N. 01551/2014 REG.PROV.CAU.

N. 02386/2014 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 2386 del 2014, proposto da:

MTV Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Beniamino Caravita di Toritto, dall'Avv. Luca Sabelli e dall'Avv. Francesca Pace, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Beniamino Caravita di Toritto in Roma, via di Porta Pinciana, n. 6;

contro

Telenorba s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Aldo Loiodice, Isabella Loiodice, con domicilio eletto presso

Aldo Loiodice in Roma, via Ombrone, 12 Pal. B;
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del Presidente *pro tempore*, nonché Ministero dello Sviluppo Economico, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

All Music s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Federico Sorrentino, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Federico Sorrentino in Roma, Lungotevere delle Navi, n. 30;
La7 s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Domenico Ielo e dall'Avv. Cristina Mezzabarba, con domicilio eletto presso l'Avv. Franco Bonelli in Roma, via Salaria, n. 259;
Telecom Italia Media s.p.a., Associazione Confconsumatori - Confederazione Generale dei Consumatori, Television Broadcasting System s.p.a.;

per la revocazione

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. III n. 06021/2013, resa tra le parti, concernente la revocazione su ottemperanza sentenza di questo Consiglio 4660/2012 sez. III – Approvazione del piano di numerazione automatica canali televisione digitale terrestre

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'art. 106 c.p.a. e l'art. 395, n. 4, c.p.c.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Telenorba s.p.a. e della Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e del Ministero dello Sviluppo Economico e di All Music s.p.a. e di La7 s.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Vista la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza di questo Consiglio n. 6021 del 16.12.2013, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente per revocazione;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2014 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi per le parti l'Avv. Caravita Di Toritto, l'Avv. Pace, l'Avv. Sabelli, l'Avv. Isabella Loiodice e l'Avvocato dello Stato Stigliano;

- premesso che MTV Italia s.r.l. ha proposto ricorso per revocazione, ai sensi dell'art. 106 c.p.a. e dell'art. 395, n. 4, c.p.c., avverso la sentenza di questo Consiglio n. 6021 del 16.12.2013, assumendo che detta sentenza sarebbe incorsa in un duplice errore di fatto, consistente, da un lato, nell'aver ravvisato una discordanza tra l'indagine allegata alla delibera 237/13/CONS e i dati risultanti dal doc. 10, prodotto il 26.4.2013 da Telenorba s.p.a. nel giudizio di ottemperanza, e, dall'altro, nell'aver disposto il rinnovo dell'istruttoria in ordine al riaffermato carattere generalista dei canali MTV e Deejay TV, almeno all'epoca del piano LCN 2010, per l'affermata non univocità dei documenti esaminati e, in particolare, delle Relazioni annuali al Parlamento (per gli anni 2009, 2011 e 2012) presentate da AGCOM;
- osservato che Telenorba s.p.a., costituitasi, ha eccepito l'inammissibilità, sul piano rescindente, e, comunque, l'infondatezza, sul piano rescissorio, della impugnazione proposta da MTV Italia s.r.l.;

- rilevato *in limine litis* che l'istanza di rinvio dell'udienza, depositata il 7.4.2014 dall'Avv. Aldo Loiodice, non può essere accolta, in quanto Telenorba s.p.a. è assistita da un collegio difensivo e l'impedimento dell'Avv. Aldo Loiodice a presenziare all'udienza camerale, impedimento peraltro non documentato, non reca alcun *vulnus* alle esigenze della parte, non essendo stata peraltro allegata, nemmeno nella predetta istanza, l'indispensabilità della presenza del medesimo Avv. Loiodice ai fini difensivi, (v., in questo senso, Cons. St., sez. V, 12.2.2013, n. 818), discorrendosi, in detta istanza, di "*disagio al Collegio di difesa e notevole preoccupazione nel cliente assistito*" per l'assenza del citato difensore;
- ritenuto che, come si desume dal tenore letterale dall'art. 114, commi 8 e 9, c.p.a. e come altresì si evince, sul piano logico-sistematico, dall'intero sistema di garanzie e di rimedi approntato dall'ordinamento per garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale, avverso le sentenze emesse in sede di ottemperanza sono esperibili tutte le impugnazioni previste dal libro III del codice di rito e, dunque, anche il rimedio della revocazione previsto dall'art. 106 c.p.a.;
- osservato in linea generale che, come ha da ultimo chiarito l'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 1 del 10.1.2013 e nella sentenza n. 4 del 24.1.2014, l'errore di fatto idoneo a fondare la domanda di revocazione ai sensi degli artt. 106 c.p.a. e 395, n. 4, c.p.c., deve essere caratterizzato: *a)* dal derivare da una pura e semplice errata od omessa percezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio, la quale abbia indotto l'organo giudicante a decidere sulla base di un falso presupposto di fatto, facendo cioè ritenere un fatto documentalmente escluso ovvero inesistente un fatto documentalmente provato (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. IV, 4.2.2014, n. 487); *b)* dall'attenere ad un punto non controverso e sul quale la decisione non abbia espressamente motivato, con esclusione delle ipotesi di erroneo, inesatto o incompleto apprezzamento delle risultanze processuali ovvero di anomalia del procedimento logico di interpretazione del materiale probatorio o

