



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni
Servizio Giuridico

Napoli, 1 luglio 2004

Prot:SGTUR/drg/ 1601 /04

All'Avv. Gilberto Nava
Direttore del Dipartimento
Vigilanza e Controllo

E.p.c.

Al Cons. Alessandro Bono
Segretario Generale

SEDE

Rif.: Nota prot. 805/DveC/04 del 29 aprile 2004

Oggetto: Divieto di posizioni dominanti. Applicabilità dell'art. 1, comma 31, della legge 31 luglio 1997, n. 249. Richiesta di parere.

Con nota indicata a margine è stato chiesto a questo Servizio di esprimere un parere in merito alla "possibilità di applicare [alle società RAI S.p.A., Publitalia 80 S.p.A. e RTI S.p.A.] le sanzioni di cui all'art. 1, comma 31¹, della legge n. 249/97 [...] a

seguito degli accertamenti relativi al superamento delle soglie previste dall'art. 2, comma 8, della medesima legge".

1. Codesto Dipartimento fa riferimento al contenuto della delibera n. 226/03/CONS del 27 giugno 2003, con la quale l'Autorità ha accertato che *"le società RAI S.p.A., Publitalia 80 S.p.A. e RTI S.p.A., per il triennio 1998-2000, hanno superato i limiti di cui all'art. 2, comma 8, della legge n. 249/97", deliberando "di effettuare formale richiamo alle [predette società] affinché non pongano in essere atti o comportamenti vietati ai sensi dell'art. 2 della legge n. 249/97, riservandosi l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2, comma 7, della legge n. 249/97 all'esito dell'analisi della distribuzione delle risorse economiche del settore televisivo negli anni 2001, 2002 e 2003".*

Come noto, con delibera n. 117/04/CONS del 30 aprile 2004 è stata disposta la *"conclusione dell'attività di analisi della distribuzione delle risorse economiche nel settore televisivo, relativa agli anni 2001, 2002 e 2003, avviata con delibera n. 226/03/CONS"* con l'accertamento del *"superamento da parte delle società RAI S.p.A., RTI S.p.A. e Publitalia 80 S.p.A. dei limiti di cui all'art. 2, comma 8, della legge n. 249/97, così come già accertato, per gli anni 1998, 1999 e 2000"* ed è stato altresì dato incarico al Commissario relatore *"di esaminare, riferire e proporre al Consiglio in merito alle misure da adottarsi ai sensi della legge n. 249/97 in relazione agli accertamenti di cui al comma 1, anche alla luce dei mutamenti del quadro normativo di riferimento e dei risultati dell'esame in corso da parte dell'Autorità della complessiva offerta di programmi televisivi digitali terrestri previsto dalla legge n. 43/2004"*.

Secondo la ricostruzione proposta da codesto Dipartimento, la condotta posta in essere dalle predette società nei tre anni successivi (2001, 2002 e 2003), sancita dalla delibera n. 117/04/CONS, si pone pertanto in violazione dello specifico precetto stabilito dalla delibera n. 226/03/CONS, qualificandosi come *"inottemperanza al provvedimento n. 226/03/CONS"*, ed in particolare al *"formale richiamo"* ivi previsto. Talc monito – ad avviso di codesto Dipartimento – assume le caratteristiche di un vero e proprio provvedimento, *"atto giuridico di diritto pubblico a rilevanza esterna legittimamente compiuto dall'Autorità nell'esercizio di una potestà amministrativa attribuita dalla legge n. 249/97"*.

Tale assunto risulterebbe suffragato – rileva il Dipartimento – anche dalla circostanza che il “*pubblico richiamo previsto all’art. 14, comma 3^o, del d.d.l. n. 2175-B-bis [legge 3 maggio 2004, n. 112, cd. Gasparri] potrebbe anche essere considerato un atto necessario di un più ampio procedimento che si conclude con l’applicazione dell’art. 2, comma 7^o. E come tale, a maggior ragione, si confermerebbe la natura provvedimentale dell’atto che diviene impugnabile dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio per i profili ritenuti illegittimi dai soggetti che si potrebbero ritenere lesi*”.

2. La ricostruzione proposta non risulta condivisibile, per le ragioni che di seguito si espongono.

In primo luogo il già citato art. 1, comma 31, della legge n. 249/97 ricollega l’applicazione delle sanzioni previste all’inottemperanza a provvedimenti (ivi compresi gli ordini e le diffide cui si riferisce la prima parte della norma) adottati in ordine alla violazione delle norme sulle posizioni dominanti. Il “*formale richiamo*” contenuto all’art. 1, comma 1, della delibera n. 226/03/CONS, oltre a non essere tipizzato, non è un

provvedimento amministrativo destinato a riverberarsi (negativamente) nella sfera giuridica dei destinatari; difetta quindi nel caso di specie il carattere dell'autoritarità tipico dei provvedimenti amministrativi, presupposto per l'ammissibilità di un'eventuale impugnazione.

