



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

N. 5460/06

Reg.Dec.

N. 1630 Reg.Ric.

ANNO 2006

Disp.vo 474/2006

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1630/06, proposto da:

AUTORITA' PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, in
persona del presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura
generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia per legge in Roma, via dei
Portoghesi, n. 12;

contro

PUBLITALIA 80 S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dagli avv. Aldo Frignani e Luigi Medugno, ed
elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma, via
Panama, n. 12;

R.A.I. – RADIOTELEVISIONE ITALIANA S.P.A., in persona del legale
rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Luciani,
Ernesto Sticchi Damiani e Gian Michele Roberti ed elettivamente
domiciliata presso lo studio dei primi due in Roma, via Bocca di Leone, n.
78;

e nei confronti di

CODACONS (COORDINAMENTO DELLE ASSOCIAZIONI E DEI
COMITATI DI TUTELA DELL'AMBIENTE E DEI CONSUMATORI), in

persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Rienzi, ed elettivamente domiciliato presso l'ufficio legale nazionale del Codacons in Roma, viale Mazzini, n. 73;

SIPRA S.P.A. E CENTRO EUROPA 7 S.R.L., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione seconda, 15 dicembre 2005, n. 13767;

visto il ricorso in appello principale;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Publitalia 80 s.p.a., R.A.I. – Radiotelevisione Italiana s.p.a. e Codacons;

viste le memorie prodotte da Publitalia 80 s.p.a. e Codacons;

visti tutti gli atti della causa;

relatore all'udienza pubblica del 14 luglio 2006 il consigliere Carmine Volpe, e uditi l'avv. dello Stato De Stefano per l'Autorità appellante, l'avv. A. Frignani e l'avv. L. Medugno per Publitalia 80 s.p.a., l'avv. M. Luciani e l'avv. E. Sticchi Damiani per R.A.I. – Radiotelevisione Italiana s.p.a. e l'avv. A. Mescia, in delega dell'avv. C. Rienzi, per il Codacons;

ritenuto e considerato quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Il primo giudice, con la sentenza suindicata, ha accolto il ricorso proposto da Publitalia 80 s.p.a. avverso la delibera dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (d'ora in poi Autorità) n. 152/05/CONS in data 7-8 marzo 2005, recante ordinanza-ingiunzione nei confronti della detta

società, ai sensi dell'art. 1, comma 31, della l. 31 luglio 1997, n. 249 e dell'art. 18 della delibera dell'Autorità n. 26/29 in data 23 marzo 1999.

Venivano impugnati anche ogni altro atto anteriore, conseguente, ovvero comunque coordinato e/o connesso a quello sopraindicato, inclusa la delibera dell'Autorità n. 217/01/CONS recante il regolamento concernente l'accesso ai documenti, ove interpretata nel senso che la disciplina in essa contenuta sancisca l'inaccessibilità di alcuno degli atti appartenenti al fascicolo istruttorio formato dall'Autorità.

Con la citata delibera n. 152/05/CONS del 2005 veniva irrogata la sanzione pecuniaria del 2% del fatturato realizzato nell'esercizio 2003 per avere superato i limiti di cui all'art. 2, comma 8, della l. n. 249/1997. La sanzione, in particolare, conseguiva al non avere ottemperato al formale richiamo, di cui alla delibera dell'Autorità n. 226/03/CONS in data 27 giugno 2003, a non porre in essere atti o comportamenti vietati ai sensi dell'art. 2 della l. n. 249/1997.

Il primo giudice, previa reiezione dell'eccezione con cui l'Autorità aveva contestato la partecipazione al giudizio di R.A.I. – Radiotelevisione Italiana s.p.a. sul presupposto che la società sarebbe intervenuta *ad adiuvandum* in mancanza di un interesse qualificato, ha ritenuto fondato il primo motivo di ricorso, del seguente tenore: violazione e falsa applicazione dell'art. 2 e dell'art. 1, comma 31, della l. n. 249/1997; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, errore nei presupposti, nonché per illogicità e contraddittorietà di comportamento. Ha affermato che:

a) il richiamo “a non porre in essere comportamenti vietati dall'art. 2 della L. n. 249/1997” si concreta, in sostanza, in una sorta di ordine a

osservare una specifica disposizione di legge di per sé inderogabile, vincolante e imperativa;

b) il formale richiamo non può essere annoverato in alcun modo nella categoria degli ordini amministrativi;

c) il potere previsto dall'art. 1, comma 31, della l. n. 249/1997 prevede l'irrogazione di una sanzione pecuniaria a seguito di inosservanza di prescrizioni concrete e specifiche dettate dall'Autorità per eliminare una posizione dominante o prevenire il suo formarsi;

d) l'accertata sussistenza di posizioni dominanti, o di comportamenti ritenuti idonei a concretizzare tali situazioni, legittima l'adozione, da parte dell'Autorità, di atti autoritativi e coercitivi, che devono contenere concrete e non astratte misure eliminatorie o inibitorie; tali atti, se inosservati, legittimano l'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 1, comma 31, della l. n. 249/1997;

e) il richiamo ha natura esortativa e non autoritativa, e si differenzia dai provvedimenti conformativi di cui all'art. 2, comma 7, della l. n. 249/1997 anche alla luce del disposto dell'art. 14, comma 3, della l. 3 maggio 2004, n. 112.