delle ipotesi in cui la questione controversa sia stata risolta sulla base di specifici canoni ermeneutici o sulla base di un esame critico della documentazione acquisita; *c)* dall'essere stato un elemento decisivo della decisione da revocare, necessitando, perciò, un rapporto di causalità tra l'erronea presupposizione e la pronuncia stessa (v., *inter alias*, Cons. St., Ad. Plen., 17.5.2010, n. 2; Cons. St., sez. III, 1.10.2012, n. 5162; Cons. St., sez. III, 24.5.2012, n. 3053; Cons. St., sez. IV, 24.1.2011, n. 503; Cons. St., sez. IV, 23.9.2008, n. 4607; Cons. St., sez. IV, 16.9.2008, n. 4361; Cons. St., sez. IV, 20.7.2007, n. 4097, nonché, meno recentemente, Cons. St., sez. IV, 25.8.2003, n. 4814; Cons. St., sez. IV, 25.7.2003, n. 4246; Cons. St., sez. IV, 21.6.2001, n. 3327; Cons. St., sez. IV, 15.7.1999 n. 1243; C.G.A., 29.12.2000, n. 530; Cons. St., sez. VI, 9.2.2009, n. 708; Cons. St., sez. VI, 17.12.2008, n. 6279; C.G.A., 29.12.2000, n. 530; Cass., sez. I, 24.7.2012, n. 12962; Cass., sez. I, 5.3.2012, n. 3379; Cass., sez. III, 27.1.2012, n. 1197); *d)* dall'apparire con immediatezza e dall'essere di semplice rilevabilità, senza necessità di argomentazioni induttive o indagini ermeneutiche (v., *ex pluribus*, Cons. St., sez. VI, 25.5.2012, n. 2781; Cons. St., sez. VI, 5.3.2012, n. 1235);

- ritenuto, pertanto, che "*l'errore di fatto revocatorio si sostanzia quindi in una svista o abbaglio dei sensi che ha provocato l'errata percezione del contenuto degli atti del giudizio (ritualmente acquisiti agli atti di causa), determinando un contrasto tra due diverse proiezioni dello stesso oggetto, l'una emergente dalla sentenza e l'altra risultante dagli atti e documenti di causa*" (Cons. St., Ad. Plen., 24.1.2014, n. 5);

- considerato che l'impugnata sentenza incentra essenzialmente l'affermazione della inottemperanza, da parte di AGCOM, del giudicato costituito dalla sentenza n. 4660 del 31.8.2012 di questo Consiglio sul rilievo che l'Autorità "*non ha valutato correttamente*" gli esiti dell'indagine Piepoli, con particolare riferimento al posizionamento delle emittenti locali in epoca antecedente allo *switch off*;

- rilevato, in particolare, che l'impugnata sentenza ha affermato che "*in realtà*" dalla Tabella Istituto Piepoli "*Rielaborazione analisi per AGCOM*", depositata da Telenorba s.p.a. nel giudizio di ottemperanza (doc. 10), si desumerebbero "*risultati diversi*" da quelli esatti, che avrebbero dovuto essere presi in esame e valorizzati dall'Autorità, poiché, con riguardo alla domanda "*Parliamo di quando non era ancora stato effettuato il passaggio definitivo al digitale terrestre nella sua regione, e parliamo della televisione presente in casa. Ricorda quale era il primo canale su cui era presente una televisione locale?*", la medesima sentenza ha sottolineato che sulla quota nazionale degli intervistati che ricordano (65% degli intervistati, media nazionale), il 57% aveva collocato sul telecomando la prima televisione locale tra i primi 8 numeri e il 65% tra i primi 9, mentre per il posizionamento del numero 10 in poi la quota scende al 35%;
- considerato che tali risultati non sono sostanzialmente diversi, come ha affermato l'impugnata sentenza, da quelli esaminati e valorizzati dall'Autorità, poiché le percentuali indicate nel doc. 10 prodotto da Telenorba s.p.a. nel giudizio di ottemperanza sono state calcolate dall'Istituto Piepoli, su richiesta della stessa Telenorba s.p.a., sulle risposte fornite da coloro che hanno dichiarato di ricordare dove si collocasse la prima emittente locale (cfr. la tabella di cui al citato doc. 10: "*% calcolate tra quanti ricordano*"), mentre le percentuali prese in considerazione da AGCOM nella delibera n. 237/13/CONS (p. 38) sono calcolate sull'intero campione degli intervistati, sia di quanti ricordano sia di quanto non ricordano dove si trovasse la prima emittente locale in epoca antecedente dello *switch off*;
- rilevato, in particolare, che nella delibera n. 237/13/CONS (p. 38) l'Autorità ha dato atto "*che sette italiani su dieci ricordano dove erano posizionate le televisioni locali prima del digitale terrestre; per il 17% degli italiani il primo posizionamento di un'emittente locale era su un canale da 1 a 6, tale percentuale decresce in relazione ai canali da 7 a 9 (10% sul 7, 9% sull'8 e 6% sul 9), mentre per il 22% degli intervistati il primo canale su cui era presente una*

