in contrasto “con le previsioni legislative ed i limiti che la legislazione primaria conferente dispone in *subjecta* materie e che puntualmente circoscrivono la sfera di intervento dell’Autorità indipendente”.

La prima contestazione ha per oggetto il regime che l’impugnata delibera n. 136/05/Cons e quella successiva dettata per la sua applicazione n. 264/05/Cons hanno dettato per l’accesso alle reti digitali terrestri da parte dei fornitori di contenuti indipendenti e, quindi, per regolare i rapporti fra il soggetto che gestisce la rete e fornisce la capacità trasmissiva e quello che predispone i programmi da irradiare, svolgendo nella sostanza le funzioni di editore degli stessi.

In effetti l’obbligo per i soggetti titolari di più di una concessione televisiva di riservare, in ciascun blocco di programmi e servizi diffusi in tecnica digitale, almeno il 40% della capacità trasmissiva a fornitori di contenuti indipendenti, che non siano società controllanti, controllate o comunque collegate con il gestore, era già stato codificato dall’art. 2 *bis*, primo comma, L. 20 marzo 2001 n. 66, che lo aveva peraltro temporalmente limitato alla sola fase della sperimentazione della diffusione televisiva terrestre e che invece con le impuginate delibere l’Autorità ha ritenuto di poter prolungare sino alla completa attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale, in quanto misura idonea a consentire l’accesso al mercato radiotelevisivo di nuovi operatori “non integrati” e la “crescita del pluralismo informativo”.

Si legge nella delibera n. 136/05/Cons che “la scelta dei programmi a

cui destinare la quota di riserva, prolungata nel tempo, dovrebbe pertanto essere subordinata al rispetto delle condizioni stabilite in appositi disciplinari adottati, da parte dell'Autorità, sulla falsariga di quanto avviene in Francia dove i *cahiers de charges*, che definiscono il regime giuridico applicabile alle emittenti, sono adottati dall'Autorità nazionale di regolamentazione *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* (C.S.A.)".

L'intervento dell'Autorità viene contestato dalla ricorrente nella parte in cui, in contrasto con la norma legislativa innanzi richiamata (l'art. 2 *bis*, primo comma, L. n. 66 del 2001):

- a) prolunga nel tempo la riserva del 40%;
- b) prevede cause di esclusione dall'accesso alla quota di riserva ulteriori a quelle già individuate dal cit. art. 23 *bis*, primo comma, L. n. 66 del 2001, ad esse aggiungendo quelle previste dall'art. 2359, terzo comma, cod. civ., e cioè non solo le società "controllate" ma anche quelle "collegate" (*id est* quelle sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole desumibile, in via preventiva, da alcune situazioni normativamente indicate);
- c) in presenza di una pluralità di domande di accesso da parte di fornitori di contenuti indipendenti assume, con l'art. 3, terzo comma, della successiva delibera n. 264/05/Cons, come unico criterio selettivo quello "generalista", cioè quello che assegna preferenza all'offerta di palinsesti che soddisfino il maggior numero dei generi indicati al precedente primo comma, con evidente pregiudizio per i fornitori di programmi monotematici;

d) viola il principio costituzionale di libertà di impresa in danno sia della Rai che dei fornitori, impedendo alla prima la possibilità di scegliere in una più ampia platea di potenziali offerenti ed imponendole di contrarre con un soggetto predeterminato.

Ritiene il Collegio che nessuna delle doglianze dedotte sia meritevole di positiva definizione. Ed invero:

a) una volta riconosciuta la competenza dell'Autorità ad adottare le misure necessarie al riequilibrio del sistema, soprattutto in funzione di tutela del pluralismo, non può ritenersi illegittimo il prolungamento nel tempo della riserva del 40% che la normativa primaria ha introdotto come strumento idoneo ad assicurare l'ingresso nel mercato di nuovi operatori, trattandosi di iniziativa che non contrasta con la scelta legislativa, abrogandola, ma al contrario ne assicura l'operatività oltre il tempo inizialmente previsto in conseguenza di un dichiarato giudizio favorevole sulla sua capacità a realizzare l'obiettivo perseguito dal Legislatore del 2001 ed integralmente fatto proprio, a distanza di pochi mesi dalla contestata deliberazione, dal Legislatore del 2005 (art. 25, secondo comma, T.U. sulla radiotelevisione, approvato con D.L.vo 31 luglio 2005 n. 177), che ha confermato l'estensione della riserva del 40% fino "alla completa attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze". Né può ritenersi rilevante la mancata adozione del disciplinare, previsto dall'art. 2, secondo comma, della delibera n. 136/05/Cons, cioè di un successivo provvedimento a contenuto generale, chiamato a definire le caratteristiche che i programmi devono possedere in termini di au-

dienze e di capacità di raccolta pubblicitaria atteso che, come meglio si vedrà in seguito, a tale specifico compito ha compiutamente provveduto la successiva delibera n. 264/05/Cons, recante norme attuative della cit. n. 136/05/Cons, risultando influente che essa sia stata adottata oltre il termine semestrale fissato per il disciplinare dal succitato art. 2, secondo comma, trattandosi di termine ordinatorio;

b) non esiste alcuna norma o principio che assegni alla Rai la qualità di sostituto processuale dei fornitori di contenuti indipendenti, ai quali soltanto spetta la legittimazione a contestare nella sede giurisdizionale gli eventuali ingiusti pregiudizi che, sul piano economico e professionale, potrebbero ad essi derivare dalle succitate deliberazioni nella parte in cui perimetrano, in senso restrittivo, l'area dei potenziali beneficiari dell'accesso alla riserva. Né è ravvisabile un autonomo e specifico interesse della Rai a contestare la più puntuale definizione di "fornitori indipendenti" che emerge dalle impugnate deliberazioni se non quello, certamente non assecondabile, di consentire a fornitori, che in diverso modo e in diversa misura sono di fatto ad essa collegati, di insinuarsi nell'area della riserva;

c) infondata in punto di fatto è l'affermazione della ricorrente secondo la quale la delibera 264/05/Cons, in sede di individuazione dei fornitori indipendenti aventi titolo all'accesso alla quota ad essi riservata, avrebbe imposto ai gestori di rete un unico criterio selettivo, irragionevolmente identificato nell'offerta di palinsesti che soddisfino il maggior numero dei generi da essa delibera indicati, in contrasto con il predicato richiamato al principio di tutela del pluralismo e con ingiusto

pregiudizio per gli operatori presentatori di programmi monotematici. Può infatti opporsi che l'art. 2 della succitata delibera, dopo aver fatto puntuale richiamo alla necessità che gli aspiranti fornitori siano in grado di offrire “una programmazione attrattiva sotto il profilo sia dell'*audience*” (*id est* “in grado di soddisfare i gusti delle diverse categorie di telespettatori”), sia della “capacità di raccolta pubblicitaria”, individua ed elenca i diversi tipi di programmi che possono trovare ingresso nella quota di riserva e richiede ai potenziali fornitori la capacità di offrire “almeno uno” di essi.