Il primo giudice ha quindi dichiarato assorbito l'esame delle altre censure.

2. La sentenza viene appellata dall'Autorità per i seguenti motivi:

1) nullità della sentenza per violazione dei principi sul contraddittorio;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma 7, e dell'art. 1, comma 31, della l. n. 249/1997, nonché dell'art. 14, comma 3, della l. n.

112/2004, e omessa, insufficiente e illogica motivazione su punti decisivi della controversia;

3) infondatezza dei motivi dichiarati assorbiti in primo grado.

L'Autorità sostiene, innanzitutto, che R.A.I. – Radiotelevisione Italiana s.p.a. non sarebbe potuta intervenire *ad adiuvandum* nel giudizio di primo grado, tra l'altro con un atto non notificato, poiché essa avrebbe un interesse concorrenziale rispetto alla società ricorrente e non sarebbe stata destinataria del provvedimento sanzionatorio impugnato in primo grado. Così che non avrebbe avuto legittimazione a interloquire.

Deduce, poi, che:

a) non occorrerebbe un previo ordine o una previa diffida dell'Autorità, bastando un semplice provvedimento, che potrebbe essere anche meramente dichiarativo o accertativo. Ciò in quanto sarebbe sufficiente l'esistenza di una norma imperativa di legge che vieta l'abuso delle posizioni dominanti (nella specie, art. 2 della l. n. 249/1997);

b) la delibera n. 226/03/CONS del 2003 avrebbe avuto il contenuto di un ordine;

c) il richiamo, comunque, potrebbe costituire presupposto della sanzione irrogata, anche alla luce del disposto dell'art. 14, comma 3, della l. n. 112/2004.

Si sono costituiti in giudizio Publitalia 80 s.p.a., R.A.I. – Radiotelevisione Italiana s.p.a. e Codacons, le prime due resistendo al ricorso in appello e il terzo chiedendone l'accoglimento.

Publitalia 80 s.p.a., con ricorso in appello incidentale, ha riproposto i motivi dichiarati assorbiti in primo grado.

Publitalia 80 s.p.a. e il Codacons hanno prodotto memorie con le quali hanno ulteriormente illustrato le rispettive difese.

3. La normativa di riferimento è la seguente.

Ai sensi dell'art. 1, comma 31, della l. n. 249/1997, "I soggetti che non ottemperano agli ordini e alle diffide dell'Autorità, impartiti ai sensi della presente legge, sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire venti milioni a lire cinquecento milioni. Se l'inottemperanza riguarda provvedimenti adottati in ordine alla violazione delle norme sulle posizioni dominanti, si applica a ciascun soggetto interessato una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore al 2 per cento e non superiore al 5 per cento del fatturato realizzato dallo stesso soggetto nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della contestazione. Le sanzioni amministrative pecuniarie previste dal presente comma sono irrogate dall'Autorità".

Dispone poi l'art. 2, comma 7, della l. n. 249/1997, nel testo in vigore al momento dell'adozione dell'impugnata delibera sanzionatoria, che "L'Autorità, adeguandosi al mutare delle caratteristiche dei mercati, ferma restando la nullità di cui al comma 2, adotta i provvedimenti necessari per eliminare o impedire il formarsi delle posizioni di cui al comma 1 o comunque lesive del pluralismo. Qualora ne riscontri l'esistenza, apre un'istruttoria nel rispetto del principio del contraddittorio, al termine della quale interviene affinché esse vengano sollecitamente rimosse; qualora accerti il compimento di atti o di operazioni idonee a determinare una situazione vietata ai sensi dei commi 1 e 2 ne inibisce la prosecuzione e ordina la rimozione degli effetti. Ove l'Autorità ritenga di dover disporre

misure che incidano sulla struttura dell'impresa imponendo dismissioni di aziende o di rami di azienda, è tenuta a determinare nel provvedimento stesso un congruo termine entro il quale provvedere alla dismissione; tale termine non può essere comunque superiore a dodici mesi. In ogni caso le disposizioni relative ai limiti di concentrazione di cui al presente articolo si applicano in sede di rilascio ovvero di rinnovo delle concessioni e delle autorizzazioni”.