televisione locale si trovava dal 10 in poi", mentre essa non pare avere mai affermato che *"(sul 75% degli intervistati che ricordano) il 42% complessivamente aveva sintonizzato un'emittente locale sui canali tra 6 e 9*", come si legge, invece, nell'impugnata sentenza;

- ritenuto, pertanto, che l'Autorità non ha valorizzato dati non veri, non corretti e diversi da quelli presi in esame e prodotti da Telenorba s.p.a., ma i medesimi dati, correttamente calcolati però da AGCOM, in percentuale, sull'intero campione intervistato;

- considerato che tali dati attestano che solo il 36% degli intervistati nell'indagine demoscopica del 2013 – e non il 57% – ricorda che il primo canale sul quale si trovava un'emittente locale fosse posizionato tra il primo e l'ottavo e solo il 42% degli intervistati – e non il 65% - ricorda che il primo canale sul quale si trovava un'emittente locale fosse posizionato tra il primo e il nono;

- ritenuto, quindi, che l'esito di tale indagine demoscopica, che l'Autorità ha peraltro valutato al netto del "*fattore ricordo*" (pp. 38-39 della delibera 237/13/CONS) e, cioè, di una certa propensione, da parte dell'intervistato, a rispondere in ogni caso, nelle indagini statistiche, alle domande riguardanti il passato, anche qualora il ricordo risulti lieve (delibera n. 273/13/CONS), non consente di affermare che l'Autorità abbia trascurato, travisato o disatteso le abitudini e le preferenze degli utenti, in spregio dell'art. 32, comma 2, del TUSMAR, violando quindi il giudicato;

- considerato, conseguentemente, che il ricorso di MTV Italia s.r.l. è assistito dal *fumus boni iuris*, quanto all'errore di fatto in cui è incorsa la sentenza impugnata, nei termini sopra precisati, per essere fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, ai sensi dell'art. 395, n. 4, c.p.c. e, cioè, nell'aver posto decisivamente a base dell'affermata inottemperanza del giudicato, da parte di AGCOM, la considerazione, da parte dell'Autorità, di dati diversi da quelli corretti e effettivamente risultanti dall'indagine, dati, invero, non divergenti

dal vero risultato dell'indagine demoscopica e risultati essere non coincidenti, in percentuale, con quelli di cui al doc. 10 prodotto da Telenorba s.p.a., sopra citato, solo per la diversa base di calcolo e per la diversa aggregazione dei dati esposti da Telenorba s.p.a. nel prospetto di "*Rielaborazione analisi AgCom sulla numerazione dei canali del telecomando, effettuata per TeleNorba*" da parte dell'Istituto Piepoli;

- rilevato, sul piano del *periculum in mora*, che la nomina del commissario *ad acta*, disposta dall'impugnata sentenza, e l'adozione di ulteriori atti (determinazioni n. 1, n. 2 e n. 4 del 2014, prodotte in atti), da parte di questo, nel ristretto lasso di tempo stabilito dalla sentenza impugnata e, comunque, entro il termine del 25.5.2014 prefissato dal medesimo commissario nella determinazione n. 1/2014, può irrimediabilmente pregiudicare l'assetto già impresso dalla delibera n. 273/13/CONS al Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, con conseguente rapida modificazione dei canali, disorientamento per gli utenti e, non da ultimo, nocumento per le emittenti che attualmente trasmettono sui canali 8 e 9;

- ritenuto di dover fissare, per l'esame del merito, la camera di consiglio del 17 luglio 2014;

- considerato che, per la complessità della presente controversia, sussistono gravi ed eccezionali per compensare, ai sensi dell'art. 26 c.p.a. e dell'art. 92, comma secondo, c.p.c., per compensare interamente tra le parti le spese della presente fase cautelare;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l'istanza cautelare (Ricorso numero: 2386/2014) e, per l'effetto, sospende l'esecutività della

sentenza impugnata e, con essa, l'efficacia di tutti gli atti sinora adottati dal Commissario *ad acta.*

Compensa interamente tra le parti le spese della presente fase cautelare.

Fissa per l'esame del merito la camera di consiglio del 17 luglio 2014.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Michele Corradino, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/04/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)