Il richiamo formale contenuto nella delibera n. 226/03/CONS sembra invece potersi qualificare piuttosto come strumento di "moral suasion", utilizzato per esempio nell'ordinamento bancario, come strumento alternativo rispetto all'instaurazione di un procedimento formale ed avente carattere interlocutorio, finalizzato ad una regolarizzazione «spontanea» da parte del soggetto sottoposto a poteri di vigilanza e di controllo da parte dell'Autorità di settore. Si tratta quindi di un intervento che consente all'Autorità di orientare il comportamento degli operatori inducendoli a comportamenti conformi alla normativa di settore senza ricorrere all'esercizio dei poteri formalmente attribuiti ed aventi carattere autoritativo. Il carattere interlocutorio, sopra evidenziato, si può apprezzare in particolare nel caso di specie, poiché ai sensi dell'art. 1, comma 2, della predetta delibera l'Autorità si è comunque riservata di adottare i provvedimenti di cui all'art. 2, comma 7, all'esito delle analisi relative al triennio 2001/2003.

D'altronde, che l'Autorità non intendesse adottare un provvedimento conseguente al rilevato "sforamento" si ricava peraltro dalla stessa motivazione della delibera n. 226/02/CONS, al punto 1), ultima frase: "[...] L'Autorità ritiene che gli eventuali provvedimenti previsti dall'art. 2, comma 7 debbano essere adottati successivamente all'attuazione delle previsioni contenute nell'art. 3, comma 9 e dell'art. 3, comma 7 della legge n. 249/97"

Si tratta, alla luce di quanto rilevato, di un "monito", privo degli elementi caratteristici del provvedimento amministrativo, fra cui, *in primis*, l'imperatività, la concretezza e l'esecutorietà, e che si è sostanziato, nella fattispecie, nell'esortazione a non assumere, per il futuro, atti o comportamenti in violazione del precetto richiamato (l'art. 2 della legge n. 249/97). Tuttavia, l'atto di "moral suasion" (sotto forma di ammonimento, esortazione, richiamo), ancorché privo di contenuto coercitivo, deve essere attentamente considerato dai soggetti cui è rivolto, in quanto preannuncia l'adozione di un provvedimento autoritativo tipico. Il richiamo, dunque, nonostante il suo carattere

interlocutorio, condiziona "de facto" l'agire del destinatario, anche in considerazione dell'autorevolezza del soggetto da cui proviene il richiamo⁴.

Strumento analogo è stato peraltro già utilizzato, in passato, dall'Autorità. Si tratta della delibera n. 245 del 6 ottobre 1999, adottata in seguito all'esposto presentato dalla Lista Pannella il 22 luglio 1999, per richiamare la Rai ad una puntuale attuazione delle norme in materia di informazione politica e delle norme in materia di equità di trattamento e di parità di accesso nelle trasmissioni relative alle campagne referendarie promosse dalla Lista Pannella.

In quell'occasione il TAR del Lazio, chiamato a pronunciarsi sul ricorso proposto dalla Rai, oltre che dalla Lista Marco Pannella, aveva rilevato che il richiamo rivolto alla concessionaria Rai ad una puntuale attuazione, per il futuro, delle norme in materia di informazione politica, non aveva *"attitudine a ledere gli interessi"* della concessionaria, *"sostanzandosi in una semplice esortazione a prestare una maggiore attenzione alle tematiche sollevate dalla esponente, e quindi in un mero stimolo, privo di effetti giuridici, diretto soltanto a sensibilizzare la destinataria"* (TAR del Lazio, Sez. I, sentenza n. 394/2002). Il Consiglio di Stato, Sezione VI, con sentenza n. 4010 del 2003, ha in seguito confermato la valutazione del giudice di prima istanza, ritenendo che il richiamo formale contenuto nel provvedimento impugnato non fosse idoneo *"a sortire un effetto di lesione degli interessi, attuali e futuri"* della concessionaria del servizio pubblico.

Nel caso in esame il *"richiamo formale"* contenuto nella delibera n. 226/03/CONS costituisce un atto atipico non previsto da alcuna disposizione normativa, a differenza di quanto avviene, per esempio, per il *"richiamo"* inflitto dal procuratore generale della Corte d'appello competente per territorio nell'ambito del procedimento di cui all'art. 24 della legge 9 ottobre 1970 n. 740, per il *"richiamo"* (orale o scritto) previsto dalla disciplina stabilita dall'art. 70 della legge 1° aprile 1981 n. 121, o per il *"richiamo scritto"* quale sanzione disciplinare che il Consiglio dell'Ordine può applicare secondo quanto disposto dall'art. 22 della legge 29 maggio 1967 n. 402.

A ciò si aggiunga la considerazione che l'atto di pubblico richiamo contemplato dall'art. 14, comma 3, della legge 3 maggio 2004, n. 112 (cd. Gasparri), citato nella richiesta di parere a conforto della tesi della natura provvedimento del "formale richiamo" della delibera n. 226/03/CONS, costituisce invece un argomento in favore della tesi opposta: è infatti soltanto con la legge citata che l'atto di pubblico richiamo assurge, nel nostro ordinamento, a provvedimento tipico nell'ambito del procedimento disciplinato dal predetto art. 14.

3. A prescindere poi dalla qualificazione in termini di provvedimento amministrativo o meno del predetto richiamo, e della valutazione circa l'attitudine di tale richiamo a sortire effetti nella sfera giuridica dei destinatari, occorre poi verificare se nel caso di specie possa ritenersi sussistente una "inottemperanza" del provvedimento da parte delle società in questione (RAI S.p.A., Publitalia S.p.A. e RTI S.p.A.).

Ad avviso di codesto Dipartimento, lo "sfioramento" anche per il triennio 2001-2003 dei limiti fissati, per le risorse, all'art. 2, comma 8, della legge n. 249/97, rilevato nella delibera n. 117/04/CONS, sostanzierebbe violazione del precetto contenuto all'art. 1, par. 2, della delibera n. 226/03/CONS.

In sostanza, la circostanza che le imprese citate nel corso del triennio 2001-2003 (considerato dalla delibera n. 117/04/CONS) non abbiano autonomamente operato dismissioni o interventi sul mercato atti a riportare al di sotto dei limiti fissati la quota di risorse raccolte nel triennio 1998-2000 (riguardato dalla delibera n. 226/03/CONS) si tradurrebbe – secondo la prospettazione di codesto Dipartimento – in una violazione del provvedimento di formale richiamo emesso dall'Autorità.

Anche tale assunto non risulta condivisibile, stante l'assenza di un precetto violato.

A prescindere dalla considerazione che non risultano indicati nel caso di specie quali siano gli "atti o comportamenti vietati" posti in essere, la disposizione della delibera richiamata non contiene un ordine positivo, di deconcentrazione, di inibizione o di rimozione degli effetti, a cui ricollegare le conseguenze previste in caso di inosservanza, ma un'esortazione all'osservanza del contenuto di una norma di legge, di per sé non azionabile – come dimostrato – sotto il profilo sanzionatorio.

Si osserva, infine, che ove si acceda – in ipotesi – alla tesi di codesto Dipartimento, nel senso cioè di attribuire autonoma portata precettiva al richiamo formale contenuto nella delibera n. 226/03/CONS, la conseguenza sarebbe che si dovrebbero accertare ed eventualmente sanzionare, non genericamente, atti e comportamenti posti in

essere nel triennio 2001-2003, ma quelli assunti dal momento della notifica ai soggetti interessati o della pubblicazione della predetta delibera nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (2 agosto 2003, n. 178 - Suppl. Ordinario n. 126).

A tal fine l'accertata crescita dei ricavi delle società in questione, sia nel primo sia nel secondo quadrimestre del 2003, non rappresenta elemento significativo, poiché l'eventuale tempestiva ottemperanza al formale richiamo potrebbe essersi tradotta in misure di carattere organizzativo e gestionale non aventi un effetto immediato sui ricavi. Quello che rileva, ove si voglia sanzionare l'inottemperanza al richiamo, è piuttosto l'accertamento di atti o comportamenti vietati ai sensi dell'art. 2 della legge n.249 del 1997 posti in essere successivamente alla piena conoscenza della delibera n. 226/03/CONS, ma non il dato contabile rappresentato dall'aumento dei ricavi. L'incremento dei ricavi, da rilevarsi attraverso il confronto tra il periodo immediatamente precedente alla conoscenza della delibera contenente il richiamo e quello successivo, assume, in tale contesto un mero valore indiziario.

Alla luce di quanto rilevato, si conclude nel senso di non ritenere applicabili, nel caso di specie, le sanzioni di cui all'art. 1, comma 31, della legge n. 249/97.