Successivamente all'adozione della delibera n. 226/03/CONS del 2003, l'art. 14, comma 3, della l. n. 112/2004 ha previsto che l'Autorità, “qualora accerti che un'impresa, o un gruppo di imprese, operanti nel sistema integrato delle comunicazioni, si trovi nella condizione di potere superare, prevedibilmente, i limiti di cui all'articolo 15, adotta un atto di pubblico richiamo, segnalando la situazione di rischio e indicando l'impresa o il gruppo di imprese e il singolo mercato interessato. In caso di accertata violazione dei predetti limiti l'Autorità provvede ai sensi dell'articolo 2, comma 7, della legge 31 luglio 1997, n. 249”.

4.1. Il ricorso in appello principale è infondato.

Con riguardo al contestato intervento *ad adiuvandum* di R.A.I. – Radiotelevisione Italiana s.p.a., svolto nel giudizio di primo grado, la sezione ritiene corretta la pronuncia impugnata.

Il ricorso di primo grado e i motivi aggiunti erano stati notificati anche a R.A.I. – Radiotelevisione Italiana s.p.a., la quale, quindi, si è legittimamente costituita (e non intervenuta) in giudizio svolgendo le sue difese e aderendo alle posizioni della società ricorrente.

4.2. La sezione ritiene che l'Autorità non potesse irrogare la sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall'art. 1, comma 31, della l. n. 249/2003.

La delibera sanzionatoria impugnata in primo grado (n. 152/05/CONS del 2005) ha come presupposto la delibera dell'Autorità n. 226/03/CONS del 2003 e, in particolare, il suo art. 1, comma 2.

Con quest'ultima delibera si era accertato, in ognuno degli anni 1998, 1999 e 2000, il superamento, nella raccolta dei proventi, della quota del 30% delle risorse del settore televisivo in ambito nazionale riferito alle trasmissioni via etere terrestre e codificate, di cui all'art. 2, comma 8, lett. a), della l. n. 249/1997, da parte di R.A.I. – Radiotelevisione Italiana s.p.a., Publitalia 80 s.p.a. e R.T.I. s.p.a.. E nei loro confronti si era rivolto (art. 1, comma 2) “formale richiamo” a non porre in essere atti o comportamenti vietati ai sensi dell'art. 2 della l. n. 249/1997, riservandosi l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2, comma 7, della l. n. 249/1997 all'esito dell'analisi della distribuzione delle risorse del settore televisivo negli anni 2001, 2002 e 2003 e all'esito dell'attuazione delle previsioni dell'art. 3, commi 7 e 9, della l. n. 249/1997 in applicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 466/2002. La delibera n. 226/03/CONS del 2003 aveva, conseguentemente, disposto l'avvio di un'analisi finalizzata alla rilevazione della distribuzione delle risorse economiche nel settore televisivo negli anni 2001, 2002 e 2003 ai fini dell'accertamento, nel periodo indicato, dell'eventuale sussistenza di posizioni dominanti di cui all'art. 2 della l. n. 249/1997, da concludersi entro il 30 aprile 2004.

Il superamento dei limiti di cui all'art. 2, comma 8, lett. a), della l. n. 249/1997, con riguardo alle medesime società e per ognuno degli anni 2001, 2002 e 2003, veniva accertato dall'Autorità, con la delibera n. 117/04/CONS in data 30 aprile 2004, che incaricava il commissario Vincenzo Monaci "di esaminare, riferire e proporre al Consiglio in merito alle misure da adottarsi" ai sensi della l. n. 249/1997.

Con la delibera n. 152/05/CONS del 2005 veniva accertata l'inottemperanza al "formale richiamo" espresso nella delibera n. 226/03/CONS del 2003, con riguardo al periodo 8 luglio/31 dicembre 2003, siccome la società aveva "raccolto risorse con modalità qualitative e quantitative in tutto analoghe a quelle seguite nel periodo precedente alla data di notifica della delibera" del 2003, persistendo nel superamento dei limiti di cui all'art. 2 della l. n. 249/1997. Si ordinava, quindi, di pagare la sanzione amministrativa nella misura del 2% del fatturato da raccolta pubblicitaria realizzato nell'esercizio 2003.

La sezione rileva che il potere sanzionatorio disciplinato dall'art. 1, comma 31, della l. n. 249/1997 consegue all'inottemperanza a "provvedimenti adottati in ordine alla violazione delle norme sulle posizioni dominanti", i quali sono i provvedimenti tipici considerati dall'art. 2 della l. n. 249/1997, dal titolo "divieto di posizioni dominanti". E, in particolare, quelli di cui al comma 7 dell'art. 2, la cui adozione è prevista anche nell'ipotesi di superamento del limite di cui all'art. 2, comma 8, lett. a), della l. n. 249/1997.