Lo stesso art. 2 giustamente si preoccupa anche di prevedere e regolamentare l'ipotesi di una pluralità di richieste di accesso da parte di presentatori dei programmi rientranti nelle diverse tipologie indicate e di risorse insufficienti a soddisfarle tutte, e per tale evenienza dispone che i gestori di rete diano “accesso in via prioritaria ai palinsesti che soddisfino il maggior numero dei generi indicati”. Il che, ad avviso del Collegio, è soluzione del tutto ragionevole atteso che la scelta è sempre contenuta nell'abito dei diversi generi indicati ed è anche coerente con il non contestato criterio fondamentale di scelta dei programmi offerti dai fornitori indipendenti, e cioè quelli che siano “in grado di soddisfare i gusti delle diverse categorie di telespettatori”;

d) non pertinente è il richiamo ai negativi effetti che la Rai subirebbe sul piano dell'autonomia negoziale per effetto dei condizionamenti imposti alla possibilità di una libera scelta dei fornitori ai quali consentire l'accesso alle sue reti, atteso che la libertà di iniziativa priva-

ta tutelata dall'art. 41 Cost., alla quale la ricorrente fa insistito riferimento, trova i suoi limiti nell'interesse pubblico, che nella specie è ravvisabile nella difesa del pluralismo, cui segue la necessità di limitare l'accesso alla quota di riserva agli operatori che effettivamente non abbiano alcun tipo di collegamento con i gestori delle reti televisive, ai quali comunque residua una consistente parte dell'emittenza (60%), nell'ambito della quale sono liberi di continuare a servirsi di fornitori ad essi in diversa misura e con diverse modalità collegati.

Fin qui in punto di fatto.

In punto di diritto è quanto meno dubbia l'ammissibilità di censure dedotte dalla Rai a tutela di posizioni giuridiche facenti capo a soggetti terzi con i quali essa non deve *ex lege* avere alcun collegamento e che sono in grado di valutare autonomamente gli eventuali pregiudizi conseguenti ai deliberati dell'Autorità e di apprestare, in caso affermativo, un'adeguata difesa delle loro ragioni.

Può aggiungersi, sempre in punto di diritto, che non è assecondabile il tentativo da parte della ricorrente Rai di ricondurre il succitato residuale criterio selettivo nella categoria dei cd. "diritti speciali" di cui all'art. 2, primo comma, della Direttiva 2000/52/CE della Commissione del 26 luglio 2000, atteso che questi ultimi afferiscono a situazioni del tutto estranee a quella finora esaminata, e cioè ai vantaggi che uno Stato membro, in aperta violazione dei criteri di oggettività, proporzionalità e non discriminazione, riconosce solo ad un limitato numero di imprese.

7. Strettamente collegata alla censura finora esaminata è quella, de-

dotta nella via dei motivi aggiunti, con la quale la ricorrente ritiene di individuare un ulteriore profilo di illegittimità dell'impugnata delibera n. 264/05/Cons nel fatto che essa non esclude espressamente dalla riserva del 40% in favore di fornitori di contenuti indipendenti il blocco di programmi radiotelevisivi che l'art. 2 *bis*, nono comma, D.L. 23 gennaio 2001 n. 5 affida in via esclusiva alla sua programmazione.

Osserva il Collegio che la questione è mal posta atteso che il suddetto blocco trova adeguata collocazione nel residuo 60% della capacità trasmissiva delle tre reti Rai, del quale essa può disporre liberamente.

Se poi la ricorrente ha invece inteso stigmatizzare il comportamento dell'Autorità per non aver chiarito che il 40% di capacità trasmissiva riservata ai fornitori di contenuti indipendenti va calcolato su un totale previamente depurato del blocco di frequenze ad essa *ex lege* riservato, la questione è egualmente mal posta atteso che sfugge la logica sottesa alla richiesta operazione, dal momento che l'intangibilità del blocco di frequenze Rai è adeguatamente assicurata dalla ridotta quota riservata ai fornitori di contenuti indipendenti.

8. Sempre con riferimento alla questione afferente alla quota della capacità trasmissiva delle singole reti riservata ai fornitori di contenuti indipendenti, sostiene la ricorrente che l'art. 2 della cit. delibera n. 264/05/Cons del 6 luglio 2005, mentre impegna questi ultimi ad offrire programmi aventi determinati contenuti, e non altri, nulla dice in ordine alle conseguenze derivanti dalla violazione di detto impegno, specie se accertata "nel corso dell'attività di trasmissione".

La tesi svolta è che l'Autorità non potrebbe esercitare, nella suddetta evenienza, alcun intervento sanzionatorio "poiché l'accesso alla capacità trasmissiva è assentito tramite un atto di autonomia privata che non potrebbe certo essere annullato dall'Autorità"; il silenzio serbato sul punto dalla succitata delibera comporterebbe di conseguenza che "spetterebbe allora alla Rai verificare e valutare l'adempimento dei compiti assegnati ai fornitori, allo scopo di agire eventualmente per la risoluzione del contratto", dal che deriverebbe l'imposizione alla stessa Rai di una prestazione, personale e patrimoniale, illegittima perché non avente alcun fondamento nella legge. La censura, così come prospettata, non è di agevole interpretazione e, comunque, se correttamente intesa propone problematiche di ordine applicativo di cui sfugge al Collegio il grado di difficoltà denunciato invece dalla ricorrente.

E' indubbio che l'art. 2 della succitata delibera, nella parte in cui predetermina i programmi che possono trovare ingresso nella quota di riserva, con richiamo a tipizzazioni che non formano oggetto di contestazione, assume come destinatari delle sue prescrizioni sia i fornitori indipendenti degli stessi che i gestori delle reti. La violazione di dette prescrizioni costituisce quindi al tempo stesso un limite sia per i fornitori che per i gestori delle reti (nella specie, la Rai), nel senso che esclude i primi dalla possibilità di accesso, esonera i secondi dall'obbligo di trasmissione dei programmi da essi presentati.

L'eventuale divergenza insorta nella fase precontrattuale tra i soggetti in questione in ordine alla conformità dei programmi al dettato nor-

mativo trova soluzione, per quanto attiene alle valutazioni di merito, nelle regole dettate dalla disciplina codicistica, che l'Autorità non aveva alcun obbligo di richiamare dovendo le stesse ritenersi note sia nel loro contenuto che nei loro presupposti di applicabilità.

La stessa divergenza potrebbe in effetti insorgere anche nella fase di trasmissione del programma, che è poi quella alla quale sembra richiamarsi nel suo scritto difensivo la Rai, e deve necessariamente intendersi riferita all'ipotesi che essa si sia avveduta solo tardivamente dell'errore commesso ammettendo alla quota di riserva programmi non conformi alla tipizzazioni innanzi richiamate. Per quanto attiene ai rapporti tra fornitore e gestore della rete, relativamente all'individuazione del diverso grado di responsabilità e agli strumenti che l'ordinamento giuridico mette a disposizione di ciascuno di essi a difesa delle proprie ragioni, vale la conclusione di cui sopra: nessun obbligo aveva l'Autorità di richiamare nella sua delibera i rimedi ai quali gli interessati possono fare ricorso, all'interno del loro rapporto negoziale, per porre fine ad una situazione di accertata illegittimità atteso che gli stessi sono quelli previsti dalla disciplina codicistica per l'ipotesi di responsabilità contrattuale.

Diversa è invece la conclusione per quanto riguarda i rapporti tra l'Autorità e l'ente gestore ove quest'ultimo, per mancanza di diligenza o per altre ragioni che non è necessario prefigurare, abbia consentito l'ingresso nella quota di riserva a fornitori che non avevano titolo per accedervi. E' evidente che il comportamento doloso o colposo dell'ente gestore costituisce violazione da parte sua di precisi

obblighi imposti dalla normativa sopraordinata e giustifica l'intervento sanzionatorio di detta Autorità.

Lo stesso dicasi per i rapporti fra Autorità e fornitore, essendo priva di fondamento l'affermazione della ricorrente Rai, secondo cui la prima non avrebbe alcun potere di intervento, prevenzionistico o sanzionatorio, sul secondo, essendo quest'ultimo parte di un rapporto negoziale al quale l'Autorità è estranea. Sembra agevole al Collegio opporre che il fornitore, una volta che il suo programma è stato accettato e trasmesso, deve essere considerato a tutti gli effetti operatore del sistema radiotelevisivo e di conseguenza soggetto, al pari di tutti gli altri, alla vigilanza e al controllo dell'Autorità e ai suoi interventi di natura sia prevenzionistica che sanzionatoria, siccome previsto dall'art. 2, settimo comma, L. n. 249 del 1997.

La correttezza di tale conclusione non è contestabile sulla base della premessa dalla quale la ricorrente muove nel suo argomentare, e cioè che l'atto negoziale autorizzante l'accesso alle sue reti, in quanto espressione di autonomia privata, non sarebbe sindacabile e sanzionabile dall'Autorità.

Osserva infatti il Collegio che il richiamo all'autonomia privata è condivisibile se finalizzato a circoscrivere l'ambito di ricerca delle responsabilità all'interno del rapporto fornitore e gestore, conseguenti all'inadempimento delle obbligazioni assunte da ciascuna delle parti contraenti. Non risulta invece pertinente se utilizzato al fine di escludere, per la succitata evenienza, l'esistenza a monte di un diverso tipo di responsabilità per il gestore della rete e per il fornitore di conte-

nuti, che trovi la sua causa giustificativa nella violazione degli obblighi che su di essi incombono nella comune qualità di operatori del servizio radiotelevisivo e di cui devono necessariamente dar conto all'organismo che su di essi esercita il potere di vigilanza e che *ex lege* è chiamato ad applicare le previste sanzioni.

8. Non suscettibili di positivo apprezzamento sono anche le censure dedotte avverso la determinazione dell'Autorità di considerare il canone Rai elemento rilevante in sede di analisi del complesso delle risorse finanziarie di cui attualmente dispone il sistema radiotelevisivo nazionale e idoneo, al pari di ogni altra forma di finanziamento, a influenzare le dinamiche competitive.

La ricorrente contesta tale conclusione (*id est* la riconducibilità del canone nel complesso delle sue fonti di finanziamento), e le conseguenze che sul piano della tutela del pluralismo e della concorrenzialità che da essa discendono, richiamando e sottolineando la specificità del "tributo" in questione, in quanto *ex lege* destinato ad assicurare al concessionario del pubblico servizio la necessaria copertura finanziaria della spesa che il suo esercizio comporta.

Denuncia inoltre la contraddittorietà nella quale, a suo avviso, incorre la stessa Autorità allorché da un lato riconosce che detto canone non individua, sul piano concorrenziale, "un mercato rilevante a se stante" e, dall'altro lato, lo considera elemento concorrente con altri a determinare il superamento del limite oltre il quale le risorse finanziarie complessivamente a disposizione dell'emittente possono rappresentare una remora alla compiuta realizzazione del principio del plurali-

smo.

Ad avviso del Collegio detta impostazione difensiva, palesemente preordinata a far discendere dalla situazione di privilegio, di cui indubbiamente la Rai già fruisce nell'ambito del sistema radiotelevisivo nazionale, ulteriori effetti per essa vantaggiosi, e cioè l'esonero dai limiti ai quali a tutela del pluralismo ogni emittente deve necessariamente soggiacere, non contribuisce certamente a rafforzare la fondatezza delle censure ora all'esame.

Non esiste infatti alcuna contraddizione tra: a) il riconoscimento che il canone radiotelevisivo, in quanto *ex lege* riservato solo alla concessionaria Rai, non è elemento contendibile da parte degli altri operatori del mercato e b) la sua riconducibilità tra le risorse finanziarie di cui allo stato può complessivamente disporre il mercato radiotelevisivo.

La riprova è nell'art. 15, terzo comma, L. n. 112 del 2004, che espressamente inserisce detto canone tra i ricavi che nel loro complesso concorrono a determinare il limite del 20% imposto a tutti i soggetti che operano all'interno del Sistema integrato delle comunicazioni e che codifica un principio che, per intuitive ragioni di ordine logico, non può non trovare applicazione anche nel mercato radiotelevisivo, che di detto sistema costituisce parte integrante.

D'altro canto non è agevole comprendere sulla base di quale argomentazione, che non sia il rituale ed insistito richiamo alla funzione insostituibile svolta *ex lege* dalla Rai nell'attuale sistema radiotelevisivo nazionale, si può ragionevolmente sostenere che il canone ra-

diotelevisivo non rientra tra le entrate Rai da individuare in sede di verifica delle posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo eventualmente esistenti nel sistema, ove solo si consideri che:

a) costituisce la maggiore risorsa finanziaria della Rai, atteso che copre il 59,4% dei suoi ricavi;

b) i ricavi che esso ha assicurato alla Rai nel triennio 2001-2003 sono pari, in media, al 73% delle entrate che l'altro componente del duopolio televisivo (la RTI) ricava dalla pubblicità;

c) ha un'incontestabile natura di imposta (Corte cost. 26 giugno 2002 n. 284), giacché il suo pagamento continua ad essere imposto ex art. 1, primo comma, R.D.L. 21 febbraio 1938 n. 246, convertito in L. 4 giugno 1938 n. 880, a "chiunque detenga" un apparecchio atto alla ricezione dei programmi radiotelevisivi e, quindi, anche a soggetti niente affatto interessati alla visione e/o all'ascolto dei programmi da essa Rai diffusi, quantunque l'attuale mercato sia radicalmente mutato rispetto a quello di ottanta anni fa, nel quale una sola era l'emittente autorizzata ad operare;

d) ha un importo la cui quantificazione prescinde da una previa individuazione, nell'ambito della complessiva attività svolta dalla Rai, di quelle che sulla base di principi di diritto e di regole di ragionevolezza, possono effettivamente considerarsi espressione di un pubblico servizio ad essa affidato in esclusiva ed alle quali fa specifico riferimento l'art. 18, terzo comma, L. n. 112 del 2004 allorché impone che esso sia destinato alla copertura dei costi sostenuti "per adempiere gli specifici compiti di servizio pubblico radiotelevisivo affidati alla

Rai“.

9. Nel rispetto dell'ordine logico che il Collegio si è assegnato *sub 2)* per la definizione delle numerose censure dedotte dalla ricorrente Rai nei suoi copiosi scritti difensivi occorre ora passare all'esame di quelle che attengono non solo al *modus procedendi* seguito dall'Autorità nel pervenire alle decisioni finali, ma anche alla regola introdotta per la definizione di eventuali future controversie fra gli operatori del sistema radiotelevisivo.

10. Per quanto attiene alla tematica relativa alla risoluzione delle controversie fra gestori di rete (in particolare Rai e RTI) e fornitori di contenuti la ricorrente ripropone una questione che, in termini generali, è già stata esaminata dal Consiglio di Stato (VI Sez., 5 aprile 2006 n. 1769) e definita in senso contrario alla tesi che essa in questa sede solleva, e cioè nel senso non solo della legittimità, ma anche dell'opportunità onde evitare disparità di trattamento, di una disciplina unitaria per la risoluzione stragiudiziale delle controversie fra operatori ed operatori ed utenti, da realizzarsi anche mediante la tecnica del rinvio a discipline settoriali già operative.

Sostiene al contrario la ricorrente Rai che l'Autorità, nel dettare le regole per la definizione delle succitate controversie nell'ambito del settore radiotelevisivo (art. 5 della delibera n. 264/05/Cons), avrebbe illegittimamente richiamato e dichiarato applicabile ad esse “la medesima disciplina procedurale di cui al Capo II del Regolamento approvato con la delibera n. 148/01/Cons.”, concernente la risoluzione delle controversie fra “organismi di telecomunicazioni”.

Nella sostanza la contestazione risulta fondata su una sola generica ed indimostrata affermazione, e cioè (a quanto è dato comprendere) che la disciplina, impropriamente estesa dal succitato art. 5 al settore radiotelevisivo, riflette caratteristiche ed esigenze proprie del settore delle telecomunicazioni, riconosciute anche a livello comunitario, ed implica di conseguenza specifiche competenze in chi è chiamato a risolvere eventuali controversie fra operatori e operatori e utenti.

In effetti la ricorrente Rai nei suoi scritti non indica, neppure a mero titolo esemplificativo, quali sono le caratteristiche e le peculiarità esclusivamente proprie del settore delle telecomunicazioni, che condizionerebbero in modo specifico la disciplina dettata dalla stessa Autorità per la risoluzione delle controversie al suo interno, rendendola inapplicabile a settori diversi.

Di qui l'inammissibilità per genericità della censura, in quanto non chiara nell'interesse sotteso alla sua proposizione e nelle argomentazioni addotte a suo sostegno e comunque priva del necessario supporto probatorio.

Aggiungasi, come fatto notare dall'Autorità nel suo scritto difensivo, che l'estensione dei meccanismi stragiudiziali di composizione delle controversie fra operatori ed operatori e utenti è già stata disposta per quelle che possono insorgere nella televisione a pagamento, e detta estensione è stata ritenuta legittima e anche ragionevole sia da questo T.A.R. che dal giudice di appello nella decisione innanzi richiamata.

11. Occorre ora passare all'esame delle censure che la ricorrente Rai adduce, nella via dei motivi aggiunti a quelli già proposti con il ricorso n. 4627/05, avverso la delibera n. 264/05/Cons, recante "Disposizioni attuative degli artt. 1, primo comma, lett. a) n. 2 e 2, secondo comma, della delibera n. 136/05/Cons", ed intese a denunciare sotto profili diversi vizi, che la stessa ricorrente definisce "formali", nei quali la suddetta Autorità sarebbe incorsa nell'adottarla e tutti riconducibili, nella sostanza, ad un difetto di istruttoria.

Si sostiene, infatti, che detta Autorità, non dando previo avviso agli interessati dell'avvio del procedimento, non assicurando il contraddittorio fra le parti e non curandosi di procedere alla nomina del responsabile del provvedimento, avrebbe contravvenuto alle prescrizioni che la L. 7 agosto 1990 n. 241 impone a fini partecipativi.

Si aggiunge che l'impugnata delibera attuativa:

- a) è stata adottata il 6 luglio 2005 e, quindi, con un ritardo di sei giorni dal termine massimo che a tal fine la stessa Autorità aveva fissato con la precedente delibera n. 136/05/Cons, con la quale aveva autolimitato la propria attività deliberativa, scandendone i tempi di attuazione;
- b) fa riferimento da una intervenuta "audizione", che in effetti "non è mai stata convocata o preannunciata ritualmente con un atto scritto e si è risolta in una mera consultazione orale totalmente informale, senza neppure (a quanto consta) lo svolgimento di alcuna attività di verbalizzazione";
- c) non è stata preceduta da una "consultazione pubblica", intesa

al coinvolgimento delle diverse categorie di soggetti incisi dalle scelte che l'Autorità si riprometteva di adottare, "compresi i fornitori di contenuti e le associazioni degli utenti".

12. Il Collegio, visti gli atti di causa, rileva la palese inconsistenza, in fatto prima ancora che in diritto, delle censure innanzi riportate. Ed invero:

a) non si è verificata infatti nel caso in esame alcuna violazione della richiamata L. n. 241 del 1990, atteso che nel preambolo dell'impugnata deliberazione si attesta che nell'adunanza del 21 giugno 2005 sono stati sentiti i rappresentanti di Rai s.p.a. e di RTI s.p.a. quali soggetti direttamente interessati dalla presente delibera".

In effetti la ricorrente Rai non contesta, in punto di fatto, di essere stata previamente invitata all'incontro con i rappresentanti dell'Autorità e di avervi partecipato, ma ritiene di poter minimizzare la portata e gli effetti di tale accadimento con argomentazioni di ben ridotto rilievo, e cioè che si tratterebbe di mera "audizione", come se tale locuzione avesse una valenza riduttiva a fini partecipativi, non preceduta da un atto "scritto" di invito, limitata ad una consultazione del tutto informale e con esiti probabilmente neppure verbalizzati.

Trattasi di rilievi che, per la loro palese inconsistenza, risultano *ictu oculi* inidonei a supportare la censura di violazione della cit. L. n. 241 atteso che l'obiettivo da questa perseguito, e cioè assicurare la partecipazione al procedimento dei soggetti interessati all'atto conclusivo dello stesso, è stato pienamente raggiunto e alle due emittenti private è stata offerta anche la possibilità di presentare, dopo la

conclusione dell'incontro, osservazioni scritte a completamento di quelle già svolte oralmente.

Di detta facoltà si è infatti avvalsa RTI, presentando in data 27 giugno 2005 e, quindi, pochi giorni dopo la riunione una nota di osservazioni di cui l'Autorità ha preso visione prima di determinarsi, ma non anche Rai, i cui rappresentanti hanno evidentemente ritenuto di nulla dover aggiungere a quanto già esposto verbalmente.

Data la premessa, la conseguenza è duplice: a) non risponde al vero che la ricorrente Rai non sia stata messa in condizione di presentare osservazioni scritte; b) non è consentito alla stessa di proporre in sede giurisdizionale come motivi di doglianza questioni e riserve che avrebbe potuto diligentemente sollevare in sede amministrativa, in forma sia orale che scritta, e sulle quali nei suoi scritti difensivi non ha mai affermato di aver inutilmente richiamato, nella suddetta sede, l'attenzione dell'Autorità;

b) priva di pregio è anche la censura volta a denunciare il mancato coinvolgimento, nel procedimento conclusosi con la cit. delibera n. 264/05/Cons, dei rappresentanti dei fornitori di contenuti indipendenti e delle associazioni degli utenti.

Una breve notazione preliminare appare peraltro necessaria al fine del decidere.

L'Autorità ha depositato in atti gli atti del procedimento conclusosi con la delibera n. 136/05/Cons, che contengono anche il resoconto degli interventi svolti dai partecipanti nel corso della riunione conclusiva e le diverse argomentazioni da ciascuno di essi svolte a difesa

delle proprie ragioni. In detto resoconto figura anche il testo dell'ampio intervento dei rappresentanti Rai che hanno articolatamente e lucidamente esposto le posizioni della concessionaria sui singoli punti oggetto del preannunciato intervento dell'Autorità, dichiaratamente volto a ridisciplinare l'intero settore radiotelevisivo sulla base dei principi del pluralismo, della concorrenza e della trasparenza. Si tratta di problematiche afferenti al rito e al merito e costituenti la base delle censure successivamente dedotte con più ampio respiro contro l'atto conclusivo del procedimento, ma fra di esse non figura quella che attiene alla partecipazione pubblica, di cui evidentemente la ricorrente Rai al momento non avvertiva l'esigenza, e la cui mancanza non forma neppure oggetto di censura nel ricorso proposto per il suo annullamento. La doglianza è stata per la prima volta dedotta in sede di impugnazione della delibera n. 264/05/Cons, recante disposizioni dichiaratamente attuative di soli due articoli di quella precedente.

Ciò premesso la censura è da disattendere atteso che detta partecipazione non era affatto richiesta in un procedimento che, in un ambito ristretto e ben definito, era finalizzato a dare attuazione a principi e regole prefissati da un atto generale precedente.

Aggiungasi che la ricorrente non si è neppure preoccupata di indicare quali erano le associazioni rappresentative che avrebbero dovuto essere invitate e se, in particolar modo per i fornitori di contenuti, esistevano associazioni rappresentative dei loro interessi, già costituite ed effettivamente operanti.

13. Come si è detto in narrativa la ricorrente Rai con atto notificato in data 7 aprile 2006 e depositato il successivo 21 aprile ha proposto ulteriori motivi aggiunti avverso la delibera dell'Autorità n. 55/06/Cons dell'1 febbraio 2006, recante approvazione dello "schema di linee-guida sul contenuto degli ulteriori obblighi del servizio pubblico generale radiotelevisivo" e ne ha denunciato la illegittimità in quanto affetta dai medesimi vizi ricorrenti nella predente delibera n. 136/05/Cons e denunciati con il ricorso principale.

In effetti dal testo dei motivi ora in esame non risulta se gli stessi sono stati proposti al fine di ottenere l'annullamento anche della delibera innanzi richiamata, come sarebbe logico ritenere atteso che essi comunque completano l'impostazione data dalla Rai alla difesa delle sue ragioni nell'ambito di un giudizio impugnatorio-annullatorio e sono stati ritualmente notificati alle parti in causa, ovvero se devono ritenersi più semplicemente finalizzati a comprovare, con una produzione documentale successiva, le illegittimità di atti già ritualmente e tempestivamente impugnati, il che è conclusione quanto meno dubbia atteso che in questo caso sarebbe stato sufficiente il mero deposito della suddetta delibera, eventualmente accompagnata da una memoria esplicativa.

Peraltro, in ambedue i casi i motivi aggiunti ora in esame devono ritenersi inammissibili quale che sia lo scopo con essi perseguito: l'atto endoprocedimentale, essendo privo di autonoma capacità lesiva, è impugnabile solo unitamente all'atto che conclude il procedimento; l'illegittimità di un provvedimento può essere desunta e

comprovata con riferimento a fatti ed atti intervenuti nel corso del procedimento ad esso preordinato, e non a quelli, come nella specie, successivi alla sua adozione e quindi estranei al suo *iter* formativo.

14. Ciò premesso, il ricorso n. 4627/05 deve essere respinto.

15. Si può quindi passare all' esame del successivo ricorso n. 9678/06, con il quale la Rai impugna la delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 322/06/Cons del 30 maggio 2006, recante "Approvazione dei programmi tecnici di Rai e RTI ai sensi della delibera 136/05/Cons".

Con un primo gruppo di motivi, dichiaratamente proposti in via principale, la Rai deduce l'illegittimità di detta delibera che, a suo avviso, avrebbe approvato a determinate condizioni e comunque tardivamente un piano per accelerare la conversione degli impianti di radio-diffusione televisiva delle sue tre reti analogiche in tecnica digitale, piano che l'Autorità erroneamente assume esserle stato da essa trasmesso in ottemperanza alla delibera n. 136/05/Cons.

Infine, con un secondo gruppo di motivi, dichiaratamente proposti in via graduata, la ricorrente deduce l'illegittimità della stessa delibera n. 322/06/Cons per illegittimità derivata dai vizi che inficiano la delibera 136/05/Cons, già impugnata con il ricorso n. 4627/05, di cui ripropone i motivi.

Principiando dall'esame dei motivi proposti in via principale il Collegio ritiene che non sia meritevole di positiva valutazione la prima censura dedotta con il primo motivo d'impugnazione, con la quale la Rai

denuncia l'erroneo presupposto sul quale si fonda l'impugnata delibera n. 322/06/Cons, e cioè che il piano con la stessa approvato sarebbe stato da essa trasmesso all'Autorità in ottemperanza a quanto disposto dalla delibera 136/05/Cons.

Nelle pagine che precedono, definendo il ricorso n. 4627/05, il Collegio ha chiarito che detta delibera, recante "Interventi a tutela del pluralismo ai sensi della L. 3 maggio 2004 n. 112", è stata adottata a seguito di un procedimento avviato dal Consiglio dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con la delibera 326/04/Cons e finalizzato, ai sensi dell'art. 14 L. n. 112 del 2004, all'accertamento della sussistenza di posizioni dominanti nel Sistema integrato delle comunicazioni.

L' art. 1, primo comma, della predetta delibera 136/05/Cons ha previsto, ai sensi dell'art. 2, settimo comma, L. 31 luglio 1997 n. 249, una serie di obblighi a carico della Rai, e cioè:

a) accelerare la digitalizzazione delle reti televisive terrestri anche mediante la predisposizione in tecnica digitale di tutti gli impianti operanti in tecnica analogica alle condizioni di cui al precedente primo comma;

b) destinare capacità trasmissiva a fornitori indipendenti di contenuti, nell'ambito della quota del 40% della capacità trasmissiva delle reti digitali terrestri di cui all'art. 2 *bis*, primo comma, quinto periodo, D.L. 23 gennaio 2001 n. 5, convertito con modificazioni dalla L. 20 marzo 2001 n. 66, alle condizioni di cui all'art. 2, secondo comma, della stessa delibera;

c) contribuire alla maggiore diffusione della tecnologia digitale terrestre con un nuovo programma generalista, attrattivo in termini di *audience* e privo di pubblicità su reti digitali secondo le condizioni di cui all'art. 2, quarto comma, della succitata delibera.

Al fine di dare esecuzione all'obbligo indicato *sub a)* il successivo art. 2 ha disposto la predisposizione, da parte sia di Rai che di RTI, di un "programma tecnico opportunamente articolato volto ad accelerare la transazione al digitale terrestre mediante l'utilizzo razionale delle frequenze che preveda, in particolare, la predisposizione di tutti gli impianti operanti in tecnica analogica per la tecnica digitale terrestre". Sempre secondo la prescrizione succitata detto programma doveva essere presentato, entro il 30 giugno 2005, all'Autorità, che lo avrebbe approvato entro due mesi sentito il Ministero delle comunicazioni, e realizzato entro nove mesi dalla sua approvazione.

In data 30 giugno 2005 la Rai ha trasmesso il suo programma all'Autorità, specificando però che tale invio non era effettuato in adempimento a quanto disposto dalla delibera 136/05/Cons. Detta precisazione era riportata nell'introduzione allo stesso documento, nella quale si chiariva anche che le misure previste nella predetta delibera 136/05/Cons "non sono configurate come un atto di imperio dell'Autorità ma costituiranno il frutto di una procedura concertata tra l'Autorità e le imprese destinatarie del provvedimento, che saranno coinvolte nella modulazione del contenuto delle misure".

Sulla base di questa premessa la Rai ha concluso nel senso che "il

presente documento definisce, pertanto, le proposte tecniche della Rai ai fini del previsto tavolo tecnico ed ha lo scopo primario di fornire a questa Autorità le informazioni inerenti la struttura della rete attuale e le evidenze delle principali modifiche da operare per la conversione a digitale. Questo al fine di elaborare, *successivamente ed in un tavolo congiunto*, un piano definitivo di migrazione delle reti analogiche, pienamente condiviso e che tenga conto sia delle tempistiche e le analisi di fattibilità della migrazione totale al digitale che del piano di investimenti necessario e del suo relativo impatto economico e finanziario sui conti aziendali e sulle condizioni che regolano l'attuale rapporto tra Ministero e Rai per le prestazioni inerenti il Servizio pubblico”.

Nella stessa lettera di trasmissione del documento all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni la Rai ha ribadito che l’inoltro era fatto “a prescindere dalle previsioni della delibera n. 136/05/Cons” e che lo stesso conteneva solo “proposte tecniche della concessionaria del servizio pubblico generale radiotelevisivo per favorire l’avvio di un tavolo tecnico in relazione alla transazione al digitale terrestre”.

Nonostante queste precisazioni l’Autorità ha ritenuto detto documento inviato in esecuzione di quanto disposto dall’art. 2 della delibera n. 136/05/Cons.

Con successiva delibera n. 164/06/Cons del 22 marzo 2006, avente ad oggetto “Schema di provvedimento recante approvazione dei programmi tecnici di Rai e RTI ai sensi della delibera 136/05/Cons” - assunta in esecuzione della precedente delibera 163/06/Cons, che a-

veva approvato un atto di indirizzo in forma di programma di interventi per favorire l'utilizzazione razionale e pluralista delle frequenze destinate ai servizi radiotelevisivi nella prospettiva della conversione alla tecnica digitale - l'Autorità ha adottato uno schema di approvazione del piano della Rai (e di quello di RTI) e lo ha trasmesso al Ministero delle comunicazioni che, in data 28 aprile 2006, ha rilasciato il proprio parere tecnico di massima di segno positivo.

Ciò chiarito in punto di fatto il Collegio ritiene corretto il *modus procedendi* seguito dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Non è dubbio, infatti, che il documento trasmesso dalla Rai era completo nel suo contenuto e pienamente corrispondente a quanto richiesto dal cit. art. 2 della delibera 163/06/Cons, tanto è vero che nella sua introduzione si legge che esso "si pone l'obiettivo di predisporre un programma tecnico per la transazione al digitale terrestre, come richiesto nella delibera 136/05/Cons".

Un puntuale esame del contenuto di detto documento conferma questa conclusione.

La Rai si è infatti preoccupata innanzi tutto di chiarire il procedimento che avrebbe dovuto essere seguito, precisando che la conversione al digitale sarebbe dovuta avvenire con la predisposizione di un piano di sostituzione degli attuali apparati analogici con quelli digitali, opportunamente declassati di potenza ed operanti sulle stesse frequenze (par. 4.1.1), ed avrebbe comportato una capacità trasmissiva complessiva di circa 70 Mbit/s (par. 4.1.2).

Ha quindi quantificato l'attuale consistenza della rete televisiva ana-

logica dei canali Rai 1, Rai 2 e Rai 3, formata da circa 1900 siti di diffusione, suddivisi in trasmettitori e ripetitori.

Ha affrontato inoltre la delicata questione relativa alla compatibilità della rete attuale con quella in Digital Terrestrial Television, segnalando che il 25% degli impianti avrebbe potuto essere mantenuto, seppure con le modifiche necessari al fine di compatibilizzare gli apparati, mentre il restante 75% degli impianti avrebbe dovuto essere completamente sostituito con apparati nuovi di tipo digitale.

Ha quindi chiarito che la trasformazione in digitale delle reti Rai avrebbe coinvolto anche un notevole numero di reti locali destinate alla diffusione di programmi per le minoranze linguistiche e volte a valorizzare le culture locali e l'informazione regionale, come previsto dal Contratto di servizio tra il Ministero delle comunicazioni e la stessa Rai.

Ha infine concluso nel senso che gli ingenti investimenti finanziari, che sarebbe stata costretta ad effettuare per assicurare la realizzazione dello *switch over*, avrebbero reso necessario "definire nelle sedi preposte un riesame critico delle condizioni che sottendono al Contratto" di servizio, tenendo conto dell'impegno economico-finanziario da sostenere nei prossimi mesi.

Ha da ultimo aggiunto che "un elemento essenziale da ribadire è rappresentato dal fatto che i tempi di attuazione del piano di *switch over* non potranno non tenere conto della contemporanea diffusione di idonei strumenti presso le famiglie italiane, in particolare per la disponibilità di un numero sufficiente di decoder sia per il televisore

principale sia per ulteriori apparecchi TV presenti nelle famiglie ovvero della disponibilità di apparecchi TV di nuova generazione già dotati di decoder integrato”.

Ciò chiarito - e considerato che l'art. 2 della delibera 136/05/Cons, nel disporre che il programma “deve essere presentato entro il 30 giugno 2005” non lascia sul punto alcun margine alla possibilità di un confronto tra gli operatori onerati (*id est* la Rai e RTI) e l'Autorità – è ragionevole concludere nel senso che quest'ultima, una volta ricevuto il documento, non poteva che trasmetterlo al Ministero delle comunicazioni e procedere alla successiva approvazione. In altri termini, escluso che il contenuto del piano tecnico relativo alla transizione dalla tecnologia analogica a quella digitale potesse essere oggetto di concertazione, l'Autorità era obbligata, perché autovincolatasi ai sensi del cit. art. 2 della delibera 136/05/Cons, ad approvarlo.

Un ultimo rilievo appare al Collegio significativo al fine della decisione che deve assumere.

Come già precedentemente chiarito l'art. 1 della delibera 136/05/Cons ordinava alla Rai, tra l'altro, di contribuire alla maggiore diffusione della tecnologia digitale terrestre con un nuovo programma generalista attrattivo in termini di *audience* e privo di pubblicità su reti digitali, secondo le condizioni di cui all'art. 2, quarto comma, della stessa delibera.

Per adempiere a tale incumbente la Rai avrebbe dovuto, ai sensi del successivo art. 2, punto 4, predisporre e trasmettere all'Autorità, entro il 30 giugno 2005, il piano editoriale del programma. Non condi-

videndo tale imposizione la Rai, diversamente da quanto ha fatto nella vicenda contenziosa in esame, ha chiaramente manifestato tale dissenso non predisponendo - e, quindi, non inviando - alcun documento.

16. Afferma ancora la Rai (primo motivo, seconda parte, e quarto motivo) che illegittimamente l'Autorità le avrebbe imposto un onere, *id est* l'esecuzione del piano tecnico, non inserito nel Contratto di servizio, unica fonte, oltre alla legge, di obblighi per il concessionario del servizio pubblico radiotelevisivo.

Adduce, a supporto di tale assunto, che l'art. 45 del Testo unico n. 177 del 2005 dispone, al primo comma, che il servizio pubblico radiotelevisivo è svolto dalla Rai sulla base del Contratto nazionale di servizio stipulato con il Ministero delle comunicazioni, mentre al secondo comma, lett. m), individua tra le attività rientranti nel servizio pubblico "la realizzazione, nei termini previsti dalla L. 3 maggio 2004 n. 112, delle infrastrutture per la trasmissione radiotelevisiva su frequenze terrestri in tecnica digitale". Dal combinato disposto del primo e del secondo comma la ricorrente trae la conferma che il passaggio dalla tecnica analogica a quella digitale, rientrando tra le attività proprie del servizio pubblico, deve essere regolamentato dal Contratto di servizio e non unilateralmente dall'Autorità.

Sempre ad avviso della ricorrente, ad analoga conclusione condurrebbe l'esame dell'art. 17 L. n. 112 del 2005, il cui primo comma precisa che la Rai svolge il servizio pubblico radiotelevisivo in concessione sulla base di un Contratto nazionale di servizio stipulato con

il Ministero delle comunicazioni, mentre al secondo comma, lett. m), include nel servizio pubblico la realizzazione delle infrastrutture per la trasmissione radiotelevisiva su frequenze terrestri in tecnica digitale.

Ritiene il Collegio che a confutazione delle tesi della Rai in ordine ai poteri dell'Autorità e al ruolo che nella regolamentazione dell'attuale sistema radio televisivo spetta al Contratto di servizio, può ritenersi sufficiente il mero richiamo alle considerazioni già svolte in sede di definizione del ricorso n. 4527/05, che devono intendersi integralmente confermate unitamente alle conclusioni alle quali esse hanno condotto.

Una precisazione appare però necessaria, atteso che la ricorrente ha fatto espresso richiamo all'ordinanza collegiale di questa Sezione n. 1436 del 9 marzo 2006, in essa individuando una riprova della denunciata illegittimità dell'impugnata delibera 332/06/Cons, i cui effetti erano stati cautelatamente e provvisoriamente sospesi ma limitatamente alla imposizione fatta alla Rai di predisporre "un nuovo programma generalista attrattivo in termini di *audience* e privo di pubblicità su reti digitali terrestri".

Il Collegio ritiene tale richiamo inconferente, avendo detta ordinanza accolto l'istanza cautelare per la "dubbia logicità e compatibilità, specie finanziaria, con gli oneri del servizio pubblico, dell'ordine, rivolto alla Rai di predisposizione di un piano editoriale di un programma generalista attrattivo in termini di *audience* e privo di pubblicità su reti digitali terrestri [prevista dagli artt. 1, primo comma, lett. c), n. 1 e 2, quarto comma, delibera 136/05/Cons], la cui efficacia risulta però

condizionata dalla previa deliberazione adottata d'intesa dall'A.G.COM. e dal Ministro delle comunicazioni, ai fini di quanto previsto dall'art. 17, quarto comma, L. 3 maggio 2004 n. 112, in merito alle linee guida sul contenuto degli ulteriori obblighi del servizio pubblico radiotelevisivo”.

Nella fattispecie, infatti, i dubbi sulla legittimità dell'obbligo incombente sulla RAI di predisporre “un nuovo programma generalista attrattivo in termini di *audience* e privo di pubblicità su reti digitali terrestri” si erano manifestati in relazione a quanto disposto dall'art. 3, secondo comma, della stessa delibera, nella parte in cui condizionava l'efficacia del programma alla previa adozione, da parte dell'Autorità e del Ministero delle comunicazioni, delle linee guida sul contenuto degli ulteriori obblighi del servizio pubblico generale radiotelevisivo, condizione, questa, che non è stata prevista anche in relazione al programma tecnico relativo alla transazione al digitale terrestre.

17. Non meritevole di positiva valutazione è anche la prima censura del secondo motivo, con la quale si afferma che l'Autorità avrebbe adottato l'impugnata delibera 322/06/Cons quando aveva ormai perso il relativo potere, essendo inutilmente trascorsi i due mesi previsti dall'art. 2, primo comma, per l'approvazione del piano trasmesso dalla Rai e da RTI.

E' agevole infatti opporre, richiamando principi enunciati dalla Corte costituzionale (17 luglio 2002 n. 355 e 23 luglio 1997 n. 262), che la mancata osservanza del termine di trenta giorni previsto dall' art. 2 L. 7 agosto 1990 n. 241 o di quello differente individuato dalla stessa

Amministrazione per concludere il procedimento iniziato d'ufficio non comporta *ex se*, in difetto di espressa previsione, la decadenza dal potere ma vale a connotare in termini di illegittimità il comportamento pubblico, autorizzando i soggetti interessati ad insorgere per la tutela delle proprie situazioni soggettive con i rimedi che l'ordinamento appresta in simili ipotesi (dal risarcimento dell'eventuale danno subito dal privato per l'omissione o il ritardo con il quale l'Amministrazione ha chiuso il procedimento all'esecuzione del giudicato che abbia accertato l'inadempienza della Pubblica amministrazione).

A queste conclusioni è pervenuto anche il giudice amministrativo (Cons.Stato, VI Sez., 30 dicembre 2005 n. 7623; IV Sez., 10 giugno 2004 n. 3741; VI Sez., 13 maggio 2003 n. 2533), secondo il quale il termine assegnato all'Amministrazione per concludere il procedimento avviato d'ufficio ha natura ordinatoria ove non sia diversamente disposto.

Questi principi, utilizzati nella disamina della fattispecie in esame, portano a concludere che non costituisce vizio di illegittimità della delibera impugnata, tale da determinarne l'annullamento giurisdizionale, la circostanza che la stessa sia stata adottata oltre il prescritto termine di due mesi, rimanendo in ogni caso l'Autorità titolare del potere di decidere e non avendo la stessa Rai alcun interesse a censurare il ritardo in sé, che anzi le consentiva di rinviare nel tempo l'inizio della transizione dalla tecnica analogica a quella digitale, in tal modo indirettamente raggiungendo l'obiettivo primario da essa coltivato.

18. Priva di pregio è anche la seconda censura, dedotta sempre con

il secondo motivo, che ricollega l'illegittimità del provvedimento impugnato alla mancata previa comunicazione dell'avviso di rigetto, ai sensi dell'art. 10 *bis* L. 7 agosto 1990 n. 241.

Tale norma, infatti, prevede l'obbligo in capo all'Amministrazione di comunicare tempestivamente al privato i motivi ostativi all'accoglimento di una domanda da questi presentata. Si riferisce, quindi, ai soli procedimenti iniziati ad istanza di parte. Nel caso in esame la Rai non ha presentato all'Autorità alcuna istanza, non potendosi certamente considerare tale il programma di transazione al digitale terrestre il quale, come già chiarito, costituisce piuttosto adempimento di un obbligo imposto dal Garante con la delibera 136/05/Cons.

19. Con il terzo motivo la Rai afferma l'illegittimità per illogicità manifesta del combinato disposto dell'art. 1, commi primo e quarto, della impugnata delibera, nella parte in cui prevedono l'obbligo per la Rai di predisporre una copertura pari all'80% della popolazione, inclusi tutti i capoluoghi di provincia, entro nove mesi dalla data di approvazione della stessa delibera, *id est* entro il febbraio 2007.

Al fine del decidere il Collegio ritiene necessario una breve precisazione.

L'art. 2 *bis* D.L. 23 gennaio 2001 n. 5, convertito in L. 20 marzo 2001 n. 66, aveva previsto, al quinto comma, che le trasmissioni televisive dei programmi e dei servizi multimediali su frequenze terrestri dovessero essere irradiate esclusivamente in tecnica digitale entro l'anno 2006. In ragione di tale termine, con delibera 136/05/Cons

era stata prevista la predisposizione di tutti gli impianti per il passaggio dalla tecnica analogica a quella digitale. Per la realizzazione del programma era stato assegnato il termine di nove mesi dalla sua approvazione. La stessa Autorità, nell'audizione alla Camera del 10 settembre 2003, dopo aver sottolineato che la diffusione dei decoder, e quindi il dato dell'effettiva ricevibilità dei nuovi programmi digitali, costituisce "elemento di essenziale rilevanza" aveva aggiunto che tale diffusione, "anche tenendo conto degli effetti delle politiche pubbliche di incentivazione all'acquisto (...), non potrà realisticamente assumere una dimensione significativa prima di sette, otto anni". In considerazione di tali difficoltà, l'art. 19 D.L. 30 dicembre 2005 n. 273, convertito in L. 23 febbraio 2006 n. 51, ha prorogato il termine del 2006 al 2008. Con l'impugnata delibera 322/06/Cons l'Autorità ha deciso, in considerazione della nuova data di *switch off* dell'analogico, di graduare il processo di predisposizione al digitale degli impianti analogici accompagnandolo con un processo di verifica dell'attuazione dei piani dell'assegnazione delle frequenze. Sempre in considerazione del più lungo tempo normativamente previsto per il passaggio al digitale (2008) ha ritenuto ragionevole la conversione del solo 80% degli impianti nei nove mesi che erano stati previsti dalla delibera 136/05/Cons.

Il Collegio ritiene che tale previsione non sia viziata per manifesta illogicità, unica ipotesi che la renderebbe sindacabile in sede di legittimità, trattandosi di termine che è già stato prorogato una prima volta in considerazione delle obiettive difficoltà connesse alla transazio-

ne. E' proprio la circostanza che il termine in questione (nove mesi) fosse già stato prorogato una volta che lo rende congruo: non è infatti un'operazione che la RAI si trova all'improvviso a dover affrontare, atteso che il gestore del servizio pubblico avrebbe dovuto essere pronto allo *switch-off* già per il 2006. Aggiungasi che nella delibera impugnata l'Autorità ha evidentemente considerato anche le esigenze dei soggetti obbligati (Rai e RTI), predisponendo la graduazione del processo di predisposizione al digitale e riducendo l'iniziale copertura totale all' 80% della popolazione.

E' ben vero, come afferma la ricorrente, che tale termine potrebbe non essere ragionevole ove la data di transizione slittasse al 2012. Si tratta però di una circostanza non ancora verificatasi, possibile alla luce del disegno di legge che nuovamente posticipa, questa volta al 30 dicembre 2012, la data del passaggio dalla tecnica analogica a quella digitale ma di cui l'Autorità non poteva tener conto al momento in cui ha adottato la delibera 322/06/Cons, potendosi nell'esercizio dei suoi poteri basare solo su dati certi e non su mere probabilità o possibilità. Si tratta peraltro di una circostanza fattuale di non scarsa importanza, che se - anche alla luce del principio secondo cui la legittimità dell'atto amministrativo va verificata con riferimento alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione - non può indurre questo Collegio a ravvisare un profilo di illegittimità della predetta delibera, potrà certamente essere valutata dall'Amministrazione nell'eventualità in cui fosse la Rai a chiedere una proroga del termine stesso.

20. Una volta esaminati e definiti negativamente i motivi proposti in via principale dalla Rai e passando allo scrutinio dei motivi con i quali vengono dedotti vizi della delibera 136/05/Cons, che inficerebbero in via derivata la successiva delibera n. 322/06/Cons, il Collegio ne riconferma l'infondatezza per le ragioni già esposte in sede di disamina del ricorso n. 9678/06

21. Per le ragioni che precedono i ricorsi nn. 4627/05 e 9678/06 devono essere respinti.

Quanto alle spese di giudizio, può disporsene l'integrale compensazione fra le parti costituite in giudizio.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO -

SEZIONE TERZA TER

definitivamente pronunciando sui ricorsi nn. 4627/05 e 9678/06 proposti, come in epigrafe, dalla Rai Radiotelevisione Italiana s.p.a.: a) li riunisce; b) li respinge.

Compensa integralmente tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 15 febbraio 2007, dal

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO, SEZIONE

TERZA TER

in Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:

Francesco Corsaro

Presidente

Giulia Ferrari

Componente - Estensore