Il "formale richiamo" di cui alla delibera n. 226/03/CONS del 2003 non può farsi rientrare nei provvedimenti previsti dall'art. 2 della l. n.

249/1997, sia in quanto non disciplinato dalla legge sia perché nella delibera vi era l'espressa riserva di adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2, comma 7, della l. n. 249/1997. E comunque, indipendentemente dai termini letterali adoperati, la delibera n. 226/03/CONS del 2003 non conteneva un ordine (o un comando) teso all'eliminazione, all'impedimento, alla rimozione o all'inibizione del formarsi di posizioni dominanti o dei loro effetti, a cui ricollegare conseguenze sanzionatorie in caso di inosservanza, bensì costituiva solo un'esortazione all'osservanza di quanto disposto dalla legge (ossia dall'art. 2 della l. n. 249/1997); di per sé irrilevante sotto il profilo sanzionatorio.

Il "formale richiamo", invece, assurge alla figura di un atto di tipo interlocutorio, tendente a conseguire la spontanea adesione da parte del soggetto sottoposto alla vigilanza e al controllo dell'Autorità, e che preannuncia, in caso contrario, l'adozione di provvedimenti tipici.

Anche l'art. 18 del regolamento dell'Autorità in materia di costituzione e mantenimento di posizioni dominanti nel settore delle comunicazioni, approvato con la delibera n. 26/29 del 1999, prevede l'irrogazione di una sanzione amministrativa ai sensi dell'art. 1, comma 31, della l. n. 249/1997 in caso di accertamento di inottemperanza a un provvedimento assunto ai sensi dell'art. 2 della legge medesima.

La tesi della sezione è avvalorata ulteriormente dalla previsione dell'"atto di pubblico richiamo", avvenuta per la prima volta solo a opera dell'art. 14, comma 3, della l. n. 112/2004 e con norma entrata in vigore dopo l'adozione della delibera n. 226/03/CONS del 2003. Il "formale richiamo" non rientrava nei provvedimenti disciplinati dall'art. 2 della l. n.

249/1997, la cui adozione, relativamente a quelli previsti dal comma 7, è stata espressamente consentita dal comma 3 del citato art. 14.

Deve, poi, osservarsi che l'Autorità non si è attenuta, senza nemmeno richiamarlo, a un parere che le era stato reso dal proprio Servizio giuridico (con nota n. SGIUR/drg/1601/04 in data 1° luglio 2004), il quale aveva concluso nello stesso senso poi fatto proprio dal primo giudice nella sentenza appellata; ossia a favore dell'inapplicabilità, alla fattispecie per cui è causa, dell'art. 1, comma 31, della l. n. 249/1997.

Non configurando, quindi, il “formale richiamo” provvedimento adottato “in ordine alla violazione delle norme sulle posizioni dominanti”, la sua inottemperanza non poteva dare luogo all'esercizio del potere sanzionatorio previsto dall'art. 1, comma 31, della medesima legge.

5. Alla fondatezza del primo motivo del ricorso di primo grado consegue l'improcedibilità, per difetto di interesse, del ricorso in appello incidentale di Publitalia 80 s.p.a., non essendovi ragione per pronunciare sui motivi assorbiti. L'interesse azionato in primo grado trova soddisfazione con l'accertamento giudiziale dell'impossibilità di esercitare il potere sanzionatorio di cui trattasi.

6. In conclusione, il ricorso in appello principale deve essere respinto e il ricorso in appello incidentale va dichiarato improcedibile. Le spese del presente grado di giudizio, sussistendo giusti motivi, possono essere compensate. Non vi è luogo a provvedere sulle spese nei confronti degli appellati non costituiti.

Per questi motivi

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione sesta:

- a) respinge il ricorso in appello principale;
- b) dichiara improcedibile il ricorso in appello incidentale;
- c) compensa tra le parti le spese del presente grado di giudizio;
- d) nulla spese nei confronti degli appellati non costituiti;
- e) ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma il 14 luglio 2006 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione sesta, in camera di consiglio, con l'intervento dei signori:

Claudio Varrone	presidente
Sabino Luce	consigliere
Carmine Volpe	consigliere, estensore
Giuseppe Romeo	consigliere
Giuseppe Minicone	consigliere

Presidente

f.to Claudio Varrone

Consigliere
f.to Carmine Volpe

Segretario
f.to Glauco Simonini

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....19/09/2006.....

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione
f.to Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria